

COLLANA DEL DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE  
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI CA' FOSCARI - VENEZIA

22

NUOVA SERIE

VERSO UNA DISCIPLINA COMUNE EUROPEA  
DEL DIRITTO D'ASILO

A cura di  
LAUSO ZAGATO

## LE COMPETENZE DELLA UE IN MATERIA DI ASILO DOPO I TRATTATI DI AMSTERDAM E DI NIZZA, E NELLA PROSPETTIVA DEL TRATTATO SU UNA COSTITUZIONE PER L'EUROPA

Lauso Zagato

Università di Venezia

SOMMARIO: 1. Premessa. I. *Il periodo della cooperazione intergovernativa* - 2. Trattato originario ed AU. 3. L'Europa delle buone intenzioni. 4. La cooperazione intergovernativa tra il CE di Londra del 1986 e Maastricht. 5. Convenzioni di Schengen e di Dublino. 6. Limiti della cooperazione intergovernativa dopo Maastricht. II. *Il sistema di Amsterdam/Nizza* - 7. Titolo IV TCE. 8. Ambito d'applicazione. 9. Normativa primaria. 10. Trattato su una Costituzione per l'Europa. 11. Dimensione esterna. III. *Diritto comunitario derivato* - A) *Quadro delle fonti* - 12. Atti emanati. 13. Il programma di Tampere. B) *Comunitarizzazione della CD e sistema Eurodac* - 14. Reg. 343/2003 (RD). 15. Continuità e discontinuità rispetto alla CD. 16. Profili di modificazione in *pejus*. 17. Sistema Eurodac. C) *Strumenti di armonizzazione minima del regime di asilo* - 18. Piano dell'indagine. i) *campo d'applicazione, cause di esclusione, presupposti d'applicazione, elemento temporale* - 19. Campo d'applicazione. 20. Cause di esclusione, cessazione e deroga della protezione. 21. Presupposti di applicazione. 22. Elemento temporale. ii) *Contenuto della protezione* - 23. In generale. 24. Nucleo familiare e minori. 25. Occupazione, formazione, assistenza sanitaria, alloggio. 26. Documenti, titoli di soggiorno e di viaggio, libertà di circolazione. 27. Mezzi di ricorso. iii) *Cooperazione amministrativa tra SM e rapporto tra le diverse categorie di beneficiari* - 28. Obblighi di cooperazione fra SM e fra SM e Comunità. 29. Rapporto tra le diverse categorie di tutela. D) *Una race to the bottom articolata* - 30. Necessaria distinzione tra ordinamenti. i) *ordinamento interno comunitario* - 31. Il restringimento della nozione di familiare. 32. Profili specifici nei diversi strumenti. ii) *interazione al ribasso tra ordinamento comunitario e ordinamenti interni degli SM* - 33. L'esempio del RU. 34. La nuova legge francese del diritto d'asilo. 35. I Paesi di nuovo ingresso. 36. Considerazioni d'insieme. 37. Un caso di utilizzo positivo della tecnica dell'armonizzazione minima. IV. *Considerazioni conclusive* - 38. Una disciplina oggetto di censure. 39. Ulteriori profili critici. 40. Disciplina comune europea del diritto d'asilo e strumenti internazionali di tutela dei diritti umani. 41. (*segue*);.. e principio di *equality mainstreaming*. 42. Il diritto di asilo nel programma dell'Aja.

### Premessa

1. Vi è convergenza in dottrina sul fatto che di competenze comunitarie in materia di asilo sia lecito parlare solo dal momento in cui si verifica il c.d. "miracolo di Amsterdam": una conferenza intergovernativa nell'insieme deludente nei suoi esiti<sup>1</sup> produceva *in extremis* il nuovo Titolo IV del Trattato. Fino a quel momento, sarebbe esistita solo una cooperazione intergovernativa tra gli Stati membri (SM).

<sup>1</sup> V. per tutti TESAURO G., *Diritto comunitario*, III ed., Padova, 2003, pp. 13-14.

L'opinione va a grandi linee condivisa. Si rende peraltro necessario in via preliminare controllare se davvero in materia di asilo manchino iniziative a livello comunitario prima del '97 e, in caso contrario, di cosa si tratti e quali indicazioni se ne debbano trarre; soprattutto, va indagata quale sia la cifra della cooperazione intergovernativa precedente Amsterdam, come si relazionino tra loro le diverse fasi in cui tale cooperazione si articola, e come l'intreccio tra questi riverberi sul testo del Trattato adottato alla Conferenza intergovernativa del '97. Ciò onde poter dare ragione della svolta intervenuta con l'introduzione del Titolo IV del Trattato, nonché delle scelte relative alla sua applicazione operate a seguito del Consiglio europeo (CE) di Tampere nel 1999.

### I. Il periodo della cooperazione intergovernativa

2. Va intanto preso atto dell'assenza, nel Trattato originario, di previsioni che disciplinino lo *status* giuridico di rifugiati e richiedenti asilo<sup>2</sup>.

Per trovare primi, indiretti riferimenti al tema dell'asilo, bisogna spostare l'attenzione sull'Atto unico europeo (AUE)<sup>3</sup>. Da un lato il Preambolo di questo introduce (considerando 5) una politica comunitaria dei diritti umani "in grado di avvalersi congiuntamente degli strumenti nazionali ed internazionali"<sup>4</sup>; dall'altro lato spicca, tra le Dichiarazioni allegate, quella "Dichiarazione politica dei governi degli SM relativa alla libera circolazione delle persone", in cui si precisa che per promuovere la libera circolazione delle persone gli Stati cooperano senza pregiudizio delle competenze della Comunità in particolare per quanto riguarda l'ingresso, la circolazione e il soggiorno dei cittadini dei Paesi terzi".

Genericità ed indeterminazione dei richiami contrastano con l'annuncio da parte della Commissione, nel Libro Bianco del 1985, dell'intenzione di presentare entro il 1988 una proposta di direttiva su rifugiati e richiedenti

<sup>2</sup> Mero interesse storico presenta la Dichiarazione 64/305/Cee del 25.3.1964 dei Rappresentanti dei governi degli SM della Comunità economica europea riuniti in sede di Consiglio relativa ai rifugiati (in GUCE n. 78 del 22.5.1964): questi si impegnano a considerare con favore, ai fini dell'accesso al lavoro, l'ammissione nei rispettivi Stati dei rifugiati stabiliti in altri Paesi membri, pur se a costoro non si può applicare il principio della libertà di circolazione delle persone.

<sup>3</sup> L'AUE è stato adottato a Lussemburgo il 17.2.1986 a conclusione dei lavori della conferenza dei rappresentanti dei governi degli Stati membri convocata a Lussemburgo il 9.9.1985, in GUCE n. L 169 del 29.6.1987. Sul punto MARCHISIO S., Rifugiati, profughi e altre esigenze di protezione nel diritto comunitario, in LEANZA U. (a cura di), *Le Migrazioni. Una sfida per il diritto internazionale e comunitario*, Napoli, 2005, p. 326.

<sup>4</sup> BEGHE' LORETO A., *Rifugiati e richiedenti asilo nell'area della Comunità europea*, Padova, 1990, p. 73.

asilo<sup>5</sup>. L'assenza nell'AUE di basi giuridiche al riguardo costituisce allora il risultato di una precisa scelta operata dai governi alla Conferenza di Lussemburgo, in difesa della competenza esclusiva in questa materia degli SM *uti singuli*. A riprova di tale atteggiamento di chiusura, basti ricordare le reazioni intervenute quando la Commissione, con Decisione 85/381, provava ad inserirsi come sede e tramite necessario per l'espletamento dell'obbligo di informazione reciproca tra gli SM<sup>6</sup>. Ciò era sufficiente a scatenare una reazione culminata con un vittorioso ricorso per annullamento da parte di quasi la metà degli SM<sup>7</sup>. Non suscita perciò meraviglia il fatto che si rendesse necessaria una Dichiarazione dei rappresentanti degli Stati membri riuniti in sede di Consiglio<sup>8</sup> solo per esprimere l'intenzione di "esaminare con favore" l'accesso a titolo di stabilimento negli Stati membri di rifugiati, riconosciuti tali ai sensi della Convenzione di Ginevra (CG), per esercitarvi la professione di architetto.

3. Elementi di maggiore interesse presenta piuttosto l'evoluzione della posizione del Parlamento europeo (PE). Se una attenzione iniziale da parte di

<sup>5</sup> Commissione delle Comunità europee (CE), *Libro bianco sul completamento del mercato interno*, Bruxelles, 1985.

<sup>6</sup> Decisione della Commissione 85/381 dell'8.7.1985, che introduce una procedura di comunicazione preliminare e di concertazione nelle politiche migratorie nei confronti degli Stati terzi, in GUCE n. L 217 del 4.8.1985.

<sup>7</sup> CGCE, *Germania, Francia, Paesi Bassi, Danimarca e Regno Unito c. Commissione*, 281, 283-285, 287/85, sentenze del 9 luglio 1987, in *Racc.* 1987, 3203 ss. La decisione annullata fu sostituita dalla Decisione della Commissione 88/384 dell'8.6.1988, in GUCE n. L 183 del 14.7.1988, dal contenuto analogo alla precedente, fatta eccezione per la mancata riproposizione dell'obbligo per gli Stati di non adottare provvedimenti in contrasto con il diritto comunitario - art. 3 lett. b) - e di quel richiamo all'integrazione culturale contenuto invece nel preambolo alla Decisione del 1985.

<sup>8</sup> V. Dichiarazione 85/C 210/02 dei rappresentanti dei governi delle CE riuniti in sede di Consiglio relativa ai rifugiati, in GUCE n. L 210 del 21.8.1985. Le attività da esaminare con favore sono quelle di cui alla Dir. del Consiglio 85/384/Cee del 10.6.1985 concernente il reciproco riconoscimento dei diplomi, certificati e altri titoli nel settore dell'architettura e comportante misure destinate ad agevolare l'esercizio effettivo del diritto di stabilimento e di libera prestazione dei servizi, in GUCE n. L 223 del 21.8.1985. Gli unici atti comunitari applicabili ai rifugiati (ed agli apolidi) erano il Reg. del Consiglio 1408/71 del 14.6.1971, relativo alla applicazione dei regimi di sicurezza sociale dei lavoratori salariati e delle loro famiglie che si spostano all'interno della Comunità (in GUCE n. L 149 del 5.7.1971) - questo all'art. 2 prevede: "il presente regolamento si applica ai lavoratori.. apolidi o profughi residenti nel territorio di uno degli Stati membri, nonché ai loro familiari ed ai loro superstiti" - e il Reg. 1390/81 del 12.5.1981, che estende ai lavoratori non salariati ed ai loro familiari il regolamento n. 1408/71 (in GUCE n. L 143 del 28.5.1981).

tale organo a migrazioni e diritto d'asilo risale al 1983<sup>9</sup>, è del 1986 la prima risoluzione sulla elaborazione di una politica comune europea sui rifugiati<sup>10</sup>. Vi si propongono: elaborazione di criteri uniformi per la definizione di rifugiato politico, uniformità di trattamento, norme comuni su una ripartizione accettabile dei rifugiati tra SM. Sulla base anche di uno studio presentato dalla Commissione giuridica del PE per i diritti dei cittadini sulle questioni relative al diritto d'asilo<sup>11</sup>, si giunge alla Risoluzione del marzo 1987<sup>12</sup>. In tale atto il PE afferma la necessità del coordinamento delle legislazioni dei PM, e l'opportunità di garantire al richiedente il diritto di scelta del Paese cui chiedere asilo; considera inoltre inadeguata la definizione di rifugiato e di richiedente asilo presente nella CG<sup>13</sup>, proponendo di passare ad una nuova formulazione che consenta di tutelare le *displaced persons*<sup>14</sup>; ciò prendendo a riferimento la definizione di richiedente asilo contenuta nella Convenzione OUA del 1969<sup>15</sup>.

<sup>9</sup> V. Risoluzione del PE contenente una richiesta al Consiglio ed alla Commissione di presentare una proposta per l'armonizzazione del regime dei visti, della legislazione sull'immigrazione, sull'asilo e sulla residenza per prevenire immigrazioni illegali e clandestine, in GUCE n. C 184 dell'11.7.1983.

<sup>10</sup> Risoluzione del PE del 9.10.1986 riguardante l'iniziativa di intraprendere, sotto l'egida del Consiglio, discussioni comuni per definire una politica comune per i rifugiati, in GUCE n. C 283 del 10.11.1986.

<sup>11</sup> V. Relazione Vetter, P.E. Doc. A 2-227/86/B del 27.2.1987, presentata anche in audizione pubblica a Bruxelles, il 25.9.1986.

<sup>12</sup> Risoluzione del PE del 12.3.1987 sui problemi inerenti al diritto d'asilo, in GUCE n. C 99 del 13.4.1987. V. anche Risoluzione del PE del 18.6.1987 sulla politica d'asilo seguita da taluni Stati membri in contrasto con i diritti dell'uomo, in GUCE n. C 190 del 20.7.1987.

<sup>13</sup> Convenzione relativa allo status dei rifugiati del 28.7.1951, in UNTS vol. 189, pp. 137 ss. e Protocollo di NY relativo allo status dei rifugiati del 31.1.1967, in UNTS vol. 606 pp. 267 ss.

<sup>14</sup> V. NASCIBENE B., Il diritto d'asilo e lo stato di rifugio. Profili di diritto interno e comunitario, in *Studi in onore di Filippo Panzera*, vol. II, Bari, 1995, p. 11. V. i contributi di Marco Pedrazzi e di Simona Pinton in questo volume.

<sup>15</sup> Convenzione dell'organizzazione dell'Unità africana che regola gli aspetti specifici dei rifugiati in Africa adottata ad Addis Abeba il 10.9.1969 ed entrata in vigore il 20.6.74, in UNTS, vol. 14, p. 691 ss. Alla stregua della definizione di cui all'art. 1 par. 2, è meritevole di protezione "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 origine 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". Su tale Convenzione, anche alla luce dei suoi influssi sull'America Latina - cfr. Dichiarazione sui rifugiati, adottata al termine del Colloquio sulla protezione internazionale dei rifugiati in America centrale, Messico e Panama, svoltosi a Cartagena dal 12 al 22.11.1984 - v. MAFROLLA E., L'evoluzione del regime internazionale in materia d'asilo: tra sovranità territoriale e dovere umanitario, in *Aff.Soc.Int.*, 2001, pp. 532-558, in part. p. 545 ss. Anche l'art. 2 dello statuto della Banca dello Sviluppo del Consiglio d'Europa (COE) - nel testo modificato dalla Risoluzione 22 del 16.6.1993,

E' quanto basta, allora, per definire la Risoluzione in esame una sorta di manifesto di "Europa delle buone intenzioni"<sup>16</sup>. E' quanto basta, soprattutto, per concludere che in questa fase i tentativi di intromissione delle istituzioni comunitarie, e in particolare del PE, nella politica degli SM relativa ad immigrazione ed asilo presentano nel complesso una valenza generosa, aperturista. L'effetto di questa è peraltro di irrigidire ulteriormente gli esecutivi nazionali; donde, una volta emersa l'ineludibile connessione di tale materia con la piena realizzazione del mercato interno<sup>17</sup>, la scelta degli SM di privilegiare piuttosto il momento della cooperazione intergovernativa.

4. La cooperazione intergovernativa in materia di asilo e rifugiati si articola in due fasi, separate tra loro dal Trattato di Maastricht. La prima, quella che va dal 1985/86 a Maastricht, è segnata dal CE di Londra del dicembre 1986<sup>18</sup>. Questo decideva di creare un gruppo intergovernativo *ad hoc*, composto dai ministri competenti in materia di immigrazione, con il

adottata dal Comitato dei Ministri nel corso della 496<sup>a</sup> riunione dei delegati dei Ministri - prevede che la Banca contribuisca a risolvere i problemi sociali creati ai Paesi europei dalla "presenza di rifugiati, di persone dislocate o di migranti" che traggano origine da movimenti di profughi o da "altri movimenti forzati di popolazione", nonché dalla presenza di vittime di catastrofi naturali e ecologiche. V.: COE, *Barique de développement du Conseil de l'Europe. Recueil de textes de base*, Strasbourg, 2000; PAOLUCCI S., *I finanziamenti internazionali con il Fondo di Ristabilimento del Consiglio d'Europa*, Firenze, 1982, pp. 1-173; PILAVACHI C., Il Fondo di Sviluppo sociale del Consiglio d'Europa, in *Riv.St.Pol.Int.*, 1999, pp.549-557; TRYFONSAS C., *Les Fonds de Réétablissement du Conseil de l'Europe*, Paris, 1974, pp. 1-575.

<sup>16</sup> A tale impostazione il PE sarebbe rimasto fedele anche negli anni successivi: v. Risoluzioni del PE del 14.6.1990 sull'accordo di Schengen e sulla Convenzione, sul diritto d'asilo e lo status di rifugiato elaborati dal gruppo ad hoc Immigrazioni, in GUCE n. C 175 del 14.7.1990 e del 15.11.1992 sull'armonizzazione all'interno della Comunità europea delle leggi e delle politiche di asilo, in GUCE n. C 337 del 21.12.1992: in entrambe il PE dichiara inammissibile in via di principio la detenzione dei richiedenti asilo.

<sup>17</sup> Su questa fase iniziale, in cui non sempre è facile distinguere le iniziative aventi ad oggetto il fenomeno migratorio nel suo insieme da quelle specificamente rivolte a rifugiati e richiedenti asilo, v: BEGHE' LORETO A., *op.cit.*, *passim*; CONDINANZI M., LANG A. e NASCIBENE B., *Cittadinanza dell'Unione e libertà di circolazione delle persone*, pp. 219 ss.; O'KEEFE D., *The Emergence of a European Immigration Policy*, in *ELR*, 1995, pp. 20-36; PERRAKIS S., *L'Union européenne et la politique d'asile: problèmes et perspectives*, in SICILIANOS L.-A. (a cura di), *Nouvelles formes de discrimination*, Paris, 1995, pp. 169-184; SCHERMERS H.G., *The Effect of the date 31 December 1992*, in *CMLR*, 1991, pp. 275-290; TOTH A., *The Legal Status of the Declarations Annexed to the Single European Act*, in *CMLR*, 1986, pp. 803-812.

<sup>18</sup> V. CE di Londra, Conclusioni della Presidenza, 5-6.12.1986, in *Boll.Cee* n. 12/1986, punti 1.1.14 ss. La riunione del CE era stata preceduta dall'incontro dei ministri responsabili dell'interno e della Giustizia del 12, svoltosi sempre a Londra il 20 ottobre 1986.

compito di studiare i problemi legati alle immigrazioni ed all'asilo: è quanto in realtà era già avvenuto con la riunione di Londra del 20 ottobre 1986 dei ministri responsabili dell'interno e della Giustizia dei 12. L'organismo in questione si collocava a fianco del gruppo di lavoro TREVI<sup>19</sup>, con l'incarico di esaminare gli strumenti per reprimere l'immigrazione clandestina organizzata e "le misure da adottare per giungere ad una politica comune onde porre fine al ricorso abusivo del diritto d'asilo". Spicca per importanza, nell'intreccio di organi di cooperazione intergovernativa attivi nel periodo in esame, il sottogruppo TREVI '92, incaricato di preparare le misure necessarie per assicurare la libera circolazione delle persone<sup>20</sup>. Momento qualificante del lavoro di tali organi è poi il *Palma Document* del settembre 1989<sup>21</sup>: questo attribuisce carattere prioritario al raggiungimento di un accordo tra SM sulla determinazione del Paese competente a esaminare le domande d'asilo<sup>22</sup>. Inoltre, il CE di Roma del dicembre 1990 richiedeva a Commissione e Consiglio di considerare attentamente i problemi relativi all'immigrazione nonché, per la prima volta, l'opportunità di una politica di armonizzazione del diritto d'asilo<sup>23</sup>. Sotto la spinta dei drammatici problemi

<sup>19</sup> Acronimo per "Terrorismo, radicalismo, estremismo, violenza internazionale". Composto dai ministri dell'interno e della giustizia dei 12, il gruppo TREVI (nato nel 1975, al tempo dell'Europa a sei) era suddiviso nella fase di avvicinamento al mercato interno in sei sottogruppi. Ai lavori partecipavano anche Paesi europei allora (Austria, Svezia, Finlandia) o tuttora (Svizzera, Norvegia) esterni alla CE, e Paesi non europei, quali SU, Canada, Marocco.

<sup>20</sup> Con il Trattato di Maastricht tali organi, e quindi lo stesso comitato *ad hoc* sulle immigrazioni e l'asilo, sarebbero stati inquadrati all'interno delle istituzioni della UE. In particolare venivano integrati nel Coreper il gruppo *ad hoc* Immigrazioni, trasformato nel *Group directeur I* (Immigrazione ed asilo), i vari gruppi di lavoro TREVI (ed altri ad essi collegati) nel *Group directeur II* (Cooperazione di polizia e doganale), il Gruppo dei coordinatori (altra struttura del periodo in esame) nel più noto Comitato K 4.

<sup>21</sup> Trattasi del Rapporto presentato al Consiglio europeo dal Gruppo dei Coordinatori - Libertà di circolazione delle persone, riprodotto in GOULD E. e NIESSEN J., *The Developing Immigration and Asylum Policy of the European Union*, The Hague, 1996, pp. 443-448. Sui lavori preparatori v. BEGHE' LORETO A., *op.cit.*, pp. 89 ss.

<sup>22</sup> Le altre aree prioritarie di intervento identificate dal Documento di Palma riguardano: le condizioni di spostamento dei richiedenti asilo negli SM nel periodo che precede la decisione sulla domanda; la semplificazione delle procedure in caso di domanda chiaramente infondata; l'assunzione impegni identici a livello internazionale da parte degli SM in relazione all'asilo. A queste aree prioritarie si aggiungono quelle per cui lo stabilimento di misure di coordinamento è considerato desiderabile: tra queste una banca dati per immagazzinare le domande di asilo, l'armonizzazione dei criteri per la concessione dello *status* di rifugiato, il finanziamento (comunitario) di programmi per la preparazione del personale amministrativo degli SM.

<sup>23</sup> CE di Roma, Conclusioni della Presidenza, dicembre 1990, Boll.CE 12/1990, pto I.12.

incontrati all'epoca da uno Stato membro<sup>24</sup>, il successivo CE di Lussemburgo chiedeva l'impegno ad inserire nel Trattato, in occasione dell'imminente Conferenza intergovernativa di Maastricht, misure di armonizzazione delle normative su asilo e immigrazione<sup>25</sup>.

5. I due principali risultati di questa fase della cooperazione intergovernativa sono le Convenzioni di Schengen (CS) e di Dublino (CD). La prima<sup>26</sup> trae origine da un accordo internazionale fra alcuni SM del giugno 1985<sup>27</sup>, accordo che peraltro assunse fin dall'inizio il ruolo di laboratorio comunitario, ruolo accentuato dalla successiva Convenzione<sup>28</sup>.

<sup>24</sup> Trattasi della Germania. Malgrado il numero annuale delle richieste di asilo sia diminuito nella UE a 12 da 669.221 nel '92 a 380.914 nel 2001, per 11 Paesi il numero è in realtà aumentato. Ciò perché la Germania ricevette da sola oltre il 66% delle richieste nel 1992 (per calare al 27.2% nel 2001). Sul punto: VAN KESSEL G., *The Evolution of Asylum Applications in EU Member States*, in URBANO DE SOUSA C. e DE BRUYCKER P. (a cura di), *The Emergence of a European Asylum Policy*, Bruxelles, 2004, pp. 23-32.

<sup>25</sup> CE di Lussemburgo, Conclusioni della Presidenza, giugno 1991, in Boll.CE 6/1991, punti I.17 e I.39. Il CE chiedeva poi un preciso impegno in tal senso al gruppo *ad hoc* Immigrazioni.

<sup>26</sup> Convenzione del 19.6.1990 di applicazione dell'Accordo del 14.6.1985, tra i governi degli Stati dell'Unione economica Benelux, della Repubblica federale di Germania e della Repubblica francese sull'abolizione graduale dei controlli alle frontiere comuni, in SCHERMERS H. (a cura di), *Free Movement of Persons in Europe*, The Hague, 1993, pp. 547-551, e in ILM, 1991, p. 84 ss. La Convenzione - e l'Accordo che ne è all'origine (oltre, nota successiva) - sono entrati in vigore tra i 5 Stati originariamente legati il 2.3.1993; Accordo e Convenzione di applicazione sono poi stati firmati dagli altri SM della UE a 15 (ad eccezione di RU ed Irlanda) tra il 27.11.1990 (Italia, con successiva legge di autorizzazione alla ratifica 30.9.1993 n. 388, in Gazz.Uff. n. 232 del 21.10.1993, s.o.) ed il 19.9.1996 (Svezia, Danimarca e Finlandia).

<sup>27</sup> Accordo tra i governi degli Stati dell'Unione economica Benelux, della Repubblica federale di Germania e della Repubblica francese relativo all'abolizione graduale dei controlli alle frontiere comuni, in ILM, 1991, pp. 73 ss.

<sup>28</sup> Ruolo accentuato dalla successiva Convenzione. Questa, all'art. 1, definisce straniero (art. 1) non già chi non sia cittadino di uno Stato parte, ma chi non è cittadino di alcuno dei 12 (allora) SM della CE: v. CREPEAU F. e CARLIER J.-Y., *Intégration régionale et politique migratoire*. Le "Modèle" européen entre coopération et communitarisation, in JDI, 2004, pp. 964-965. Per prime informazioni sulla CS: BOELES P., *Schengen and the Rule of Law*, in MEIJERS et al. (a cura di), *Schengen*, II ed., Leiden, 1992, p. 135 ss.; HOOGENBOOM T., *Free Movement of Non-EC Nationals, Schengen and beyond*, *ivi*, p. 74 ss.; O'KEEFE D., *The Schengen Convention: A Suitable Model for European Integration?*, in YEL, 1991, pp. 185-220; ID., *European Immigration Law and Policy: The Schengen Conventions and European Community Law*, in PAULY A. (a cura di), *Les Accords de Schengen. Abolition des frontières intérieures ou menace pour les libertés publiques*, Maastricht, 1993, p. 171 ss.; JOUBERT C. e BEVERS H., *Schengen Investigated*, The Hague, 1996, pp. 1-575; SCHUTTE J., *Schengen: Its Meaning for the Free Movement of Persons in Europe*, in

La CS dedica gli artt. da 28 a 38 (cap. VII, tit. II) alla determinazione dell'unico Stato responsabile dell'esame della domanda d'asilo. Unico, per evitare il *forum shopping*, cioè la presentazione successiva di domanda d'asilo a più Stati membri ad opera di un richiedente alla ricerca della legislazione nazionale più abbordabile; *responsabile*, in quanto la competenza ad esaminare la domanda di asilo viene attribuita senz'altro, onde evitare il triste fenomeno dei richiedenti asilo in orbita<sup>29</sup>, allo Stato che ha la maggiore responsabilità per l'ingresso del richiedente nello spazio di Schengen.

Unico Stato responsabile è allora quello attraverso il quale il richiedente si è introdotto nel territorio comunitario: quello cioè del visto o del permesso di soggiorno, o quello del (presunto) ingresso irregolare. La durezza del principio è temperata dalla *clausola familiare* e dalla *clausola umanitaria*. Ai sensi dell'art. 35, infatti, la domanda è esaminata dallo Stato in cui vi sono familiari (congiunto, ascendenti diretti, figli minori) che godano già dello *status* di rifugiato; l'art. 36 introduce dal canto suo l'ulteriore possibilità che ad esaminare la domanda sia un altro Stato per motivi familiari, culturali.

Contenuto molto vicino a quello degli artt. 28-38 CS presenta la CD<sup>30</sup>, strumento privo, peraltro, di quel carattere di "laboratorio comunitario" proprio della Convenzione di Schengen. Quanto ai rapporti tra le due Convenzioni, provvedeva il Comitato esecutivo di Schengen (previsto dall'art. 142 par. 1 della CS) con Risoluzione del 26 aprile 1994, trasformatasi in Protocollo approvato da tutte le Parti contraenti alla

CMLR, 1991, pp. 549-570; STEENBERGEN J., Schengen and the Movement of Persons, in MEIJERS H. et al. (a cura di), *op.cit.*, p. 57 ss.; WAGNER E., The Integration of Schengen into the Framework of the European Union, in LIEI, 1998, pp. 1-60; WOITJER A., Schengen: The Way of No Return?, in MJECL, 1995, pp. 256-278.

<sup>29</sup> Sul fenomeno dei rifugiati in orbita mantengono interesse le osservazioni di GRAHL-MADSEN A., Refugees in Orbit: Some Constructive Proposals (intervento alla tavola rotonda su Rifugiati in orbita tenutasi a Firenze nel giugno 1979, organizzata dall'Istituto internazionale di Diritto umanitario di San Remo), riprodotto (pp. 95-101) in GRAHL-MADSEN A., *Territorial Asylum*, Stockholm, 1980, pp. 1-231.

<sup>30</sup> Convenzione sulla determinazione dello Stato competente per l'esame di una domanda di asilo presentata in uno degli Stati membri delle Comunità europee, Dublino 15.6.1990, in GUCE n. L 131 del 254 del 19.8.1997. Sulla CD, e sul suo rapporto con la CS: BOLTEN J., From Schengen to Dublin: The New Frontiers of Refugee Law, in MEIJERS H. et al., *Schengen*, cit., pp. 8-36; HAILBRONNER K. e THIERY C., Schengen II and Dublin: Responsibility for Asylum Applications in Europe, in CMLR, 1997, pp. 957-989; MÜLLER-GRAFF P.-C., The Dublin Convention, Pioneer and Lesson for Third Pillar Conventions, in *Justice and Home Affairs in the European Union. The Development of the Third Pillar*, Bruxelles, 1995, pp. 65-92;

Convenzione (*Protocollo di Bonn*)<sup>31</sup>. Alla stregua di tale atto le disposizioni della Convenzione di Schengen avrebbero cessato di essere applicabili a vantaggio di quelle contenute nella Convenzione di Dublino all'entrata in vigore di quest'ultima.

Nel momento in cui, con il Trattato di Maastricht<sup>32</sup>, gli SM introducevano un Titolo VI del Trattato dell'Unione europea (TUE) contenente le disposizioni relative alla cooperazione nei settori della giustizia e degli affari interni, né la CS né la CD erano peraltro ancora entrate in vigore. Il Trattato di Maastricht sarebbe anzi entrato in vigore prima (1 novembre 1993) che la CS divenisse operativa tra gli Stati che vi erano Parte fin dall'inizio (26 marzo 1995). Quanto alla CD, questa sarebbe entrata in vigore addirittura tra il settembre '97 e il gennaio '98<sup>33</sup>: successivamente dunque alla firma del Trattato di Amsterdam<sup>34</sup> e alla vigilia di un parziale trasferimento di competenze alla Comunità nella materia in esame.

6. Il Trattato di Maastricht costituiva un momento di svolta obbligata, inaugurando la seconda fase della cooperazione intergovernativa nelle politiche migratorie e di asilo. Per un verso infatti riceveva conferma la persistente volontà degli SM di mantenere tale cooperazione all'esterno dell'ambito comunitario; per l'altro verso il nuovo Trattato formalizzava, inserendola nelle attività di terzo pilastro<sup>35</sup>, una cooperazione intergovernativa avvertita come ineludibile sotto la duplice spinta della costituzione del mercato interno e degli avvenimenti succedutisi alla caduta del muro di Berlino<sup>36</sup>.

La politica di asilo veniva in particolare inserita (art. K 1 TUE) tra i settori in cui gli SM potevano prendere posizioni comuni e dar vita ad azioni

<sup>31</sup> Protocollo relativo alle conseguenze dell'entrata in vigore della Convenzione di Dublino al riguardo di determinate disposizioni della convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen, Bonn, 26.4.1994.

<sup>32</sup> Trattato di Maastricht che modifica il Trattato sull'Unione europea, i Trattati che istituiscono le Comunità europee e alcuni atti connessi sottoscritto il 7.2.1992, in GUCE n. C 191 del 29.7.1992 (entrato in vigore il 1.11.1993).

<sup>33</sup> E precisamente: 1.9.1997 per Belgio, Francia, Germania, Italia, Lussemburgo, Paesi Bassi, Portogallo, Spagna; il 1.10.1997 per Austria, Grecia e Svezia; il 1.1.1998 per la Finlandia.

<sup>34</sup> Trattato di Amsterdam che modifica il Trattato sull'Unione europea, i Trattati che istituiscono le Comunità europee e alcuni atti connessi, sottoscritto il 2.10.1997 ed entrato in vigore il 1.5.1999, in GUCE n. C 340 del 10.11.1997.

<sup>35</sup> V. DUBOLINO D., L'identificazione dello Stato competente all'esame di una domanda di asilo: dalla Convenzione di Dublino al nuovo regolamento, in DUE, 2004, p. 815.

<sup>36</sup> V. il *Report from the Ministers Responsible for Immigration to the European Council Meeting in Maastricht on Immigration and Asylum Policy*, Bruxelles 3 dicembre 1991, SN 4038/91 WG1 930.

comuni (art. K 3)<sup>37</sup>. La Dichiarazione n. 31 sull'asilo allegata al Trattato esprimeva l'impegno degli SM di prendere sollecitamente in esame la materia per giungere già entro i primi del 1993 ad intraprendere un'azione comune di armonizzazione di taluni aspetti<sup>38</sup>. Esprimeva inoltre l'impegno di esaminare la possibilità di applicare la disposizione "passerella" (art. K 9) alla materia<sup>39</sup>.

<sup>37</sup> L'art. K 1 prevedeva che, ai fini della realizzazione degli obiettivi dell'Unione, in particolare della libera circolazione delle persone "fatte salve le competenze della Comunità europea, gli Stati membri considerano questioni di interesse comune" alcuni settori, il primo dei quali era appunto la politica di asilo. Alla stregua dell'art. K 3, gli SM "si informano e si consultano reciprocamente in seno al Consiglio" per coordinare la loro azione nei settori di cui all'art. K 1, instaurando a tal fine una collaborazione tra i servizi competenti delle rispettive amministrazioni. In particolare su iniziativa di uno Stato membro - in alcuni settori, tra cui quello in esame, anche della Commissione - il Consiglio poteva adottare sia posizioni comuni che azioni comuni, qualora sulla base del principio di sussidiarietà gli obiettivi dell'Unione potessero essere meglio realizzati con un'azione comune che tramite azione dei singoli Stati. Per una valutazione d'insieme: ADAM R., La cooperazione nel campo della giustizia e degli affari interni da Schengen a Maastricht, in RDE, 1994, pp. 225 ss.; CURTI GIALDINO C., *Il Trattato di Maastricht sull'Unione europea*, Roma, 1993, pp. 1-451; DEMARET P., *The Treaty Framework*, in O'KEEFE D. e TWOMEY P. (a cura di), *Legal Issues of the Maastricht Treaty*, London et al., 1994, pp. 3 ss.; D'OLIVEIRA J., Expanding External and Shrinking Internal Borders: Europe's Defence Mechanisms in the Area of Free Movement, Immigration and Asylum, in O'KEEFE D. e TWOMEY O. (a cura di), *op.cit.*, pp. 261-267; ID., *Fortress Europe and (extra-Communitarian) Refugees: Cooperation in Sealing off the External Frontiers*, in SCHERMERS H., *op.cit.*, pp. 166 ss.; HAILBRONNER K., *Perspectives of a Harmonization of the Law of Asylum after the Maastricht Summit*, in CMLR, 1992, pp. 917-939; ID., *Visa Regulations and Third-Country Nationals in EC Law*, in CMLR, 1994, pp. 969-995; HANDOLL J., *Free Movement of Persons in the EU*, Chichester, 1995, pp. 1-726 (ivi in particolare Cap. XII, *Visas, External Frontiers and Asylum - Towards a Fortress Europe?*, pp. 399-448); McMAHON R., *Maastricht's Third Pillar: Load-Bearing or Purely Decorative*, in LIEI, 1995, pp. 51-64; MÜLLER-GRAFF P.-C., *The Legal Bases of the Third Pillar and Its Position in the Framework of the Union Treaty*, in CMLR, 1994, pp. 493-510; O'KEEFE D., *Recasting the Third Pillar*, in CMLR, 1995, pp. 893-920; PARISI N. e RINOLDI D. (a cura di), *Giustizia e Affari interni nell'Unione europea. Il terzo pilastro del Trattato di Maastricht*, Torino, 1996; PLENDER R., *Asylum Policy: Deficit of Intergovernmental Cooperation*, in BIEBER R. e MONAR J. (a cura di) *Justice and...*, cit., pp. 141-165; RAWORTH P., *A Timid Step Forward: Maastricht and the Democratization of the European Community*, in ELR, 1994, pp. 16-33; TIZZANO A., *Brevi note sul 'terzo pilastro' del Trattato di Maastricht*, in DUE, 1996, pp. 391-403.

<sup>38</sup> "La Conferenza conviene che, nel contesto dei lavori previsti dagli artt. K1 e K3 delle disposizioni relative alla cooperazione nei settori della giustizia e degli affari interni, il Consiglio esaminerà in via prioritaria le questioni concernenti la politica di asilo degli Stati membri, al fine di pervenire all'inizio del 1993 all'adozione di un'azione comune volta ad armonizzarne taluni aspetti".

<sup>39</sup> Alla stregua di tale disposizione il Consiglio poteva, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione o di uno SM, decidere di rendere applicabili ad azioni pertinenti

Questa nuova fase della cooperazione intergovernativa si dimostrava da subito preda di gravi difficoltà, se è vero che nel periodo in esame le uniche iniziative erano:

- una serie di risoluzioni e conclusioni adottate nel corso della riunione dei Ministri responsabili dell'immigrazione svoltasi a Londra il 30 novembre e 1 dicembre del 1992<sup>40</sup>,
- le conclusioni del CE di Edimburgo del dicembre 1992, che riconosceva la necessità di sviluppare un approccio globale ai temi dell'immigrazione e del diritto d'asilo<sup>41</sup>,
- una Relazione della Commissione del novembre 1993 che giudicava prematura l'adozione di misure ex art. K 9 TUE nella materia<sup>42</sup>,
- la Comunicazione della Commissione del febbraio 1994<sup>43</sup> sulle politiche di immigrazione e di asilo, facente seguito a ripetuti inviti del CE<sup>44</sup> di dare un seguito alla Dichiarazione allegata al Trattato di Maastricht. Il documento

determinati settori contemplati dall'art. K 1 (tra cui l'asilo) il procedimento dicui all'art. 100 C del TCE (poi abrogato dal Trattato di Amsterdam, art. 2 par. 18).

<sup>40</sup> Tra queste, su proposta del gruppo *ad hoc* Immigrazioni e della Commissione, la costituzione di due strutture: il Centro di Informazione, di Discussione e di scambio in materia d'asilo (CIRSA) e il Centro di Informazione, di Riflessione e di scambio in materia di attraversamento delle frontiere e di immigrazione (CIRSF). V. Decisione che istituisce il Centro di Informazione, di Discussione e di scambio in materia d'asilo (CIRSA), adottata dai Ministri responsabili dell'immigrazione riuniti a Londra il 30.11 e 1.12.1992, WG1 1505, e Decisione che istituisce il Centro di Informazione, di Riflessione e di scambio in materia di attraversamento delle frontiere e di immigrazione (CIRSF), adottata dai Ministri responsabili dell'immigrazione riuniti a Londra il 30.11 e 1.12.1992, entrambe riportate in GOULD E. e NIESEN J., *The Developing Immigration...*, cit., pp. 191-293 e, rispettivamente, 205-217. Si segnalano inoltre due Risoluzioni e una Raccomandazione, in cui si cominciano tra l'altro a sviluppare i temi del Paese terzo sicuro e degli accordi di riammissione: v. *Resolution on Manifestly Unfounded Applications for Asylum* (SN 4822/92 WG1 1282 AS 146), *Resolution on a Harmonized Approach to Questions Concerning Host Third Countries* (SN 4823/92 WG 1283 AS 147) e *Conclusions on Countries in Which there is generally not Serious Risk of Persecution* (WG1 1281). Su tali atti - riportati in *Council Press Release 10518/92* - si soffermano PERRAKIS S., *op.cit.*, p. 172 e SONNINO S. e MASIELLO S., *Politiche europee sull'asilo e i rifugiati*, in Str., 2005, pp. 313-334.

<sup>41</sup> V. CE di Edimburgo, Conclusioni della Presidenza, 11-12.12.1992, in Boll. Cee n. 12/1992, punto I-31.

<sup>42</sup> V. Relazione della Commissione al Consiglio sulla possibilità di applicare l'art. K 9 del Trattato sull'Unione europea alla politica di asilo, in Boll. Ce n. 12/1993, punto I.5.5. V. anche le Conclusioni del Consiglio del 20.6.1994 sull'eventuale applicazione dell'art. K 9 del Trattato sull'Unione europea alla politica di asilo, in GUCE n. C 274 del 19.9.1996.

<sup>43</sup> Comunicazione della Commissione al Consiglio del 23.2.1994 sulle politiche migratorie e di asilo, COM (94) 23 fin., par. 19, discussa in O'KEEFE D., *The emergence*, cit., pp. 30-31.

<sup>44</sup> V. i due CE di Bruxelles, Conclusioni della Presidenza: 9.10.1993, in Boll. CE n. 10/1993, punto I.5 e 10 e 11.12.1993, in Boll. CE n. 12/1993, punto I. 8.

sosteneva la necessità sia di un approccio comune all'armonizzazione del diritto d'asilo e della politica di immigrazione, sia di una disciplina comune europea della protezione temporanea<sup>45</sup>;

- uno studio da parte del Comitato K 4 sulla fattibilità del sistema Eurodac;
- una Risoluzione del PE del gennaio 1994, in cui si chiedeva un rapido passaggio di competenze in materia alla Commissione, manifestando perplessità sulla funzionalità del metodo intergovernativo<sup>46</sup>;
- una Risoluzione del Consiglio del 1995 sulle procedure d'asilo<sup>47</sup>;
- una posizione comune del Consiglio ex art. K 3 relativa all'applicazione armonizzata della definizione di rifugiato ai sensi dell'art. 1 CG<sup>48</sup>;
- alcune azioni comuni del Consiglio, adottate di massima nel periodo che intercorre tra la firma e l'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam<sup>49</sup>;
- alcune note della presidenza del Consiglio ai vari comitati, note succedutesi tra il '98 ed il '99, nel periodo di avvicinamento quindi all'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam<sup>50</sup>.

<sup>45</sup> Il punto di vista della Commissione è condiviso dai ministri responsabili dell'immigrazione riuniti a Copenaghen i giorni 1 e 2.6.1993. V. *Resolution on Certain Common Guidelines as Regards the Admission of Particularly Vulnerable Persons from the Former Yugoslavia*, riprodotto in GOULD E. e NIESSEN J., *op.cit.*

<sup>46</sup> Risoluzione del PE del 19.1.1994 sui principi generali di una politica europea dei rifugiati, in GUCE n. C 44 del 14.2.1994.

<sup>47</sup> Risoluzione del Consiglio del 20.6.1995 relativa alle garanzie minime per le procedure d'asilo, in GUCE n. C 274 del 19.9.1996.

<sup>48</sup> Posizione comune del Consiglio del 4 marzo 1996, in GUCE n. L 63 del 13.3.1996.

<sup>49</sup> Trattasi precisamente delle seguenti azioni comuni adottate dal Consiglio in base all'art. K 3 del Trattato sull'Unione europea: 97/477/GAI del 22.7.1997 per il finanziamento di specifici progetti a favore degli sfollati che hanno ottenuto protezione temporanea negli Stati membri come richiedenti asilo, in GUCE n. L 205 del 31.7.1997; 97/478/GAI del 22.7.1997 per il finanziamento di progetti specifici a favore dei richiedenti asilo e dei profughi, in GUCE n. L 205 del 31.7.1997; 98/304/GAI del 27.3.1998 per il finanziamento di progetti specifici a favore degli sfollati che hanno trovato una protezione temporanea negli Stati membri e dei richiedenti asilo, in GUCE n. L 138 del 9.5.1998; 98/305/GAI del 27.4.1998 per il finanziamento di progetti specifici a favore dei richiedenti asilo e dei rifugiati, in GUCE n. L 138 del 9.5.1998; 98/429/GAI del 29.6.1998, che istituisce un sistema di valutazione collettiva della messa in vigore, dell'applicazione e dell'effettiva attuazione, da parte dei paesi candidati, dell'acquis dell'Unione europea nel settore della Giustizia e degli affari interni, in GUCE n. L 191 del 7.7.1998; 1999/290/GAI del 26.4.1999 recante progetti e misure di sostegno concreto all'accoglienza e al rimpatrio volontario di rifugiati, sfollati e richiedenti asilo, compresa l'assistenza di emergenza alle persone che sono fuggite a seguito dei recenti avvenimenti in Kosovo, in GUCE n. L 114 del 1.3.1999.

<sup>50</sup> Due note sono indirizzate al Comitato K 4 il 1.7.1998: *Una strategia per le politiche migratoria e di asilo* (doc. N. ASIM 170) e *Quaderno strategico su migrazioni e asilo* (doc. N. 9809/98). Altre due note sono rivolte al Gruppo di lavoro sull'asilo: *Protezione sussidiaria*, del 23.2.1999 (6246/99 ASILE 7) e *Applicazione pratica del principio di*

Da ultimo, viene in rilievo la strategia contro il razzismo e la xenofobia varata dal Consiglio di Corfù del 24-25 giugno 1994<sup>51</sup>.

Non resta che prendere atto, allora, della inadeguatezza dei risultati conseguiti dalla cooperazione intergovernativa dopo Maastricht in materia di asilo, rispetto sia alla necessità della costruzione del mercato interno, sia al conseguimento degli obiettivi di cui all'art. K 1 TUE. Non per questo la lunga fase della cooperazione intergovernativa, precedente e successiva alla conclusione del Trattato di Maastricht, era trascorsa invano. La progressiva omologazione della politica in materia di asilo alle politiche relative alla lotta alla criminalità, al terrorismo, all'immigrazione illegale, perseguita tramite la cooperazione intergovernativa sarebbe sopravvissuta al passaggio delle competenze in materia alla Comunità-apparato. Di quella "Europa delle buone intenzioni" più sopra menzionata, di conseguenza, non sarebbe rimasta traccia.

## II. Il sistema di Amsterdam

7. Sulla base del sostanziale fallimento della cooperazione intergovernativa prevista dal Capo VI TUE nella versione di Maastricht, il Trattato di Amsterdam prevede, al Titolo IV del TCE, una comunitarizzazione, non completa e differita<sup>52</sup>, delle politiche di asilo e

*solidarietà e di spartizione dell'impegno riguardo all'ammissione e residenza delle displaced persons*, del 31.3.1999 (doc. N. 7157/99). Una nota della presidenza non risulta invece rivolta ad un gruppo di lavoro specifico: *Protezione temporanea degli sfollati e solidarietà nell'ammissione e residenza di tali persone nella UE*, del 29.1.1999 (doc. N. 5645/99).

<sup>51</sup> CE di Corfù, Conclusioni della Presidenza, 24 e 25.6.1994, in Boll.Ce n. 6/1994, punti 1.23 ss. Su tale profilo della cooperazione governativa v. O'KEEFE D., *op.cit.*, pp. 33-34.

<sup>52</sup> Parlano di comunitarizzazione "anomala" CONDINANZI M., LANG A. e NASCIMBENE B., *op.cit.*, pp. 233-234; altri, più sbrigativamente - CREPEAU F. e CARLIER J.-Y., *op.cit.*, p. 987 - definiscono il Capo IV "primo pilastro bis". Sulle disposizioni relative all'asilo (e alle migrazioni) contenute nel Titolo IV del Trattato di Amsterdam: CARLIER J.-Y., *Le développement d'une politique communautaire en matière d'asile*, in URBANO DE SOUSA C. e DE BRUYCKER P. (a cura di), *op.cit.*, pp. 1-14; HAILBRONNER K., *European Immigration and Asylum Law under the Amsterdam Treaty*, in CMLR, 1998, pp. 1047-1067; KUJIPER P., *Some Legal Problems Associated with the Comunitarization of Policy of Visas, Asylum and Immigration under the Amsterdam Treaty and Incorporation of the Schengen Acquis*, in CMLR, 2000, pp. 345-366; LABAYLE H., *Un espace de liberté, de sécurité et de justice*, in RTDE, 1997, pp. 813-881; LANG A., *La politica comunitaria in materia di immigrazione*, in DPCE, 2003, pp. 698 ss.; LIPPARINI S., *Diritto d'asilo nel diritto comunitario: evoluzione dal 1958 sino alla comunitarizzazione dell'acquis di Schengen e le prospettive future*, in DIC, 2001, pp. 47 ss.; PEERS S., *Building Fortress Europe: The Development of EU Migration Law*, in CMLR, 1998, pp. 1235-1272; PIÇARRA N., *Le développement d'une politique commune en matière d'asile*, Commentaire, in URBANO DE SOUSA C. e DE BRUYCKER P. (a cura di), *op.cit.*, pp. 15-21; PISILLO MAZZESCHI R.,



dell'immigrazione, nonché l'integrazione dell'*acquis* di Schengen. Più precisamente, l'art 67 par. 1 prevede, per la durata di 5 anni a far data dall'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam, una procedura di formazione degli atti in cui all'unanimità in seno al Consiglio, previa consultazione del PE, si aggiunge la mancanza del monopolio del potere di proposta da parte della Commissione, potere da spartire con gli SM. Trascorso tale periodo (par. 2) la Commissione recupera il monopolio del potere di iniziativa, mentre il Consiglio può decidere, deliberando all'unanimità previa consultazione del PE, di passare alla procedura di cui all'art. 251<sup>53</sup>. In altre parole il Titolo IV del Trattato di Amsterdam stabilisce un periodo transitorio nel corso del quale il procedimento di produzione normativa nel campo dell'asilo e immigrazione, pur non appartenendo più, formalmente, al sistema intergovernativo proprio del terzo pilastro, rimane "intergovernmental in the political sense"<sup>54</sup>.

Limitate e nel contempo anomale sono anche le competenze della Corte di Giustizia ex art. 68. Questo prevede, al par. 1, la possibilità del rinvio pregiudiziale solo da parte di organo giurisdizionale contro le cui pronunce non siano più possibili ricorsi di diritto interno; alla Corte è inoltre sottratta la possibilità di pronunciarsi sulle misure relative al controllo delle frontiere per ordine pubblico o sicurezza interna (par. 2); da ultimo, rileva la presenza (par. 3) di una anomala "competenza consultiva pregiudiziale"<sup>55</sup>.

Strumenti comunitari di prevenzione e di contrasto dell'immigrazione clandestina, in LEANZA U. (a cura di), *Le migrazioni*, cit., pp. 345-389. Per un quadro d'insieme sulla libera circolazione dei cittadini dei Paesi terzi alla stregua del trattato di Amsterdam, ADINOLFI G., *La circolazione di cittadini di paesi terzi: obblighi comunitari e normativa nazionale*, in NASCIBENE B. (a cura di), *La libera circolazione dei lavoratori. Trent'anni di applicazione delle norme comunitarie*, Milano 1998, pp. 123-155.

<sup>53</sup> Fanno eccezione le misure ex art. 62 par. 2 lett. b), attinenti al regime dei visti; queste (art. 67 par. 3 e 4) risultano solo in parte sottoposte al regime transitorio (procedure e condizioni per il rilascio dei visti da parte degli SM e norme relative al visto uniforme). Per le rimanenti misure (elenco dei Paesi i cui cittadini devono essere in possesso di un visto al momento dell'attraversamento delle frontiere esterne della UE, e modello uniforme dei visti) è invece previsto dall'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam il voto a maggioranza qualificata, su proposta della Commissione e dietro consultazione del PE.

<sup>54</sup> Così (p. 286), PEERS S., *Transforming Decision-Making on EC Immigration and Asylum Law*, in ELR, 2005, pp. 285-296.

<sup>55</sup> NASCIBENE B., *L'Unione europea ed i diritti dei cittadini dei paesi terzi*, in DUE, 1998, p. 520. Sull'argomento v. anche: CONFINANZI M., *La nozione di "giudice avverso le cui decisioni non può proporsi ricorso di diritto interno" nel Titolo IV del Trattato CE. Osservazioni in margine al caso Dem'yanenko*, in LEANZA U. (a cura di), *Le migrazioni*, cit., pp. 435-450; GAROFALO L., *Sulla competenza a titolo pregiudiziale della Corte di Giustizia secondo l'art. 68 del trattato Ce*, in DUE, 2000, p. 805 ss.; GIRERD P., *L'articolo 68 Ce: un renvoi préjudiciel d'interprétation et d'application*, in RTDE, 1999, pp. 239-260.

Il Trattato di Nizza<sup>56</sup> ha successivamente introdotto, con il nuovo art. 67 par. 5, la possibilità di applicare la procedura di codecisione nelle materie di cui all'art. 63 par. 1 e par. 2 lett. a) senza limiti temporali, a condizione che il Consiglio abbia preliminarmente adottato – ai sensi della procedura di cui all'art. 67 par. 1 – "una normativa comunitaria che definisca le norme comuni e i principi essenziali che disciplinano tali materie". Al Trattato di Nizza sono inoltre allegati un Protocollo ed una Dichiarazione<sup>57</sup>. Il primo stabilisce che dal 1 maggio 2004 le misure di cui all'art. 66 vengano prese dal Consiglio a maggioranza qualificata su proposta della Commissione previa consultazione del PE. Con la Dichiarazione gli SM, convenendo sull'opportunità che il Consiglio si adoperi per rendere comunque applicabile dopo il 1 maggio 2004 la procedura di cui all'art. 251 "agli altri settori previsti dal Titolo IV o ad alcuni di essi", indicano l'art. 63 par. 2 lett. a) tra quelli cui la procedura ex art. 251 va senz'altro applicata "a decorrere dalla data in cui sia conseguito un accordo sul campo di applicazione delle misure relative all'attraversamento delle frontiere esterne degli stati membri da parte delle persone". All'atto pratico, ed alla luce della lentezza del Consiglio nel fare uso della possibilità offerta dall'art. 67 par. 2, si è avuta tra il 2003 ed il 2004 una riassunzione solo parziale del potere esclusivo di iniziativa da parte della Commissione; entro i limiti comunque - imposti dal nuovo par. 5 - della modifica o completamento di "una disciplina già decisa nei suoi tratti fondamentali"<sup>58</sup>.

Sul finire del 2004 interveniva piuttosto il CE, con il *programma dell'Aja*, a sollecitare l'iniziativa del Consiglio<sup>59</sup>: questo era invitato ad emanare una decisione sulla base dell'art. 67 par. 2 per consentire l'applicazione a partire dal 1 aprile 2005 della procedura ex art. 251 a tutte le misure previste dal Titolo IV, ad eccezione di quelle relative all'immigrazione clandestina. Una Decisione che assoggetta taluni settori

<sup>56</sup> Trattato di Nizza che modifica il Trattato sull'Unione europea, i Trattati che istituiscono le Comunità europee e alcuni atti connessi, sottoscritto il 26.2.2001 ed entrato in vigore il 1.2.2003, in GUCE n. L 80 del 10.3.2001.

<sup>57</sup> Protocollo relativo all'articolo 67 del Trattato che istituisce la Comunità europea e, rispettivamente, Dichiarazione relativa all'art. 67 del Trattato che istituisce la Comunità europea.

<sup>58</sup> V. CONFINANZI M., LANG A. e NASCIBENE V., *op.cit.*, p. 236.

<sup>59</sup> Consiglio europeo di Bruxelles, Conclusioni della Presidenza, 4 e 5.11.2004, doc.15226/04 del 5.11.2004. Le Conclusioni recano in allegato il *Programma dell'Aja. Rafforzamento della libertà, della sicurezza e della giustizia nell'Unione europea* (v. in part. Parte III, punto 1.2 u.c.). Per prime informazioni: GENSON R., *Un nouveau programme pluriannuel pour consolider l'espace de liberté, de sécurité et de justice*, in RMCUE, 2005, pp. 172-176.

compresi nel Titolo IV alla procedura di codecisione con decorrenza dal 1 gennaio 2005, è stata emanata il 22 dicembre 2004<sup>60</sup>.

Anche se il CE ha sottolineato, nel varare il *programma dell'Aja*, che le sue decisioni si muovono nel quadro giuridico esistente – quello cioè creato dal Trattato di Nizza – e non tendono ad anticipare quanto stabilito nel Trattato su una Costituzione per l'Europa<sup>61</sup>, resta che il movimento in atto verso una parziale dissoluzione dell'anomalia rappresentata dal Titolo IV non fa che anticipare quella piena comunitarizzazione della politica di asilo, che è contemplata dal Trattato su una Costituzione per l'Europa<sup>62</sup>. L'art. III-377 di tale strumento prevede il permanere di eccezioni alla competenza della Corte di Giustizia in relazione alle sezioni 4 e 5 (Cooperazione giudiziaria in materia penale e cooperazione di polizia) del Titolo III Capo IV, mentre la sez. 2 (politiche relative ai controlli alle frontiere, all'asilo e all'immigrazione) viene integrata nella "normale" procedura comunitaria.

8. Il Titolo IV TCE costituisce, in particolare per quanto riguarda l'asilo, un esempio paradigmatico della Europa a geometria variabile<sup>63</sup>. Infatti:

- Le misure ex titolo IV non si applicano al Regno di Danimarca, alla stregua degli artt. 1 e 2 del Protocollo sull'adesione danese alla UE<sup>64</sup>; tale Paese è peraltro legato, oltre che dalla CS, dalla CD. Questa continua quindi ad applicarsi ai rapporti tra Danimarca e Stati membri vincolati dal Reg. 343/2003 e dal Reg. Eurodac, fino all'entrata in vigore di un accordo che consenta la partecipazione di tale Stato all'adozione ed all'applicazione dei

<sup>60</sup> V. Decisione del Consiglio 2004/92/Ce del 22.12.2004 che assoggetta taluni settori contemplati dal Titolo IV, parte terza del trattato che istituisce la Comunità europea alla procedura di cui all'articolo 251 di detto trattato, in GUUE n. L 396 del 31.12.2004.

<sup>61</sup> Firmato a Roma il 29.10.2004, in GUUE n. C 310 del 16.12.2004.

<sup>62</sup> Sull'argomento NASCIMBENE B., Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia in una prospettiva costituzionale europea, in ROSSI L.S. (a cura di), *Il progetto di Trattato-Costituzione*, Milano, 2004, pp. 273-293.

<sup>63</sup> Sulla nozione di Europa a geometria variabile v. CULLEN D., Variable Geometry and Overlapping Circles: In Search of a Suitable Model for Justice and Home Affairs, in BIEBER R. e MONAR J. (a cura di), *Justice and Home Affairs*, cit., pp. 1-435; KUIJPER P., The Evolution of the Third Pillar from Maastricht to the European Constitution, in CMLR, 2004, pp. 609-626, in part. p. 620 ss.; ZAGATO L., A Europe of Variable Geometry: Still a Winning Model? in CZARNOA A., KRYGIER M. e SADURSKI W. (a cura di), *Spreading Democracy and the Rule of Law? Implications of EU Enlargement for the Rule of Law, Democracy and Constitutionalism in Post-Communist Legal Orders*, Dordrecht, 2005 (in corso di pubblicazione).

<sup>64</sup> V. Protocollo (n. 5) sulla posizione della Danimarca, allegato al Trattato di Amsterdam.

regolamenti in discorso. Il Consiglio ha preso la decisione sul testo di accordo presentatogli al riguardo dalla Commissione il 7 marzo 2005<sup>65</sup>.

- RU e Eire non partecipano alle misure prese ex Titolo IV (Protocollo sulla posizione del RU e dell'Eire). A differenza della Danimarca tali Paesi non sono legati dalla CS; lo sono peraltro dalla CD. Entrambi possono manifestare, tramite notifica scritta entro tre mesi dalla proposta, la volontà di partecipare all'adozione ed applicazione di singole misure prese alla stregua del Titolo IV<sup>66</sup>; il RU in particolare ha partecipato all'adozione ed all'applicazione di tutte le misure finora adottate in materia di asilo<sup>67</sup>. D'altro canto il Consiglio ha autorizzato il RU ad attuare nel proprio ordinamento interno una serie di disposizioni dell'*acquis* di Schengen, inclusi gli sviluppi successivi, attinenti in particolare al "quadro penale" per la repressione dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali ed alla creazione di una rete di cooperazione amministrativa in materia di controllo delle migrazioni<sup>68</sup>.

- Gli atti che costituiscono uno sviluppo dell'*acquis* di Schengen sono vincolanti anche per Norvegia e Islanda, in virtù dell'accordo del 7 maggio 1999<sup>69</sup> sull'associazione della Repubblica d'Islanda e del Regno di Norvegia all'attuazione, applicazione e sviluppo dell'*acquis* di Schengen. Con successivo accordo del 19 gennaio 2001<sup>70</sup> si estende a Norvegia ed Islanda l'attuazione delle disposizioni della CD per determinare lo Stato competente

<sup>65</sup> Boll. UE 3/2005, punto 1.4.4.

<sup>66</sup> V. Protocollo (n. 4) sulla posizione del Regno Unito e dell'Irlanda, allegato al trattato di Amsterdam, art. 3 ss. I due Paesi possono in particolare notificare al presidente del Consiglio la loro volontà di partecipare all'adozione ed applicazione delle misure ex Titolo IV secondo le procedure di cui all'art. 3 del Protocollo in esame, come anche notificare la loro intenzione di accettare (art. 4) una misura già adottata alla stregua del Titolo IV del Trattato.

<sup>67</sup> V. oltre, par. 34.

<sup>68</sup> Decisione del Consiglio 2004/926/Ce del 22.12.2004 relativa all'attuazione di parte delle disposizioni dell'*acquis* di Schengen da parte del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord, in GUUE n. L 395 del 31.12.2004.

<sup>69</sup> Accordo tra la CE e la Repubblica d'Islanda e il Regno di Norvegia sulla loro associazione all'attuazione, all'applicazione e allo sviluppo dell'*acquis* di Schengen, approvato dal Consiglio con Decisione 1999/437 del 17.5.1999, in GUCE n. L 176 del 10.7.1999. Su tale accordo: TIZZANO A., A proposito dell'inserzione dell'*acquis* di Schengen nei trattati comunitari: l'accordo 'del Consiglio' con Islanda e Norvegia, in DUE, 1999, p. 521 ss.

<sup>70</sup> Accordo tra la CE e la Repubblica d'Islanda e il Regno di Norvegia relativo ai criteri e meccanismi per determinare lo Stato competente per l'esame di una domanda d'asilo presentata in uno Stato membro oppure in Islanda o in Norvegia, del 19.1.2001, approvato dal Consiglio con Decisione 2001/258 del 15.3.2001, in GUCE n. L 93 del 3.4.2001.

per l'esame di una richiesta d'asilo.<sup>71</sup> Due accordi di analogo tenore sono stati conclusi con la Svizzera<sup>72</sup>.

9. Le competenze comunitarie in materia di asilo sono stabilite in primo luogo all'art. 63 parr. 1 e 2 del Trattato. Il par. 1 prevede l'adozione da parte del Consiglio, entro 5 anni dall'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam, a norma della CG e del suo Protocollo di applicazione del '67, nonché "degli altri Trattati pertinenti", di misure di asilo aventi ad oggetto: criteri e meccanismi per determinare lo Stato membro responsabile per l'esame della domanda di asilo (lett. a); norme minime relative all'accoglienza dei richiedenti asilo negli SM (lett. b); norme minime relative all'attribuzione della qualifica di rifugiato a cittadini di Paesi terzi (lett. c), e norme minime sulle procedure applicabili dagli SM per la concessione e la revoca dello status di rifugiato (lett. d).

Il successivo par. 2 prevede l'adozione di norme minime per assicurare protezione temporanea agli sfollati di Paesi terzi che non possono tornare al Paese d'origine e per le persone che "altrimenti necessitano di protezione internazionale" (lett. a); prefigura inoltre - alla lett. b) - misure di "equilibrio" degli sforzi tra Stati che ricevono rifugiati e sfollati e subiscono le conseguenze dell'accoglienza degli stessi.

L'art. 63 par. 3 lett. a), dedicato alla disciplina di visti a lungo termine e permessi di soggiorno, rileva ai nostri fini in relazione al fenomeno del "ricongiungimento familiare".

Le suddette previsioni vanno peraltro suddivise, alla luce delle indicazioni di cui all'art. 61 che introduce il Capo IV, in due gruppi: norme di cui all'art. 63 parr. 1 lett. a) e 2 lett. a) da un lato, e tutte le altre dall'altra. Ciò perché solo le prime rientrano tra quelle misure di accompagnamento direttamente collegate alle "misure volte ad assicurare la libera circolazione delle persone"<sup>73</sup>; le rimanenti si collocano invece, ex art. 61 lett. b), tra le "altre misure" a norma dell'art. 63.

<sup>71</sup> L'Accordo è concluso tra Norvegia e Islanda e l'Europa a 14 (poi 24) stante la decisione di RU e Irlanda di partecipare - ex art. 3 del Protocollo n. 4 allegato al Trattato di Amsterdam - all'adozione ed applicazione dell'accordo: v. preambolo (considerando 7) della Decisione 2001/258.

<sup>72</sup> Accordo tra l'UE, la CE e la Confederazione svizzera riguardante l'associazione di quest'ultima all'attuazione, all'applicazione e allo sviluppo dell'acquis di Schengen, concluso a Lussemburgo il 26.10.2004 e, rispettivamente, Accordo tra la CE e la Svizzera sui criteri e i meccanismi per determinare lo Stato competente per l'esame di una domanda di asilo presentata in uno degli SM o in Svizzera, concluso a Lussemburgo il 26.10.2004.

<sup>73</sup> Funzionali quindi, alla stregua dell'art. 61 lett. a), al conseguimento degli obiettivi di cui all'art. 14 del Trattato. Oltre alle misure indicate relative all'asilo, rientrano in questo primo

Ancora, l'art. 64 par. 1 prevede che ciascuno Stato membro mantenga la competenza a prendere le misure necessarie al mantenimento dell'ordine pubblico ed alla salvaguardia della sicurezza interna. La dottrina ha sempre ritenuto che l'eccezione di ordine pubblico andasse applicata in modo restrittivo, coerentemente del resto ad una consolidata giurisprudenza della Corte<sup>74</sup>; tale impostazione sembra confermata dal *programma dell'Aja*. A norma dell'art. 66, il Consiglio adotta infine misure atte a garantire "tra i pertinenti servizi amministrativi degli SM" la cooperazione nelle materie disciplinate dal Titolo IV<sup>75</sup>.

Da ultimo, l'attenzione deve soffermarsi sul Protocollo relativo alla concessione reciproca dell'asilo tra gli Stati membri della UE<sup>76</sup>. Questo prevede che gli SM "dato il livello di tutela dei diritti e delle libertà fondamentali da essi garantito, si considerano reciprocamente paesi d'origine sicuri a tutti i fini giuridici e pratici connessi a questioni inerenti l'asilo". Ciò ad eccezione dei casi in cui uno Stato membro intenda avvalersi delle disposizioni dell'art. 15 CEDU per l'adozione di misure in deroga<sup>77</sup>, o sia

gruppo le misure di cui all'art. 62 parr. 2 (controlli alle frontiere, regole in materia di visti e permessi di soggiorno) e 3 (misure che stabiliscono a quali condizioni i cittadini di Paesi terzi hanno diritto a spostarsi nel territorio degli SM per un periodo non superiore a tre mesi).

<sup>74</sup> V. HAILBRONNER K., *European Immigration and Asylum Law under the Amsterdam Treaty*, in CMLR, 1998, pp. 1047-1067, che conviene (pp. 1052-1053) sulla necessità di una interpretazione restrittiva della norma, la quale "refers to the exercise of police power rather than to the formulation of a immigration policy". Sulla clausola di ordine pubblico nel diritto comunitario alla luce dell'interpretazione datane, anche di recente, dalla Corte di Giustizia, v. ZAGATO L., *La libertà di circolazione nella UE dopo le pronunce Gambelli e Lindman: un colpo ai regimi protezionistici solo in materia di scommesse e giuoco d'azzardo?*, in AIDA, 2004, pp. 572-603, in part. pp. 589-590 e 601 ss.

<sup>75</sup> Alla stregua dell'art. 18 della Carta dei diritti, riprodotto all'art. II-78 del Trattato su una Costituzione per l'Europa, "il diritto d'asilo è garantito nel rispetto delle norme stabilite" dalla Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 e dal Protocollo del 1967 relativi allo status dei rifugiati. Per un approfondimento dei rapporti tra Carta e Trattato su una Costituzione per l'Europa, e di entrambi con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, v. VILLANI U., *I diritti fondamentali tra Carta di Nizza, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e progetto di Costituzione europea*, in DUE, 2004, pp. 73-116.

<sup>76</sup> Protocollo (n. 29) sull'asilo per i cittadini degli Stati membri dell'Unione europea, del 1997, allegato al Trattato di Amsterdam.

<sup>77</sup> Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali, Roma, 4 novembre 1950 (ETS n. 5). L'art. 15 CEDU prevede che "in caso di guerra o di altro pericolo pubblico ... ogni Alta Parte contraente può prendere misure in deroga alla presente Convenzione, nella stretta misura in cui la situazione lo esiga e a condizione che tali misure non siano in contrasto con altri obblighi derivanti dal diritto internazionale".

stata avviata la procedura di cui all'art. 7 par. 1 TUE<sup>78</sup>, o ancora quando il Consiglio, alla stregua dello stesso articolo, abbia constatato una violazione grave e persistente dei principi di cui all'art. 6 par. 1 TUE<sup>79</sup> da parte dello SM di cui il richiedente è cittadino. Rimane allo SM richiesto - lett. d) del Protocollo - la possibilità di decidere unilateralmente di esaminare la domanda<sup>80</sup>; ciò comporta l'obbligo di informare il Consiglio e di trattare la domanda sulla base di una presunzione di infondatezza. La presunzione di rispetto integrale dei diritti umani in ogni occasione da parte di tutti gli SM implicita nel Protocollo ha suscitato perplessità in dottrina<sup>81</sup>.

10. La sez. II Capo IV tit. III della parte terza del Trattato su una Costituzione per l'Europa dedica dal canto suo alla disciplina dell'asilo l'art. III-266, in base al quale (par. 1) l'Unione "sviluppa una politica comune in materia di asilo, di protezione sussidiaria e di protezione temporanea, volta a offrire uno statuto appropriato a qualsiasi cittadino di un Paese terzo che necessita di protezione internazionale e a garantire il principio del non respingimento". Alla adozione di norme minime nei diversi settori della politica d'asilo di cui all'art. 63 del Trattato vigente, l'art. III-266 par. 2 sostituisce poi le espressioni "sistema europeo comune d'asilo" e "status uniforme"<sup>82</sup>.

<sup>78</sup> Inserito a Nizza. Il Consiglio, su proposta di un terzo degli SM, del PE o della Commissione, e deliberando con la maggioranza dei quattro quinti dei suoi membri, previo parere conforme del PE, "può constatare che esiste un evidente rischio di violazione grave da parte di uno Stato membro dei principi di cui all'art. 6 par. 1 TUE". In tal caso il Consiglio può rivolgere raccomandazioni a tale Stato e può anche incaricare personalità indipendenti di presentare un rapporto sulla situazione nello SM in questione.

<sup>79</sup> "L'Unione si fonda sui principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dello Stato di diritto, principi che sono comuni agli Stati membri".

<sup>80</sup> V. Dichiarazione del Belgio sul Protocollo sull'asilo per i cittadini degli Stati membri dell'UE, di cui la Conferenza dei rappresentanti degli SM che ha adottato il Trattato di Amsterdam ha preso nota. Il Belgio, al momento di approvare il Protocollo, dichiarava che, per ottemperare agli obblighi nascenti dalla CG, avrebbe proceduto, secondo quanto stabilito dalla lett. d) dell'articolo unico del Protocollo, "all'esame individuale di ogni domanda d'asilo presentata da un cittadino di un altro Stato membro".

<sup>81</sup> Parlano di un "autosatisfecit" non verificato, ed in contrasto ineludibile con gli obblighi posti dalla CG, CREPEAU F. e CARLIER J.-Y., *op.cit.*, pp. 990-992. V. anche CARLIER J.-Y., *Le développement*, cit., pp. 6-7 e UNHCR, *Towards a Common European Asylum System*, in URBANO De SOUSA C. e DE BRUYCKER P., *op.cit.*, pp. 227-295 (in part. pp. 230-232).

<sup>82</sup> Più precisamente, le "misure relative ad un sistema europeo comune di asilo", da stabilire con legge o legge quadro europea, devono includere - lett. da a) a d) - uno status uniforme in materia di asilo e di protezione sussidiaria, procedure comuni per la concessione e la revoca di tale status uniforme, un sistema comune di protezione temporanea. Le successive lettere

La tripartizione (art. III-266 par. 1) tra "asilo, protezione sussidiaria e protezione temporanea" corrisponde alla lettera al regime introdotto dalla normativa di diritto derivato che ha dato applicazione alle previsioni del Titolo IV. La sussunzione nella sfera del diritto comunitario primario della disciplina di diritto derivato (o di parte di questa) consolidata al momento dell'adozione di un nuovo testo del Trattato non costituisce certo una novità: nel caso in esame tale sussunzione ha peraltro ad oggetto una scelta normativa comunitaria assai recente e tutt'altro che esente da critiche<sup>83</sup>. Quanto al passaggio ad un regime uniforme previsto dal par. 2, questo è parte integrante del *programma dell'Aja*: la volontà politica espressa dagli SM in tale occasione ne pone al riparo la realizzazione dalle difficoltà legate all'entrata in vigore del Trattato su una Costituzione per l'Europa. Resta da interrogarsi sul se il testo vigente del Trattato attribuisca o meno alla Comunità le competenze necessarie; per l'altro verso<sup>84</sup>, sul se il risultato del passaggio ad un regime uniforme non sia stato conseguito, in ampia misura, già nel corso della fase di armonizzazione minima della disciplina interna degli SM decisa a Tampere e in via di completamento.

11. La politica di asilo della UE non è peraltro confinata al Titolo IV e al Protocollo citato, presentando anche una *rilevante dimensione esterna*<sup>85</sup>. Fa d'uopo distinguere, al riguardo, tra esternalizzazione della politica di asilo e immigrazione da un lato<sup>86</sup>, e utilizzo di strumenti di prevenzione dall'altro lato. Il primo aspetto ha origini risalenti al CE di Edimburgo<sup>87</sup> e si è sviluppato già nell'ambito della cooperazione intergovernativa precedente il Trattato di Amsterdam; il secondo viene lanciato con il CE di Tampere<sup>88</sup>.

dell'art. III-266 par. 1 si riferiscono a: criteri e meccanismi per la determinazione dello SM competente per l'esame della domanda d'asilo o di protezione sussidiaria, norme sulle condizioni di accoglienza dei richiedenti, partenariato o cooperazione con i Paesi terzi per gestire i flussi dei richiedenti asilo o protezione sussidiaria o temporanea.

<sup>83</sup> V. oltre, par. 39.

<sup>84</sup> V. oltre, par. 13 e ancora oltre, par. 42.

<sup>85</sup> Sull'argomento: BOSWELL C., The 'External Dimension' of EU Immigration and Asylum Policy, in IA, 2003, pp. 619-638, *passim*; GRABBE H., The Sharp Edges of Europe: Extending Schengen Eastwards, in IA, 200, pp. 519-536; GUIRAUDOU V., The Constitution of a European Immigration Policy Domain: A Political Sociology Approach, in J.Ec.Per., 2003, p. 10 ss.

<sup>86</sup> V. i contributi di Bruce Leimsidor e di Bernardo Cortese in questo volume.

<sup>87</sup> V. *supra*, par. 6.

<sup>88</sup> CE di Tampere, Conclusioni della Presidenza, 15 e 16.10.1999, in Boll. CE 10/1999, punti 1.3.1 ss.

La Comunità-apparato è stata chiamata fin da subito a governare il rapporto conflittuale<sup>89</sup> tra le due diverse anime della dimensione esterna della politica di asilo<sup>90</sup>; donde la costituzione a fine '98 di un *High-Level Working Group* (HLWG), le cui conclusioni, pronte per la fine del 1999<sup>91</sup>, influenzarono profondamente il CE di Tampere e quelli successivi di Laeken<sup>92</sup> e di Siviglia<sup>93</sup>.

Certo, in quest'ultima occasione il Consiglio europeo non avrebbe fatto propria, quanto meno nella sua brutale formulazione iniziale, la pretesa britannica e spagnola di rendere l'aiuto umanitario direttamente dipendente dallo sviluppo e dal funzionamento degli strumenti di controllo sulle migrazioni e sui richiedenti asilo. Nondimeno, le conclusioni del CE di Siviglia contengono la velata minaccia che la mancanza di cooperazione da parte di un Paese *target* nella gestione del flusso migratorio potrebbe seriamente "ostacolare lo stabilimento di relazioni più strette tra il Paese in esame e la UE"<sup>94</sup>.

La centralità della dimensione esterna della politica di asilo è stata del resto ribadita dal CE di Bruxelles del novembre 2004<sup>95</sup>. Ricollegandosi alle proposte contenute in una Comunicazione della Commissione di qualche mese prima<sup>96</sup>, il CE dichiara di puntare su una ampia gamma di strumenti di

<sup>89</sup> Con l'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam la distinzione tra i due versanti della dimensione esterna dell'asilo ha acquisito natura di contrasto istituzionale, che ha opposto i vari comitati ex Titolo IV, il cui personale appartiene ai Ministeri degli interni ed alle forze di polizia degli SM, all'apparato organizzativo preposto alla cooperazione internazionale ed umanitaria. Il contrasto verteva sull'utilizzo dello strumento finanziario, con la pretesa del personale del primo gruppo che i finanziamenti destinati ai programmi di cooperazione allo sviluppo fossero impiegati in via primaria nell'esternalizzazione dei controlli e nei programmi di riammissione.

<sup>90</sup> V. Consiglio delle CE e Commissione europea, *Action Plan of the Council and the Commission on How Best to Implement the Provisions of the Treaty of Amsterdam on an Area of Freedom, Security and Justice*, adottato dal Consiglio Giustizia e Affari Interni il 3.12.1998, 1999/C 10/01.

<sup>91</sup> *Final Report of the High-Level Working Group on Asylum and Migrations*, 11281/99 (Presse 288-G) del 4.12.1999.

<sup>92</sup> CE di Laeken, Conclusioni della Presidenza, 14-15.12.2001, in Boll. Ce 12/2001, punti 1.15.37 ss.

<sup>93</sup> CE di Siviglia, Conclusioni della Presidenza, 21-22.6.2002, in Boll. Ce 6/2002, punti 1.9.26 ss.

<sup>94</sup> V. CE di Siviglia, cit., punto 1.12.33.

<sup>95</sup> V. *supra*, nota 59.

<sup>96</sup> *On the Managed Entry in the EU of Persons in Need of International Protection and the Enhancement of the Protection Capacity of the Regions of Origin "Improving Access to Durable Solutions"*, Bruxelles, 4.6.2004, COM (2004) 410 fin. V. Consiglio europeo dei

prevenzione, tra cui è inserito (punto 1.6.1) l'utilizzo di risorse comunitarie per aumentare la capacità di gestione dei flussi migratori e di protezione dei rifugiati, anche di transito, nella logica di raggiungere "soluzioni durature in una fase quanto più possibile precoce". Le due articolazioni, quella della esternalizzazione degli strumenti ex Titolo IV, e quella della prevenzione, tendono in definitiva a ricompattarsi: l'approccio del CE di Siviglia si è così imposto. A riprova di ciò, la Comunicazione della Commissione sul partenariato euro-mediterraneo indica la necessità di ampliare nei prossimi piani d'azione lo spazio per previsioni in materia di Giustizia, Libertà e Sicurezza, individuata come area prioritaria; tali piani d'azione dovranno comprendere sezioni che coprano "asilo, migrazioni, movimenti dei popoli, riammissione, controllo dei confini, lotta contro il crimine organizzato, droga, riciclaggio di denaro sporco, crimini finanziari ed economici" non meno che la cooperazione politica e giuridica<sup>97</sup>.

Sulla dimensione esterna dell'asilo si dovrà tornare più avanti, in riferimento a talune conseguenze del recepimento dell'*acquis communautaire* in questa materia da parte dei Paesi candidati dell'Europa centro-orientale, vecchi e nuovi<sup>98</sup>. Quanto fin qui detto giustifica comunque l'inserimento dei Titoli XX (Cooperazione allo sviluppo, artt. 177-181)<sup>99</sup> e XXI (Cooperazione economica, finanziaria e tecnica con i Paesi terzi, art. 181 A), tra le basi giuridiche della politica comunitaria di asilo.

Il Trattato su una Costituzione per l'Europa, dal canto suo, offre una base giuridica autonoma alla dimensione internazionale della politica di asilo, prevedendo all'art. III-266 par. 2 lett. g) che tra le misure relative ad un "sistema comune europeo" di asilo da prendere con legge europea o con legge-quadro europea, rientrino "il partenariato e la cooperazione con Paesi terzi per gestire i flussi di richiedenti asilo o protezione sussidiaria o temporanea".

rifugiati e degli esiliati (ECRE), *Comments on COM (2004) 410*, on line al sito [www.ecre.org/cu\\_developments](http://www.ecre.org/cu_developments).

<sup>97</sup> Comunicazione della Commissione del 18.4.2005 al Consiglio ed al PE *Decimo anniversario del partenariato euro-mediterraneo: un programma di lavoro per far fronte alle sfide dei prossimi cinque anni*, COM (2005) 135.

<sup>98</sup> V. *oltre*, par. 36.

<sup>99</sup> In particolare gli artt. 177 e 179. L'art. 179 par. 1 stabilisce che il Consiglio adotta, secondo la procedura di cui all'art. 251, le misure necessarie al conseguimento degli obiettivi di cui all'art. 177, misure che possono assumere il carattere di programmi pluriennali. L'art. 177 indica gli obiettivi della politica comunitaria nel settore della cooperazione e sviluppo, politica comunque sussidiaria rispetto a quelle portate avanti dai Paesi membri.

### III. Diritto comunitario derivato

#### A) Quadro delle fonti

12. E' il momento di fornire un quadro organico della normativa derivata che ha dato applicazione alle disposizioni del Titolo IV.

L'art. 63 par. 1 lett. a) costituisce la base giuridica per la comunitarizzazione della Convenzione di Dublino, intervenuta con Reg. 343/2003 (c.d. Reg. *Dublino II*, o RD), che stabilisce criteri e meccanismi per la determinazione dello Stato responsabile per l'esame della domanda di asilo, e Reg. 1560/2003 che ne reca le modalità di applicazione<sup>100</sup>. Alla stregua del medesimo art. 63 par. 1 lett. a) erano stati peraltro emanati, in precedenza, anche il Reg. 2325/2000 che istituisce il sistema Eurodac per l'analisi delle impronte digitali dei richiedenti asilo, e il relativo Regolamento di applicazione 47/2002<sup>101</sup>.

Sulla base dell'art. 63 par. 1 lett. b) è stata emanata la Direttiva 2003/9 del 27 gennaio 2003 relativa alle misure minime per l'accoglimento dei richiedenti asilo<sup>102</sup> (*Direttiva Condizioni di ricevimento*). I profili sostanziali di cui all'art. 63 par. 1 lett. c)<sup>103</sup> - sono disciplinati dalla Direttiva 2004/83 del 29 aprile 2004 relativa all'attribuzione della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, e al contenuto della protezione<sup>104</sup> (*Direttiva Qualificazioni*). Dopo lunga gestazione, ha visto la luce nel dicembre 2005 la Direttiva sulle procedure per il

<sup>100</sup> Reg. del Consiglio 343/2003 del 18.2.2003 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, in GUUE n. L 50 del 25.2.2003 e Reg. della Commissione 1560/2003 del 2.9.2003 recante modalità di applicazione del regolamento (CE) n. 343/2003 del Consiglio che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda d'asilo presentata in uno degli SM da un cittadino di un Paese terzo, in GUUE n. L 222 del 5.9.2003.

<sup>101</sup> Reg. del Consiglio 2725/2000 dell'11.12.2000 che istituisce l'"Eurodac" per il confronto delle impronte digitali per l'efficace applicazione della Convenzione di Dublino, in GUCE n. L 316 del 15.12.2000 e Reg. del Consiglio 407/2002 del 28.2.2002 che definisce talune modalità di applicazione del regolamento (CE) n. 2725/2000 che istituisce l'"Eurodac" per il confronto delle impronte digitali per l'efficace applicazione della Convenzione di Dublino, in GUCE n. L 62 del 5.3.2002.

<sup>102</sup> Dir. del Consiglio 2003/9 del 27.1.2003 recante norme minime relative all'accoglienza dei richiedenti asilo negli Stati membri, in GUUE n. L 31 del 6.2.2003.

<sup>103</sup> Oggetto a suo tempo (1996) di una Posizione Comune del Consiglio ex Titolo VI TUE (v. *supra* par.6).

<sup>104</sup> Dir. del Consiglio 2004/83 del 29.4.2004 recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta, in GUUE n. L 304 del 30.9.2004.

riconoscimento dello status di rifugiato (*Direttiva Procedure*), avente la propria base giuridica nella lett. d) dell'art. 63 par. 1<sup>105</sup>.

Le citate misure relative all'Europa a geometria variabile<sup>106</sup> prevedono come base giuridica, dal canto loro, l'art. 63 par. 1 in combinato disposto con l'art. 300 parr. 2 e 3 del Trattato.

Alla stregua delle previsioni contenute, congiuntamente, nell'art. 63 par. 2 lett. a) e b), è stata ancora emanata la Direttiva 2001/55 del 21 luglio 2001 sulle misure di protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati e sulla promozione dell'equilibrio degli sforzi tra PM che subiscono le conseguenze dell'accoglienza degli stessi<sup>107</sup>. La lett. b) dello stesso articolo costituisce la base giuridica della Decisione 2000/596 relativa alla istituzione del Fondo europeo per i rifugiati 2001-2004, cui ha fatto seguito, per il periodo 2005-2010, la Decisione 2004/904 del 2 dicembre 2004<sup>108</sup>.

La Direttiva sul diritto al ricongiungimento familiare<sup>109</sup>, avente la propria base giuridica nell'art. 63 par. 3 lett. a) trova applicazione, ai fini del presente lavoro, nel caso ad un membro della famiglia (art. 3 par. 1) sia stato riconosciuto lo status di rifugiato.

Ai sensi dell'art. 66 sono state emanate la Decisione che istituisce un programma d'azione finalizzato alla cooperazione amministrativa nel settore delle frontiere esterne (ARGO)<sup>110</sup>. Eguale base giuridica ha la decisione del

<sup>105</sup> Dir. del Consiglio 2005/85 del 1.12.2005 recante norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di rifugiato, in GUUE n. L 326 del 13.12.2005.

<sup>106</sup> V. *supra*, par. 8.

<sup>107</sup> Dir. del Consiglio 2001/55 del 20.7.2001 sulle norme minime per la concessione della protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati e sulla promozione dell'equilibrio degli sforzi fra gli Stati membri che ricevono gli sfollati e subiscono le conseguenze dell'accoglienza degli stessi, in GUCE n. L 212 del 7.8.2001.

<sup>108</sup> Decisioni del Consiglio: 2000/596 del 28.9.2000 che istituisce il Fondo europeo per i rifugiati per il periodo 2001-2004, in GUCE n. L 252 del 6.10.2000, e 2004/904 del 2.12.2004 che istituisce il Fondo europeo per i rifugiati per il periodo 2005-2010, in GUUE n. L 381 del 28.12.2004.

<sup>109</sup> Dir. del Consiglio 2003/86 del 22.9.2003 relativa al diritto al ricongiungimento familiare, in GUUE n. L 251 del 3.10.2003.

<sup>110</sup> Decisioni del Consiglio: 2002/463 del 13.6.2002 che istituisce un programma d'azione finalizzato alla cooperazione amministrativa nei settori delle frontiere esterne, dei visti, dell'asilo e dell'immigrazione (programma ARGO), in GUCE n. L 161 del 19.6.2002 e 2004/867 del 13.12.2004 recante modifica della decisione 2002/463/CE che istituisce un programma d'azione finalizzato alla cooperazione amministrativa nel settore delle frontiere esterne, dei visti, dell'asilo e dell'immigrazione (programma ARGO) in GUUE n. L 371 del 18.12.2004. Il programma ARGO nasce dall'esaurimento del programma *Odysseus*, avente base giuridica nell'art. K 3 TUE: v. azione comune 98/244/GAI del 19.3.1998 che istituisce

2005 sulla creazione di una rete di informazione per la gestione dei servizi di immigrazione negli SM<sup>111</sup>.

L'art. 67 par. 2 costituisce la base giuridica per la citata Decisione 2004/92 che modifica le procedure di emanazione degli atti ex artt. 62 e 63<sup>112</sup>. Ai sensi degli artt. 179 par. 1 e 181 A è stato infine emanato il Reg. 491/2004 per l'assistenza finanziaria e tecnica ai Paesi terzi in materia di migrazione ed asilo<sup>113</sup>.

13. Nella gamma di strumenti giuridici ora delineata, spiccano per un verso le Direttive volte all'armonizzazione minima della disciplina vigente negli Stati membri nelle materie rispettivamente regolate, per l'altro verso i Regolamenti che individuano lo Stato la cui normativa interna va applicata al singolo caso. A questi si aggiungono poi ulteriori strumenti indirizzati ad organizzare e facilitare il funzionamento degli strumenti ora indicati. Si può quindi parlare di ricorso congiunto a misure di *home country control* e di armonizzazione minima, secondo un modello noto alle istituzioni CE, in particolare quando vi siano da avviare nuove politiche<sup>114</sup>. In tal modo le istituzioni hanno ottemperato a quanto richiesto loro dal CE di Tampere: questo le aveva invitate a varare nel più breve tempo possibile la panopia di

un programma di formazione, di scambi e di cooperazione nei settori delle politiche dell'asilo, dell'asilo e dell'attraversamento delle frontiere, in GUCE n. L 99 del 31.3.1998.

<sup>111</sup> Decisione del Consiglio 2005/267 del 16.3.2005 relativa alla creazione sul web di una rete di informazione e coordinamento sicura per i servizi di gestione dell'immigrazione degli Stati membri, in GUUE n. L 83 del 1.4.2005.

<sup>112</sup> V. *supra*, nota 60.

<sup>113</sup> Reg. del PE e del Consiglio 491/2004 del 10.3.2004 che istituisce un programma di assistenza finanziaria e tecnica ai paesi terzi in materia di migrazione e asilo (AENEAS), in GUUE n. L 80 del 18.3.2004.

<sup>114</sup> Cfr.: *Il Completamento del mercato interno, Libro Bianco della Commissione per il Consiglio europeo (Milano, 28-29.6.1985)*, COM(85) 310 def., Bruxelles, 14.6.1985 in particolare il par. 65, secondo cui: "nelle iniziative future riguardanti il mercato interno occorrerà fare una chiara distinzione tra ciò che è essenziale armonizzare e ciò che può essere lasciato al mutuo riconoscimento delle regolamentazioni e delle norme tecniche nazionali; ne consegue che, in occasione di ogni iniziativa di armonizzazione, la commissione stabilirà se le disposizioni nazionali siano o meno eccessive rispetto alle esigenze imperative perseguite, e costituiscono pertanto ostacoli ingiustificati agli scambi, a norma degli articoli da 30 a 36 del Trattato CEE". Si vedano in proposito, limitandoci alla regolamentazione dei servizi finanziari, MOREIRO GONZALES C. J., *La codification de la réglementation communautaire relative à l'activité des établissements de crédit et son exercice*, in RTDE, 2001, pp. 529-550 e GREPPI E., *Stabilimento e servizi nel diritto comunitario*, Dig.publ., vol. XIV, Torino, 1999, p. 512. Da ultimo affronta il tema degli strumenti del mutuo riconoscimento e dell'*home country control* NICOLIN S., *Il mutuo riconoscimento e dell'home country control*, Padova, 2005, *passim*.

strumenti giuridici necessari alla prima fase di una politica comune europea in materia di asilo.

E' piuttosto da chiedersi se proprio la scelta operata a Tampere di dar vita ad una politica comune in materia di asilo non faccia forza sulla lettera delle disposizioni del Titolo IV TCE come sugli equilibri tra competenze della Comunità-apparato e competenze degli SM previsti da tale Titolo<sup>115</sup>. In particolare traspare dal citato art. 61, come questo fosse ancorato ad una impostazione tradizionale, che vedeva il rafforzamento delle misure esterne di controllo quale necessario corollario dell'approfondimento della libertà di circolazione all'interno dell'Unione<sup>116</sup>. Al contrario, le conclusioni della presidenza finnica attribuivano alla politica comune d'asilo, e più in generale alle politiche di cui al titolo IV, un impatto, una autonomia e un proposito di organicità non preventivati dai redattori del Trattato di Amsterdam<sup>117</sup>. Con quali conseguenze nella nostra materia si potrà allora meglio valutare al momento di trarre le conclusioni.

*B) Comunitarizzazione della Convenzione di Dublino (e sistema Eurodac).*

14. Il Reg. 343/2003 (RD)<sup>118</sup> riproduce i profili essenziali della CD, a partire dalla regola base per cui ogni individuo ha diritto a veder esaminata

<sup>115</sup> V. PASTORE F., *Visa, Borders, Immigration: Formation, Structure and Current Evolution of the EU Entry Control System*, in WALKER N. (a cura di), *Europe's Area of Freedom, Security and Justice*, Oxford, 2004, pp. 89-141 (in part. 94-98) e PICARRA N., *op.cit.*, p. 18 ss.

<sup>116</sup> Donde la necessità di un equilibrio tra due principi: rispetto di quegli standards di tutela dei diritti umani che ineriscono al diritto internazionale dei rifugiati, e realizzazione della libertà di circolazione nel mercato interno. V. BRANDL U., *Soft Law as a Source of International and European Refugee Law*, in CARLIER J.-Y. e VANHEULE D., *Europe and Refugees: a Challenge*, The Hague, 1997, pp. 203-226, in particolare pp. 216-217.

<sup>117</sup> Convincente in tal senso è PICARRA N., *op.cit.*, p. 18.

<sup>118</sup> Per primi approfondimenti: BONETTI P. e NERI L., *Il diritto d'asilo*, in NASCIBENE B. (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Milano, 2004, pp. 1135-1243 (in particolare sez. seconda, NERI L., *Profili sostanziali: lo statuto di rifugiato*, p. 1222 ss.); BRANDL U., *Distribution of Asylum Seekers in Europe? Dublin II Regulation Determining the Responsibility for Examining an Asylum Application*, in URBANO DE SOUSA C. e DE BRUYCKER P. (a cura di), *op.cit.*, pp. 33-69; DUBOLINO D., *op.cit.*, pp. 811-845; GUILD E., *Seeking Asylum: Storms Clouds between International Commitments and EU Legislative Measures*, in ELR, 2004, pp. 198-218, in particolare p. 206 ss.; HURWITZ A., *Commentaires sur la détermination de l'Etat Membre responsable de l'examen d'une demande d'asile et la répartition des charges entre Etat Membres*, in URBANO DE SOUSA C. e DE BRUYCKER P. (a cura di), *op.cit.*, pp. 71-86; MARX R., *Adjusting the Dublin Convention: New Approaches to Member States Responsibility for Examining an Asylum Application*, in EJML, 2001, pp. 7-21; ROSSANO R., *Il regolamento comunitario sulla determinazione dello Stato Membro competente ad esaminare la domanda di asilo*, in DCSI, 2004, p. 371-382.

la propria domanda da un solo Stato membro, individuato sulla base di una gerarchia di criteri. Detta gerarchia rimane sostanzialmente immutata nel passaggio dall'art. 3 par. 1 CD al Capo III, artt. 5-14, del RD. In successione, Stato responsabile è quello in cui si trova legalmente un familiare del minore non accompagnato (art. 6), o in cui un familiare del richiedente gode dello status di rifugiato (art.7)<sup>119</sup>, o abbia richiesto asilo (art. 8). Quando non soccorra il principio dell'unità familiare entrano in gioco altri criteri, a partire da quello dello Stato che abbia rilasciato un visto o permesso di soggiorno in corso di validità o scaduto<sup>120</sup>, oppure che non richieda un visto per l'ingresso (art. 11 par. 1)<sup>121</sup>. L'art. 10 ribadisce dal canto suo il principio per cui la responsabilità per l'esame della domanda ricade automaticamente sullo SM la cui frontiera il richiedente abbia attraversato per prima entrando illegalmente da un Paese terzo. Resta invariata la norma residuale di cui all'art. 13: qualora nessuno dei criteri di attribuzione funzioni, competente ad esaminare la domanda è lo Stato in cui questa viene presentata.

Il meccanismo qui indicato si applica, come già del resto avveniva per la CD, solo alle domande che possano essere considerate domande di protezione internazionale ai sensi della CG<sup>122</sup>; non ha trovato accoglimento la richiesta di alcuni SM di allargare il meccanismo alle ipotesi di tutela sussidiaria<sup>123</sup>. Quanto al profilo procedurale, le misure presenti nel RD, certo più rigorose di quelle della CD<sup>124</sup>, costituiscono per lo più la riproduzione di

<sup>119</sup> Qualora un familiare del richiedente abbia presentato domanda di protezione ad uno SM e sia in attesa di risposta, anche l'esame della domanda del richiedente spetta a detto Stato, "sempre che gli interessati lo desiderino" (art. 8).

<sup>120</sup> Nel caso di richiedente titolare di più permessi di soggiorno (o visti) in corso di validità, provvede l'art. 9 par. 3: è competente lo Stato che ha rilasciato il titolo che conferisce il diritto di soggiorno più lungo o, in caso di identica durata, quello che ha rilasciato il titolo la cui scadenza è più lontana. Nel caso di pluralità di visti, se di identica natura, è competente lo Stato che ha rilasciato il visto la cui scadenza è più lontana; se i visti sono di natura diversa, funzionano le stesse regole dei permessi di soggiorno. In presenza di visti o permessi scaduti, l'art. 9 par. 4 distingue due casi: se si tratta di titoli di soggiorno scaduti da meno di due anni, o di visti scaduti da meno di sei mesi, si applicano gli stessi criteri che operano per i titoli validi. In caso contrario, è competente lo Stato in cui la domanda è stata presentata.

<sup>121</sup> Il par. 2 precisa che se il richiedente presenti in seguito la domanda d'asilo in un secondo Paese in cui sia ancora dispensato dal visto, questo secondo Paese sarà competente per l'esame della domanda.

<sup>122</sup> V. art. 2 lett. c) RD: "tutte le domande di protezione internazionale vanno considerate domande di asilo, salvo che il cittadino di un paese terzo solleciti esplicitamente un distinto tipo di protezione, che può essere richiesto con domande separate".

<sup>123</sup> Trattasi di Finlandia, Olanda e Svezia: cfr. Council doc. 8207/02 del 23 aprile 2002.

<sup>124</sup> V. i tempi più ristretti per la richiesta di presa in carico rivolta ad un altro SM da parte dello Stato della domanda (art. 17 RD: 3 mesi invece dei 6 della CD) e per la risposta di

norme procedurali contenute nelle Decisioni del Comitato istituito ex art. 18 CD<sup>125</sup>.

15. Stanti i profili di continuità tra i due strumenti, è giocoforza concludere che il RD riproduce gli aspetti deficitari della CD, a partire dal meccanismo stesso di individuazione del Paese responsabile che ne sta alla radice. E ciò malgrado da più parti<sup>126</sup>, compresa la stessa Commissione<sup>127</sup>, quel meccanismo fosse stato oggetto di critiche che ne mettevano in dubbio, *inter alia*, la rispondenza agli obblighi internazionali assunti dagli SM al momento in cui questi avevano aderito alle principali convenzioni internazionali per la protezione dei diritti umani.

Piuttosto, viene riformulata, rispetto al testo dell'art. 9 CD, la *clausola umanitaria* (art. 15 RD), resa più rispondente a finalità di ricongiungimento

quest'ultimo (art. 18 RD: 2 mesi invece dei 3 CD). Parla di "rudimentary rules on the transfer of the asylum seekers from one Member State to the other" per quanto riguarda la CD, di contro alle dettagliate previsioni di cui all'art. 19 RD, BRANDL U., *op.ult.cit.*, p. 59. Fa peraltro eccezione il regime delle prove: v. oltre, par. 16.

<sup>125</sup> Tale Comitato, composto da un rappresentante del governo di ciascuno SM, aveva il compito di esaminare ogni problema relativo all'interpretazione ed applicazione della CD, nonché di adottare le revisioni o le modifiche della CD. V. in particolare Decisione 1/97 del 9.9.1997 del Comitato istituito dall'art. 18 della CD, relativa all'attuazione di talune disposizioni per l'attuazione della Convenzione stessa (in GUCE n. L 281 del 4.10.1997). Le altre Decisioni del Comitato ex art. 18 sono le seguenti: 2/97 del 9.9.1997 che stabilisce le norme di procedura del Comitato stesso (in GUCE n. L 281 del 14.10.1997); 1/98 del 30.6.1998 relativa a disposizioni per l'attuazione della CD (in GUCE n. L 196 del 14.7.1998); 1/2000 del 31.10.2000 sul trasferimento delle competenze in materia di membri della famiglia ai sensi degli artt. 3 par. 4 e 9 della CD (in GUCE n. L 281 del 7.11.2000).

<sup>126</sup> V. ECRE, *Comments on the Proposal for a Council Regulation Establishing the Criteria and Mechanisms for Determining the Member State Responsible for Examining an Asylum Application Lodged in One of the Member States by a Third Country National*, al sito [www.ecre.org/eu\\_developments](http://www.ecre.org/eu_developments). V. anche NOLL G., *Formalism v. Empiricism. Some Reflections on the Dublin Convention on the Occasion of Recent European Case Law*, in NJIL, 2001, p. 161.

<sup>127</sup> V. *Commission Staff Working Papers: Revisiting the Dublin Convention: Developing Community Legislation for Determining Which Member State is Responsible for Considering an Application for Asylum Submitted in One of the Member States*, (SEC 2000), 522, Bruxelles, 21.3.2000 e *Commission Staff Working Paper dal titolo Evaluation of the Dublin Convention*, SEC (2001) 756 fin., Bruxelles, 16.6.2001. La Commissione concludeva tuttavia che era meglio ribadire per il momento i principi che contrassegnavano la CD, salvo apportarvi "i necessari miglioramenti individuati alla luce dell'esperienza"; ciò nella speranza che la progressiva realizzazione di un regime europeo comune del diritto d'asilo avrebbe permesso di superare il problema delle notevoli diversità nella tutela conferita dalle normative dei singoli SM. L'impostazione del *Working Paper* è ribadita nel preambolo del Reg. 343/2003, al considerando 5.



familiare. Ciò ha portato parte della dottrina a riconoscere al RD un elemento di pregio rispetto alla CD: tale elemento consisterebbe in "una più completa attuazione del principio del riconoscimento familiare" e, soprattutto, in una più intensa tutela della situazione del minore<sup>128</sup>, risultante dalle disposizioni congiunte degli artt. 6-8 e 14-15<sup>129</sup>.

Ogni eccesso di entusiasmo va peraltro ridimensionato, alla luce dell'angustia della nozione di familiare offerta dall'art. 2 lett. i) del RD; vi rientrano infatti solo coniuge e figli minori del richiedente, questi ultimi con l'ulteriore condizione di essere a carico del richiedente e non coniugati, nonché i genitori o il tutore del richiedente minore e non coniugato. Il *partner* non legalmente coniugato è preso in considerazione solo in caso di relazione stabile, e qualora "la legislazione o la prassi dello SM interessato assimili la situazione delle coppie di fatto a quelle sposate nel quadro della legge sugli stranieri"<sup>130</sup>. Sugli effetti di tale angustia si tornerà in seguito<sup>131</sup>.

16. Vanno piuttosto approfonditi quegli elementi che diversificano, ai danni del richiedente asilo, la disciplina contenuta nel RD rispetto a quella della CD. Spicca tra tutte la disposizione di cui all'art. 3 par. 2 (c.d. *sovereignty clause*): se uno SM diverso da quello cui spetterebbe l'esame ai sensi del Capo III del RD decide di esaminare la richiesta, non è necessario a tal fine - contrariamente a quanto stabilito dall'art. 3 par. 4 CD<sup>132</sup> - il

<sup>128</sup> ROSSANO R., *op.cit.*, p. 376. V. anche BRANDL U., *op.cit.*, pp. 41-46 e 55. Entrambi pongono in rilievo l'assenza di garanzie a favore del minore nella CD. La dottrina valorizza anche l'art. 12 del Reg. 343/2003. Questo prevede che ove la domanda sia presentata in una zona internazionale di transito di un aeroporto dello SM da parte di un cittadino di un Paese terzo, detto SM sia competente per l'esame. Vengono così superate le conseguenze della pronuncia *Commissione c. Consiglio* del '98 (CGCE 12.5.1998, *Commissione c. Consiglio*, C-170/96, in *Racc.*, I-2763 ss.). Sul punto DUBOLINO D., *op.cit.*, pp. 842-844.

<sup>129</sup> L'art. 14 RD disciplina il caso di più domande presentate simultaneamente nel medesimo Stato da più membri di una stessa famiglia: è competente per l'esame di tutte le domande quello SM che alla stregua dei criteri indicati nella Parte III del RD risulta competente per il maggior numero di familiari, o in subordine quello competente per l'esame della domanda del familiare più anziano. Quanto alla Direttiva sul ricongiungimento familiare (v. *supra*, par. 13), questa ha un ambito di applicazione limitato ai fini dell'individuazione dello Stato responsabile per l'esame della domanda: si applica infatti solo quando il ricongiungimento riguarda un lavoratore migrante regolarmente stabilito in uno SM, o un familiare che goda dello *status* di rifugiato.

<sup>130</sup> Solo i figli minori di tali coppie, purché non coniugati e a carico dei genitori, rientrano nella nozione di familiari "indipendentemente dal fatto che siano figli legittimi, naturali o adottivi secondo le definizioni del diritto nazionale".

<sup>131</sup> Sugli effetti di tale angustia si tornerà in seguito, par. 40 e 43.

<sup>132</sup> Secondo il quale "ogni Stato membro ha diritto di prendere in esame una domanda di asilo presentatagli da uno straniero, anche se detto esame non gli compete in virtù dei criteri

consenso dell'interessato<sup>133</sup>. Il RD riprende così la prassi diffusa in alcuni SM, in particolare la Germania<sup>134</sup>. In tale Paese, vigente la CD, venivano automaticamente rimandati al Paese d'origine considerato sicuro dal governo tedesco anche quei richiedenti la cui domanda avrebbe dovuto essere esaminata, ex art. 3 par. 4 CD, da un altro SM; ciò in base al principio per cui il consenso sarebbe risultato implicito nella scelta di presentare la domanda allo Stato tedesco. Ancora: a differenza del preambolo della CD, quello del RD non contiene alcuna garanzia per il richiedente asilo che la sua domanda verrà effettivamente esaminata da uno SM.

Sotto il profilo procedurale l'art. 18 par. 4 RD introduce un sensibile alleggerimento del livello di prove (anche indiziarie) richiesto per l'individuazione dello Stato responsabile dell'esame della domanda: stabilisce infatti che il "requisito della prova non dovrebbe andare oltre quanto necessario ai fini della corretta applicazione del presente regolamento". La difficoltà di trovare le prove formali sufficienti necessarie ai fini dell'applicazione della CD, e che costituiva uno dei più seri problemi nell'applicazione di tale Convenzione, ha così trovato soluzione nella banalizzazione del livello di prove richiesto.

E' il momento di concludere: il RD costituisce un momento di ulteriore arretramento rispetto ai parametri di tutela assicurati dalla CD<sup>135</sup>. Per un verso, ne vengono allora esaltati quei dubbi di compatibilità con gli obblighi posti a carico degli Stati membri dalla CG che già erano stati avanzati nei confronti della CD<sup>136</sup>. Per l'altro verso, il RD incoraggia l'adozione di misure restrittive in relazione al riconoscimento dello stesso diritto di asilo<sup>137</sup>. Interessante il caso dell'Italia: il nuovo art. 1 *bis* comma 5 della

definiti nella presente convenzione, a condizione che il richiedente l'asilo vi consenta. Lo Stato membro competente secondo i succitati criteri è quindi liberato dai suoi obblighi che vengono trasferiti allo Stato membro che desidera prendere in esame la domanda di asilo".

<sup>133</sup> Lo SM che decida in tal senso diventa infatti "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".

<sup>134</sup> Ma anche il Belgio e l'Olanda. In questi ultimi Paesi sono stati automaticamente rimandati indietro senza avere dato il consenso, secondo una discutibile applicazione dell'art. 3 par. 4 CD, i richiedenti asilo provenienti da Romania, Polonia e Ungheria, pur se la loro domanda avrebbe dovuto venire esaminata da altro SM.

<sup>135</sup> Ciò per generale valutazione della critica: v. al riguardo la panoramica sui giudizi dei diversi autori effettuata da GUILD E., *op.cit.*, pp. 207-208. Con maggior cautela, MARCHISIO S., *Rifugiati, profughi...*, *cit.*, pp. 339-340.

<sup>136</sup> L'argomento è approfondito nel contributo di Bernardo Cortese in questo volume.

<sup>137</sup> ROSSANO R., *op.cit.*, p. 377.

legge 39/1990<sup>138</sup> introdotto dalla legge 189/2002<sup>139</sup>, va interpretato nel senso che lo Stato italiano si attribuisce la competenza di esaminare senz'altro "tutte le domande di riconoscimento dello status presentate da soggetti nei confronti dei quali si debba applicare la procedura semplificata, ovvero nei confronti di coloro che abbiano eluso o cercato di eludere i controlli alla frontiera, che siano in condizioni di soggiorno irregolare o che siano stati destinatari di provvedimenti di respingimento o di espulsione"<sup>140</sup>. La disposizione in esame, di dubbia compatibilità con gli obblighi assunti dal nostro Stato con la CD, viene tuttavia sanata *ex post* dal RD, e posta così al riparo da possibili censure di carattere costituzionale<sup>141</sup>. E' peraltro evidente che il legislatore italiano ha trovato ispirazione nella proposta di Reg. *Dublino II* in corso di discussione al tempo della formulazione della legge nazionale<sup>142</sup>.

L'esempio da ultimo portato sembra allora prefigurare in capo al RD un ruolo di modello di riferimento per gli SM ai fini della restrizione del diritto d'asilo, ruolo esercitato già a partire dalla fase che ne ha preceduto l'adozione formale. Prima di formulare valutazioni più impegnative, sarà opportuno peraltro individuare altri esempi di analogo utilizzo di atti comunitari non (ancora) vincolanti<sup>143</sup>.

17. Il RD richiama più volte la necessità di "garantire la coerenza" tra le disposizioni in esso contenute ed il Reg. 2725/2000 che istituisce il *sistema*

<sup>138</sup> Decreto legislativo 30.12.1989 n. 416, *Norme urgenti in materia di asilo politico, di ingresso e soggiorno dei cittadini extracomunitari e di regolarizzazione dei cittadini extracomunitari già presenti nel territorio dello Stato*, convertito con modificazioni nella legge n. 39 del 28.2.1990, in Gazz.Uff. n. 49 del 28.2.1990 (c.d. legge Martelli).

<sup>139</sup> Legge n. 189 del 30.7.2002, Modifica alla normativa in materia di immigrazione e di asilo, suppl. ord. N. 173/L alla Gazz.Uff. serie gen., n. 199 del 26.8.2002 (c.d. legge Bossi-Fini).

<sup>140</sup> Alla lettera, il comma in questione dice che "lo Stato italiano è competente all'esame delle domande di riconoscimento dello status di rifugiato di cui al presente articolo, ove i tempi non lo consentano, ai sensi della Convenzione di Dublino ratificata ai sensi della legge 23 dicembre 1992". L'interpretazione letterale sarebbe dunque: "lo Stato italiano è competente all'esame delle domande in tutti i casi in cui non vi sia tempo per detto esame". Opportunamente allora NERI L., *Profili sostanziali*, cit., p. 1229, suggerisce di sostituire tale interpretazione con una che "sacrifichi un po' di sintassi e di significato delle parole ma che garantisca un senso alla norma".

<sup>141</sup> Alla stregua dell'art. 10 par. 2 della Carta costituzionale che vuole la condizione giuridica dello straniero regolata dalla legge "in conformità delle norme e dei trattati internazionali".

<sup>142</sup> V., con ironia, NERI L., *op.loc.cit.*: "Se c'è tuttavia una norma comunitaria della quale il legislatore della Legge n. 189/2002 ha tenuto conto (basandosi probabilmente sulle proposte in corso di approvazione), questa è quella contenuta nel regolamento (CE) n. 343/2003".

<sup>143</sup> V. oltre, parr. 30 ss.

*Eurodac*<sup>144</sup>. L'art. 22 par. 2 del RD prevede inoltre la fissazione di norme "relative all'istituzione di linee di comunicazione elettronica sicure" tra le autorità (stabilite ai sensi del par. 1) responsabili in ogni SM degli obblighi posti dal RD; ciò allo scopo di inviare richieste e garantire che il mittente riceva automaticamente un avviso di ricevimento per via elettronica; dette norme sono contenute nel Titolo II (Creazione della *rete Dublinet*, artt. 18-21) del Reg. 1560/2003. Si pone allora - oltre ad un problema di articolazione eventuale tra *sistema Eurodac* e *rete Dublinet*<sup>145</sup> - un problema di rapporto tra ciascuno degli strumenti in discorso e la Direttiva 95/46 sul trattamento dei dati personali<sup>146</sup>.

Il Reg. 2725/2000 prevede la costituzione di un sistema informatizzato con una unità centrale dotata di una banca dati in cui vengono raccolte le impronte digitali dei richiedenti asilo trasmesse dagli SM e gestita dalla Commissione per conto degli Stati (art.3), che rimangono gli unici competenti alla rilevazione delle impronte stesse. La banca dati consente agli SM di operare, quando sia necessario, l'opportuno raffronto.

Le categorie di persone di cui devono essere rilevate le impronte sono tre. In primo luogo si tratta dei richiedenti asilo al momento della domanda (art. 4); per costoro il periodo di conservazione dei dati è di dieci anni, salvo

<sup>144</sup> Ciò già al considerando 10. V. inoltre: art. 21 par. 2 lett. c), in base al quale ciascuno SM comunica allo SM che ne faccia richiesta i dati personali riguardanti il richiedente asilo in suo possesso, in part. "gli elementi necessari per stabilire l'identità del richiedente, comprese le impronte digitali trattate a norma delle disposizioni del regolamento 2725/2000"; art. 24 par. 3 che sostituisce, nel Reg. 2725/2000, i richiami alla CD con richiami al Reg. 343/2003; art. 28 par. 2 che regola il rapporto tra relazione della Commissione al PE ed al Consiglio sull'applicazione del Reg. 343/2003 e relazioni sull'attuazione del *sistema Eurodac*.

<sup>145</sup> Il Reg. 1560/2003 indica al considerando 3 la necessità di tenere in conto "l'interazione fra le procedure" di cui ai Regg. 343/2003 e, rispettivamente, 2725/2000. Richiama quindi a più riprese il Reg. 2725/2000, in particolare con riguardo all' emissione (art. 1) ed all'esame (art. 4) di una richiesta di presa in carico. L'art. 20, dedicato alla rete Dublinet, stabilisce (par. 1) che "ogni trasmissione reca un numero di riferimento che consente di individuare senza ambiguità il caso cui si riferisce e lo Stato membro richiedente", indica al par. 2 i rapporti tra questa procedura e quella fondata sul *sistema Eurodac*.

<sup>146</sup> Dir. 95/46/CE del PE e del Consiglio del 24.10.1995 relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati, in GUCE n. L 281 del 23.11.1995. Per prime informazioni: BROWER E., *Eurodac: Its Limitations and temptations*, in EJML, 2002, p. 231 ss.; GIANNANTONIO E., LOSANO M. e ZENO-ZENCHOVIC V., *La tutela dei dati personali: Commentario alla Legge 675/1996*, Padova, 1999; IMPERIALI D'AFFITTO R., *La direttiva comunitaria sulla privacy informatica*, in DCSI, 1995, pp. 569-588; MEZZETTI C., *La direttiva 95/46/CE: un nuovo statuto delle libertà informatiche per i cittadini europei?*, in Arch.Giur., 1997, p. 71 ss.; PALLARO P., *Libertà della persona e trattamento dei dati nell'Unione europea*, Milano, 2002, pp. 1-450.

cancellazione nel caso di acquisto della cittadinanza di uno Stato membro (artt. 6 e 7), e congelamento nel caso di riconoscimento dello status di rifugiati (art. 12).

La seconda categoria è costituita dagli stranieri fermati in relazione all'attraversamento irregolare di una frontiera esterna della UE (artt. 8 e 9)<sup>147</sup>. In tal caso i dati vengono trattenuti per due anni (art. 10 par. 1). Da ultimo (art. 11) vengono in esame i cittadini di Paesi terzi irregolarmente presenti sul territorio di uno SM: non solo il rilievo e la trasmissione delle impronte di costoro da parte dello SM interessato sono facoltative, ma l'impronta stessa può venire utilizzata solo per un confronto immediato, senza registrazione e mantenimento nel sistema.

Esistono poi una serie di altre misure volte a garantire "la legalità del trattamento"<sup>148</sup>. In particolare la Commissione deve prendere (art. 13) tutte le misure atte ad assicurare la corretta applicazione delle proprie mansioni da parte degli addetti all'unità centrale e la salvaguardia dei dati, mentre i singoli Stati sono responsabili sia per la correttezza del rilevamento e trattamento e trasmissione dei dati sia per la legalità dell'uso dei dati ricevuti dal sistema centrale. L'art. 15 par. 5 stabilisce dal canto suo che "l'unità centrale non trasferisce né rende disponibili alle autorità di un paese terzo i dati registrati nella banca dati centrale, se non specificamente autorizzata nell'ambito di un accordo comunitario sui criteri e i meccanismi per determinare lo Stato competente dell'esame di una domanda d'asilo"<sup>149</sup>. Infine, l'attenzione ad assicurare il rispetto del principio di finalità limitata che ispira il Reg. 2725/2000 è confermata dalle disposizioni relative all'utilizzo della banca dati centrale. Ogni SM può accedere (art. 15 par. 1), modificare, integrare o cancellare (par. 3) i dati da lui trasmessi alla banca dati, e solo quelli<sup>150</sup>; può consultare i dati trasmessi da un altro SM o ricevere tali dati dalla banca dati centrale solo nell'ambito del procedimento di confronto di cui all'art. 4 par. 5.

<sup>147</sup> Ciò solo ai fini di quel confronto con i dati relativi alle richieste di asilo trasmesse successivamente all'unità centrale, necessario ai sensi dell'art. 10 par. 1 RD (e in precedenza dell'art. 6 CD). E' quindi fatto divieto di utilizzare le impronte digitali delle persone colte a varcare illegalmente i confini esterni dell'UE con impronte già registrate nel sistema, o per confronti con le impronte di futuri autori di falliti ingressi illegali. L'art. 9 del Reg. 2725/2000 si cautela insomma contro i possibili utilizzi ultronei della procedura ivi contenuta.

<sup>148</sup> V. PALLARO P., *op.cit.*, p. 316.

<sup>149</sup> La norma si giustifica nel quadro di quella *Europa a geometria variabile* delineata in precedenza: v. *supra*, par. 8.

<sup>150</sup> V. art. 15 Reg. 2735/2000.

Parte della dottrina esprime soddisfazione per un "impianto allestito a presidio dell'autodeterminazione informatica dei cittadini di paesi terzi"<sup>151</sup>, impianto che si completa con l'incardinamento del sistema dei garanti nazionali e del garante europeo della *privacy* nel sistema Eurodac. L'attenzione per i diritti dei cittadini oggetto di trattamento dei dati si palesa anche attraverso il richiamo operato dallo strumento in esame alle principali Convenzioni sui diritti umani, dalla CEDU alla Convenzione di NY sui diritti dei fanciulli: a compensare, in quest'ultimo caso, il mancato innalzamento dell'età minima per il rilevamento delle impronte da 14 a 18 anni<sup>152</sup>. La disciplina Eurodac, secondo tale dottrina, alluderebbe ad una sostanziale equiparazione del trattamento dei dati dei richiedenti asilo alla disciplina generale stabilita al riguardo dalla Direttiva 95/46; a conferma, allora, di quella pulsione alla costituzionalizzazione della protezione dei dati personali<sup>153</sup> che traspare dall'art. 286 del Trattato<sup>154</sup> e viene riproposta solennemente dall'art. I-51 del Trattato su una Costituzione per l'Europa<sup>155</sup>.

Il giudizio di apprezzamento nei confronti del *sistema Eurodac* non può essere condiviso. L'inserimento della gestione dei dati riguardanti le impronte digitali dei richiedenti asilo nel quadro di una politica applicativa

<sup>151</sup> V. PALLARO P., *op.cit.*, p. 321, anche in relazione ai profili di protezione del singolo (e di risarcimento del danno) più in linea con quanto stabilito nella Dir. 95/46 di quanto non avvenga nel caso del sistema Schengen (prima e dopo la sua comunitarizzazione).

<sup>152</sup> V. art. 4 par. 1 del Reg. 2725/2000. In effetti, la disposizione che prevede il rilevamento delle impronte a partire dai 14 anni era stata pesantemente criticata da parte del PE.

<sup>153</sup> "L'art. 286 CE, introdotto con il Trattato di Amsterdam, è espressione di un principio di importanza costituzionale dell'ordinamento comunitario. La disposizione esplicita infatti l'obbligo per le istituzioni comunitarie del rispetto dei dati personali, manifestazione eminente del diritto al rispetto della vita privata, iscritto nel patrimonio genetico della Comunità in quanto «comunità di diritto»". Così CORTESE B., *Commento agli articoli 284-286 Trattato CE*, in TIZZANO A. (a cura di), *Trattato sull'Unione Europea*, Milano, 2004, pp. 1278-1287 (in particolare pp. 1284-87).

<sup>154</sup> In base al par. 1 di tale articolo, a decorrere dal 1° gennaio 1999 "gli atti comunitari sulla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali nonché alla libera circolazione di tali dati si applicano alle istituzioni e agli organismi istituiti dal presente trattato o sulla base del medesimo". Il par. 2 tratta della istituzione di un organo di controllo indipendente incaricato di sorvegliare l'applicazione di detti atti alle istituzioni e agli organismi comunitari.

<sup>155</sup> Questo infatti, al par. 1, ribadisce che "ogni persona ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che la riguardano". Il par. 2 prevede che la legge o la legge quadro europea stabiliscano "le norme relative alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati di carattere personale e le norme relative alla libera circolazione di tali dati" sia da parte delle istituzioni UE che da parte degli SM nell'esercizio di attività ricentranti nel campo di applicazione del diritto UE. Il rispetto di tali norme deve essere soggetto al controllo di autorità indipendenti.

del programma di Tampere rende problematico il rispetto di quei principi di adeguatezza e proporzionalità che la disciplina dei dati richiederebbe. Vengono pur sempre fatti girare e trattati su scala continentale, infatti, dati sommamente delicati, in situazioni che comportano spesso rischio per la vita dei titolari<sup>156</sup>. Vanno tenute nella giusta considerazione, in proposito, le preoccupazioni espresse dai garanti nazionali della *privacy* riguardo al trattamento dell'informazione ai sensi del Titolo IV<sup>157</sup>.

I Regolamenti Eurodac, inoltre, risalgono al 2000: precedono quindi quell'ulteriore abbassamento della soglia di tutela dei dati personali intervenuto successivamente, in relazione a note vicende internazionali<sup>158</sup>. Tali strumenti, ancora, sono funzionali all'applicazione del RD, al punto che i Regg. 2725/2000 e 343/2003 saranno sottoposti ad un unico procedimento di valutazione<sup>159</sup>. Infine, il CE di Bruxelles del novembre 2004<sup>160</sup> ha posto il problema di un coordinamento funzionale, a fini sinergici, di Eurodac con gli strumenti Sis ed Europol. Con quali effetti, certo in ipotesi non proprio tranquillizzanti, si verificherà nel prosieguo.

Per quanto poi riguarda il rispetto dei diritti dei richiedenti asilo in relazione al trattamento dati<sup>161</sup> il RD e il suo Reg. di attuazione riproducono gli aspetti più discutibili della CD<sup>162</sup>; le disposizioni relative alla rete *Dublinet*, dal canto loro, neppure accennano al problema.

<sup>156</sup> Così come il richiedente asilo ha spesso eccellenti motivi per circolare con documenti d'identità contraffatta, chi abbia ottenuto asilo ha il massimo interesse, ad es., a che i suoi dati vengano immediatamente cancellati, e non congelati. V. PALLARO P., *op.cit.*, p. 316.

<sup>157</sup> V. Relazione 2004 al Parlamento italiano del garante per la protezione dei dati personali, del 9.2.2005, in particolare par. 22.7. La Relazione è consultabile al sito [www.garanteprivacy.it/garante/navig/jsp/index.jsp](http://www.garanteprivacy.it/garante/navig/jsp/index.jsp).

<sup>158</sup> Dopo l'11 settembre 2001 Eurodac è stato invero oggetto di proposte tese ad ampliarne l'ambito di applicazione; ciò al punto di spingere un commentatore (BROWER E., *op.cit.*, p. 246) ad affermare che la stessa esistenza di Eurodac costituiva una "everlasting temptation to enlarge its use for other goals".

<sup>159</sup> Council doc. 544/03 del 22.1.2003. Dubbiosi sulla riuscita del sistema Eurodac sono BRANDL U., *op.cit.*, p. 52 e BROWER E., *op.cit.*, p. 244.

<sup>160</sup> V. *supra*, nota 59.

<sup>161</sup> V. in particolare l'assenza di previsioni relative al risarcimento dei danni e la differenza tra trattamento dei dati informatizzati e non; per questi ultimi è lasciata (art. 21 par. 12 del Reg. 343/2003) ampia discrezionalità ai singoli SM.

<sup>162</sup> Soprattutto in relazione alla presenza di alcune tipologie di trasmissione dati troppo aperte alla discrezionalità delle autorità amministrative, con il conseguente rischio di esporre il richiedente a gravi pericoli. E' pur vero infatti che l'art. 21 par. 1 del Reg. 343/2003 prevede vengano trasmessi allo SM che ne faccia richiesta solo i dati relativi al richiedente asilo che siano "pertinenti e non eccessivi" ai fini della determinazione dello Stato competente e dell'esame della domanda. Resta che tra tali elementi sono compresi "gli altri elementi

### C) Strumenti di armonizzazione minima del regime di asilo

18. Le quattro Direttive emanate sulla base dell'art. 63 par. 1 del Trattato<sup>163</sup> danno origine ad un livello di *armonizzazione minima* della disciplina dell'asilo a livello europeo, ferma restando la possibilità da parte dei singoli SM di derogare *in melius* (prevedendo cioè nelle rispettive normative nazionali disposizioni più favorevoli ai richiedenti protezione)<sup>164</sup>. Del regime in corso di definizione si discuteranno in successione campo d'applicazione, cause di esclusione, cessazione e revoca, presupposti di applicazione elemento temporale, contenuto, aspetti amministrativi.

#### i) campo d'applicazione, cause di esclusione, presupposti di applicazione, elemento temporale

19. L'obbligo di dare applicazione alla disciplina contenuta negli strumenti in esame ricade naturalmente sugli Stati membri. Per quanto riguarda il *campo d'applicazione oggettivo*, alla luce degli strumenti indicati le categorie di persone tutelabili sono:

- i rifugiati, cioè i cittadini di un Paese terzo o gli apolidi che si trovano in una delle situazioni indicate dalla CG come modificata dal Protocollo del '67<sup>165</sup>, fino a quando tale situazione non cessi (art. 11)<sup>166</sup>; cioè

necessari per stabilire l'identità del richiedente - art. 21 par. 2 lett. c) - e i "luoghi di soggiorno e gli itinerari di viaggio" - lett. d).

<sup>163</sup> V. *supra*, par. 12.

<sup>164</sup> V. sull'argomento: BELL M., *Mainstreaming Equality Norms into European Asylum Law*, in ELR, 2001, pp. 20-34; CRAIG S., *The European Commission's Proposals for Directives to Establish a Common European Asylum System: The Challenges of Accession and the Dangers of Negative Integration*, in ELR, 2002, pp. 492-502; GUILD E., *op.cit.*, *passim*; ID., *The Border Abroad - Visas and Border Controls*, in GROENENDIJK K., GUILD E. e MINDERHOUD P., *In Search of Europe's Borders*, The Hague, 2003, pp. 87-104; GORTAZAR C., *Asylum Procedures*, in URBANO DE SOUSA C. e DE BRUYCKER P. (a cura di), *The Emergence*, cit., pp. 87-106; HANDOLL J., *Reception Conditions of Asylum Seekers*, *ivi*, pp. 113-148; JULIEN-LAFERRIERE F., *Le Statut des Personnes Protégées*, *ivi*, pp. 195-219; NOLL G., *International Protection Obligations and the Definition of Subsidiary Protection in the EU Qualification Directive*, *ivi*, pp. 183-194; ROIG A., *L'harmonisation européenne du droit d'asile: une vue critique*, in RMCUE, 2004, pp. 590-594; TROJILLO HERRERA R., *Premiers pas vers une procédure commune en matière d'asile dans l'EU: commentaires sur la nouvelle proposition de directive*, in RMUE, 2003, pp. 831-848; VINCENZI S., *Reception Conditions for Asylum Seekers: Comments*, in URBANO DE SOUSA C. e DE BRUYCKER P. (a cura di), *op. cit.*, pp. 157-166.

<sup>165</sup> V. art. 13 Dir. 2004/83; gli atti di persecuzione ai sensi dell'art. 1 A CG devono "essere sufficientemente gravi da rappresentare una violazione grave dei diritti umani fondamentali", in particolare di quei diritti per cui ogni deroga è esclusa ex art. 15 par. 2 CEDU, oppure

indipendentemente dal fatto che sia o meno stato riconosciuto loro lo *status* di rifugiati, riconoscimento che ha comunque valore dichiarativo. A tutti coloro che presentano domanda per essere ammessi a godere di tale protezione si applicano le previsioni contenute nelle Direttive *Condizioni di ricevimento e Procedure*;

- i soggetti ammissibili alla *protezione sussidiaria*: trattasi di quanti, pur non arrivando a possedere i requisiti per essere ammessi allo *status* di rifugiato, sono peraltro esposti al rischio di un danno grave ove restituiti al Paese di provenienza. Per danno grave si deve intendere (art. 15 della *Direttiva Qualificazioni*) condanna a morte o all'esecuzione, tortura o altra forma di trattamento inumano o degradante, o infine "minaccia grave e individuale alla vita o alla persona di un civile derivante dalla violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale"<sup>167</sup>. E' a discrezione degli SM applicare alle domande di protezione sussidiaria le disposizioni della Direttiva 2003/9 (art. 3 par. 4) e della Direttiva 2005/85<sup>168</sup>;

- gli *sfollati*: si tratta delle persone che si trovano in una delle situazioni indicate all'art. 2 lett. c) della Direttiva 2001/55, ossia abbiano dovuto abbandonare il loro Paese o regione d'origine ed il cui rimpatrio risulti impossibile a causa delle condizioni del Paese stesso, ed in particolare delle persone sfuggite da situazioni di violenza endemica o di conflitto armato, e quelle "soggette a rischio grave di violazioni gravi e generalizzate dei diritti umani o .. vittime di siffatte violazioni", purché non sussistano cause di esclusione. Perché venga concessa la protezione temporanea il Consiglio deve peraltro accertare, con decisione adottata a maggioranza qualificata (art. 5 par. 1), l'esistenza di un afflusso massiccio<sup>169</sup> di tali persone.

costituire la somma di diverse misure, tra cui violazione dei diritti umani, il cui "impatto sia sufficientemente grave da esercitare sulla persona un effetto analogo" (art. 9 par. 1 Dir. 2004/83). Tra i motivi di persecuzione rientra la nazionalità; il termine indica non solo la cittadinanza ma anche l'appartenenza "a un gruppo caratterizzato da un'identità culturale, etnica o linguistica, comuni origini geografiche o politiche o la sua affinità con la popolazione di un altro Stato", o un particolare gruppo sociale - così l'art.10 par. 1 lett. c) della Dir. 2004/83.

<sup>166</sup> E ove non si diano le condizioni di esclusione di cui all'art. 12. V. oltre, par. 20.

<sup>167</sup> Ciò fino a quando tale situazione non cessi (art. 16) ed a condizione che non sussistano le cause di esclusione di cui all'art. 17 V. oltre, par. 20.

<sup>168</sup> L'art. 3 par. 4 di quest'ultima lascia agli SM l'eventuale decisione di applicare la Dir. "ai procedimenti di esame di domande intese ad ottenere qualsiasi forma di protezione internazionale".

<sup>169</sup> Per afflusso massiccio di sfollati si intende - art. 2 par. d) Dir. 2001/55 - l'arrivo nella Comunità di "un numero considerevole di sfollati, provenienti da un paese determinato o da una zona geografica determinata", sia che il loro arrivo sia spontaneo sia che venga agevolato (in particolare tramite un programma di evacuazione).

Eccezionalmente (art. 7 par. 1) la protezione temporanea può essere estesa ad altre categorie di soggetti. I soggetti ammessi alla protezione temporanea non godono dei benefici assicurati dalla Direttiva 2003/9 (art. 3 par. 3).

20. Per ciascuna delle categorie esistono cause di esclusione, di cessazione e di revoca della protezione (o delle condizioni di accoglienza).

Cause comuni di esclusione sono: commissione di crimini di guerra, contro la pace o contro l'umanità quali definiti dagli strumenti internazionali relativi a tali crimini, atti contrari alle finalità ed obiettivi delle NU, commissione di gravi reati di diritto comune (anche se l'intento sia politico) al di fuori del Paese di accoglienza prima che sia concessa la protezione<sup>170</sup>. Per ciascuna delle tre categorie sussistono poi cause specifiche di esclusione.

Le cause specifiche di esclusione dallo *status* di rifugiato consistono nelle ipotesi di cui all'art. 1 D della CG (protezione di un organo o agenzia NU diverso dalla ACNUR)<sup>171</sup>, ovvero nel riconoscimento da parte dello Stato in cui tale persona abbia stabilito la propria residenza di diritti ed obblighi connessi al possesso della cittadinanza. Per quanto riguarda la protezione sussidiaria, ne sono esclusi cittadini di Paesi terzi o apolidi che abbiano commesso, prima di essere ammessi nello SM, uno o più reati che, pur non rientrando tra i crimini e i reati gravi, "sarebbero punibili con la reclusione se fossero stati commessi nello Stato membro interessato", e abbiano lasciato il paese d'origine solo al fine di evitare le sanzioni risultanti da tali reati (art. 17 par. 3 Dir. 2004/83). Nel caso della protezione temporanea, è sufficiente, alla stregua dell'art. 28 par. 1 lett. b) della Dir. 2001/55, che sussistano motivi ragionevoli per considerare la persona un pericolo per la sicurezza o per la comunità dello SM ospitante<sup>172</sup>.

Le cause di cessazione della protezione sono previste dagli artt. 11 e 16 della *Direttiva Qualificazioni*<sup>173</sup>. Il cittadino di un Paese terzo o l'apolide cessa di essere un rifugiato in una serie di ipotesi, parte collegate a suo

<sup>170</sup> V. artt. 12 parr. 2 e 3, e 17 Dir. 2004/83, e 28 Dir. 2001/55. Per reati gravi si intendono atti particolarmente crudeli, perpetrati o meno con un dichiarato intento politico, "che possono essere classificati quali reati gravi di diritto comune". L'esclusione si applica anche a quanti istigano o "altrimenti concorrono" alla commissione di tali reati.

<sup>171</sup> Qualora la protezione o assistenza dell'organo NU cessi senza che la posizione di dette persone "sia stata definitivamente stabilita secondo le disposizioni delle pertinenti risoluzioni adottate dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite, queste persone sono *ipso facto* ammesse ai benefici della presente direttiva": art. 12 par. 1 lett. a) Dir. 2004/83.

<sup>172</sup> La seconda situazione si verifica quando sia intervenuta condanna con sentenza passata in giudicato per un reato particolarmente grave.

<sup>173</sup> Per quanto riguarda gli sfollati, la cessazione costituisce la conclusione necessaria della protezione temporanea: v. oltre, par. 22.

comportamento soggettivo, parte ad un elemento esterno<sup>174</sup>. Analoga previsione regola la cessazione della protezione sussidiaria<sup>175</sup>.

La situazione descritta va tenuta distinta dalla revoca, cessazione o rifiuto del rinnovo dello *status* (*Direttiva Qualificazioni*, artt. 14 e 19). Ciò avviene quando lo SM, successivamente alla concessione dello *status* di rifugiato o di beneficiario della protezione sussidiaria, scopra che la persona avrebbe dovuto essere esclusa dal riconoscimento, oppure abbia presentato i fatti in modo erroneo o omissivo, anche ricorrendo a documenti falsi, purché tale presentazione sia stata decisiva ai fini del riconoscimento dello *status*. Spetta comunque allo SM che ha riconosciuto lo *status* dimostrare su base individuale che l'interessato non era mai stato (o comunque ha cessato di essere) nella situazione che assicura il riconoscimento dello *status*: per quanti godono dello *status* di rifugiato, il procedimento di revoca è disciplinato dagli artt. 37-38 della *Direttiva Procedure*.

Venendo ora alla revoca o riduzione dell'accoglienza (art. 16 Dir. 2003/9), ne è causa il comportamento del richiedente asilo che abbia lasciato il luogo di residenza assegnatogli dall'autorità competente o non si sia presentato ad un colloquio concernente la procedura d'asilo<sup>176</sup>, oppure abbia "occultato risorse finanziarie, beneficiando in tal modo indebitamente delle condizioni materiali di accoglienza". Lo SM può inoltre rifiutare (par. 2) le condizioni di accoglienza "qualora un richiedente asilo non abbia dimostrato di aver presentato la sua domanda non appena ciò fosse ragionevolmente fattibile dopo il suo arrivo" in tale SM, e prevedere (par. 4) sanzioni applicabili alle gravi violazioni "delle regole dei centri di accoglienza nonché ai comportamenti particolarmente gravi". E' fatto obbligo comunque agli SM di adottare le decisioni relative in modo individuale, obiettivo,

<sup>174</sup> Le prime si verificano (art. 11 par. 1) quando la persona si avvalga di nuovo della protezione del Paese di cui è cittadino o, avendone perso la cittadinanza, l'abbia riottenuta volontariamente; quando abbia acquistato una nuova cittadinanza e goda della protezione di tale Paese; quando si sia volontariamente stabilito nel Paese che ha lasciato o in cui non aveva più fatto ritorno per timore di esservi perseguitato. Tra le ipotesi del secondo tipo rientrano l'impossibilità di rinunciare alla protezione del Paese di cui la persona ha la cittadinanza (o, essendo apolide, in cui risiedeva), essendo venute meno le circostanze che hanno determinato lo *status* di rifugiato. Il cambiamento di circostanze deve peraltro avere "un significato e una natura non temporanea tali da eliminare il fondato timore di persecuzioni".

<sup>175</sup> Art. 16, par. 1 e 2.

<sup>176</sup> O comunque non abbia presentato le richieste informazioni, oppure abbia già presentato una domanda nel medesimo SM. In ogni caso - art. 16 par. 1 lett. a) cpv. - se il richiedente viene rintracciato o si presenta spontaneamente all'autorità competente, "viene presa una decisione debitamente motivata, basata sulle ragioni della scomparsa, nel ripristino della concessione di tutte le condizioni di accoglienza o di una parte di esse".

imparziale e motivato, e di non revocare le condizioni materiali di accoglienza prima dell'emanazione di una decisione negativa.

21. Gli artt. 6 e 7 della Dir. 2004/83 individuano rispettivamente i soggetti da cui proviene la minaccia di persecuzione o di danno grave, e quelli che possono offrire la protezione. I primi (art. 6) possono essere Stati, partiti e organizzazioni che controllano lo Stato o parte del suo territorio, ma anche soggetti non statuali, ove sia dimostrato che i soggetti su cui incombe l'obbligo non siano in grado o non vogliano fornire protezione contro persecuzioni e danni gravi.

I soggetti in grado di assicurare la protezione, possono a loro volta essere non solo Stati, ma anche partiti o organizzazioni, ed in particolare organizzazioni internazionali, "che controllano lo Stato o una parte consistente del suo territorio" (art. 7). Nel caso in cui tali soggetti siano in grado di impedire persecuzioni o danni gravi, e siano dotati di un "sistema giuridico effettivo che consenta di individuare, perseguire penalmente e punire gli atti che costituiscono persecuzione o danno grave" il richiedente che abbia accesso a tale protezione non è considerato necessitante di protezione da parte degli SM. La disposizione non è peraltro ripresa nella *Direttiva Condizioni di ricevimento*; donde una evidente scollatura tra i due strumenti.

22. Quanto all'*elemento temporale*, il timore di persecuzione o di subire un danno grave può basarsi, sia per i richiedenti asilo che per quanti vogliano avvalersi della protezione sussidiaria, su avvenimenti verificatisi nel Paese d'origine come anche dopo la partenza da tale Paese, soprattutto quando le successive attività del richiedente costituiscano "l'espressione e la continuazione di convinzioni od orientamenti già manifestati nel paese d'origine" (art. 5 par. 2 Dir. 2004/83). Trattasi della c.d. protezione *sur place*; il successivo par. 3 limita peraltro la portata della disposizione stabilendo che, fatta salva la CG, gli SM possono stabilire di non riconoscere lo *status* di rifugiato ad un richiedente "che abbia introdotto una domanda successiva se il rischio di persecuzioni è basato su circostanze determinate dal richiedente stesso dopo la partenza dal paese di origine".

La protezione temporanea è dal canto suo pari ad un anno, prorogabile automaticamente di sei mesi in sei mesi per un periodo massimo di un altro anno<sup>177</sup>.

<sup>177</sup> Art. 4 Dir. 2001/55; nel caso di persistenza di motivi a favore del prolungamento della concessione della protezione temporanea, è possibile, su proposta della Commissione (che

ii) *Contenuto della protezione*

23. E' il momento di esaminare il *contenuto* della protezione. La relativa disciplina si trova al Capo 7 (artt. 20-34) della Direttiva *Qualificazioni*, al Capo terzo della Direttiva sulla protezione temporanea (artt. 8-16), al Capo II (artt. 5-15) della Direttiva *Condizioni di ricevimento*, al capo V (art. 39) della Direttiva *Procedure*. Le disposizioni hanno per oggetto: obbligo di informazione, mantenimento dell'unità del nucleo familiare (o ricongiungimento), permesso di soggiorno e documenti di viaggio, accesso all'occupazione e alla formazione professionale, istruzione, assistenza sociale e sanitaria, accesso all'alloggio, libertà di circolazione nel territorio nazionale, mezzi di ricorso a disposizione. La Direttiva *Qualificazioni* prevede inoltre il rispetto dell'obbligo di *non refoulement*<sup>178</sup>, nonché l'obbligo per gli Stati di stabilire (o creare i presupposti che garantiscano accesso ai programmi di integrazione. La Direttiva *Condizioni di ricevimento* dedica dal canto suo un articolo, il 14, alle modalità delle condizioni materiali di accoglienza.

24. In una scala ideale d'intensità della protezione vengono al primo posto le misure riguardanti i minori. I fanciulli in età scolare, rifugiati come beneficiari della protezione sussidiaria usufruiscono dell'accesso al sistema scolastico secondo le stesse modalità previste per i cittadini<sup>179</sup>, mentre per quanto riguarda i minori che godono della protezione temporanea è possibile agli SM limitare tale accesso al solo sistema educativo pubblico<sup>180</sup>. Un elemento di discriminazione è presente nel testo finale della Direttiva *Condizioni di ricevimento*, laddove (art. 10) questa prevede l'obbligo per gli SM di concedere l'accesso al sistema scolastico dei minori richiedenti asilo (o figli di genitori richiedenti asilo) "a condizioni simili a quelle dei cittadini dello Stato membro ospitante".

deve a sua volta esaminare ogni proposta degli SM in tal senso), che il Consiglio, decidendo a maggioranza qualificata, proroghi la protezione temporanea di un anno (art. 4 par. 2).

<sup>178</sup> Sull'argomento si rinvia al contributo di Marco Pedrazzi in questo volume.

<sup>179</sup> Art. 27 Direttiva *Qualificazioni*; la parità di trattamento è del pari assicurata "nel quadro delle vigenti procedure di riconoscimento di diplomi, certificati ed altri titoli stranieri"; quanto all'istruzione in età adulta, entrambe le categorie accedono ai benefici del sistema di istruzione scolastica e aggiornamento professionale "secondo le modalità previste per i cittadini di paesi terzi in soggiorno regolare".

<sup>180</sup> Art. 14 Dir. 2001/55. In questo caso sta alla discrezionalità degli SM l'estendere o meno agli adulti che godono della tutela temporanea l'accesso al sistema educativo generale.

L'unità del nucleo familiare è garantita sia ai rifugiati e richiedenti asilo sia a coloro che godono della protezione sussidiaria (art. 23 Dir. 2004/83); l'interesse superiore dei minori è anche al centro della disciplina del ricongiungimento familiare di cui all'art. 15 della Direttiva sulla protezione temporanea. Nel caso dei minori richiedenti asilo (o familiari di richiedenti asilo), l'art. 18 par. 2 della Dir. 2003/9 vuole che gli SM garantiscano "l'accesso ai servizi di riabilitazione per i minori che hanno subito qualsiasi forma di abuso, negligenza, sfruttamento, tortura, trattamento crudele o inumano o degradante" o abbiano sofferto per gli effetti di un conflitto armato<sup>181</sup>. Risentono del generale *favor* per i minori anche gli obblighi - confermati dall'art. 17 della Direttiva *Procedure* - relativi alla rappresentanza dei minori non accompagnati.

25. All'estremo opposto, lungo la scala ideale tracciata, troviamo le misure relative all'occupazione ed alla formazione professionale, all'assistenza sanitaria ed all'alloggio: una fortissima differenziazione tra le varie categorie di beneficiari ed aspiranti si coniuga in questo caso con una sensibile discriminazione rispetto ai cittadini degli SM.

Cominciando da occupazione e formazione professionale, solo i beneficiari dello *status* di rifugiato godono di standard equivalenti a quelli che gli SM prevedono per i propri cittadini (art. 26 par. 1 e 3 Dir. 2004/83). Per i beneficiari della protezione sussidiaria, gli SM possono tener conto della situazione esistente sul mercato del lavoro "eventualmente anche per stabilire un ordine di precedenza per l'accesso all'occupazione per un periodo di tempo limitato da stabilire alla stregua della normativa nazionale", mentre in materia di formazione professionale agli SM è lasciata maggiore discrezionalità<sup>182</sup>. Limitate sono le possibilità offerte a quanti godono della tutela temporanea<sup>183</sup>, e soprattutto ai richiedenti asilo<sup>184</sup>.

<sup>181</sup> In termini più sfumati, l'art. 20 par. 3 obbliga gli SM a tener conto "della specifica situazione di persone vulnerabili" quali, oltre ai minori, accompagnati o meno, i disabili, gli anziani, le donne in stato di gravidanza, quanti abbiano subito "torture, stupri, o altre forme gravi di violenza psicologica, fisica o sessuale". La formula è in parte ripresa dall'art. 29 par. 3 della Direttiva *Qualificazioni* in relazione all'assistenza sanitaria.

<sup>182</sup> Art. 26 par. 4 Direttiva *Qualificazioni*.

<sup>183</sup> Art. 12 Dir. 2001/55. Gli SM consentono a quanti godono della protezione temporanea di esercitare qualsiasi attività di lavoro subordinato o autonomo, ma possono dare priorità, per ragioni legate alle politiche del lavoro, ai cittadini UE, a quelli SEE, ai cittadini di un Paese terzo che soggiornano legalmente nel PM dove godono di una indennità di disoccupazione.

<sup>184</sup> Artt. 11 e 12 Dir. 2003/9: il primo prevede misure simili a quelle valide per i beneficiari della protezione temporanea, ma solo se entro un anno dalla presentazione della domanda di asilo lo SM non abbia dato risposta. Per l'innanzi, gli SM stabiliscono (par. 1) "un periodo a

Venendo all'assistenza sanitaria, hanno accesso all'assistenza assicurata dal sistema nazionale secondo le stesse modalità previste per i cittadini sia rifugiati che beneficiari della protezione sussidiaria; per questi ultimi in via d'eccezione l'assistenza può essere limitata alle prestazioni essenziali (art. 29 Dir. 2004/83). Particolarmente articolate sono poi le previsioni al riguardo per i richiedenti asilo. L'art. 13 par. 2 della Direttiva sulla protezione temporanea si limita a prevedere l'obbligo per gli SM di fornire l'aiuto necessario in termini di cure mediche<sup>185</sup>.

Quanto all'obbligo degli SM di assicurare l'accesso all'alloggio, rifugiati e beneficiari della protezione provvisoria vi hanno diritto "secondo modalità equivalenti a quelle previste per altri cittadini di paesi terzi in soggiorno regolare nei loro territori" (art. 31 Dir. 2004/83), mentre la Direttiva sulla protezione temporanea si esprime al riguardo in termini generici. La Direttiva *Condizioni di ricevimento* prevede dal canto suo (art. 14, par. 1) tre forme in cui l'alloggio può essere fornito ai richiedenti asilo: oltre all'alloggio in case private, alberghi, appartamenti etc., i richiedenti asilo possono essere ospitati in locali utilizzati *ad hoc* per alloggiarli durante l'esame della domanda, o in "centri di accoglienza che garantiscono una qualità della vita adeguata". E' pur vero che i paragrafi successivi dello stesso articolo impongono agli Stati obblighi che dovrebbero servire a controbilanciare i rischi insiti in tali modalità di accoglienza<sup>186</sup>, è lasciata peraltro agli stessi, sia pure in via eccezionale, la possibilità di stabilire "modalità relative alle condizioni materiali di accoglienza diverse"<sup>187</sup>. Tale previsione appare tanto più inquietante alla luce di quanto disposto dall'art.

decorrere dalla data di presentazione della domanda di asilo durante il quale i richiedenti non hanno accesso al mercato del lavoro". Per quanto riguarda l'art. 12, questo lascia agli SM la discrezionalità circa la possibilità di autorizzare i richiedenti asilo alla formazione professionale.

<sup>185</sup> Anche in questo caso sono previsti obblighi più puntuali (art. 13 par. 4) a favore delle persone che presentino esigenze particolari, quali "minori non accompagnati e le persone che abbiano subito torture, stupri ed altre gravi forme di violenza psicologica, fisica o sessuale".

<sup>186</sup> Tra questi (par. 2) l'obbligo di garantire la possibilità per i richiedenti asilo di comunicare con parenti, rappresentanti ACNUR e di ONG riconosciute dagli SM; ai richiedenti deve anche essere garantito l'accesso a centri di accoglienza e strutture alloggiative (par. 7). Gli SM devono inoltre assicurare una adeguata formazione al personale che opera nei centri di accoglienza; detto personale è inoltre tenuto alla riservatezza in relazione alle informazioni di cui venga a conoscenza nel corso della sua attività (par. 5). Anche i trasferimenti da una struttura alloggiativa ad un'altra possono aver luogo solo in caso di necessità (par. 4).

<sup>187</sup> Saranno sufficienti a tal fine (art. 14 par. 8 Dir. 2003/9): il temporaneo esaurimento delle capacità di alloggio, anche in una determinata area geografica, lo *status* di trattenimento in frontiera del richiedente, oppure il fatto che "sia richiesta una prima valutazione delle esigenze specifiche del richiedente asilo".

7 par. 3: gli SM, per motivi legali o di ordine pubblico, possono "confinare il richiedente in un determinato luogo nel rispetto della legislazione vigente".

26. Tutti gli interessati hanno diritto al rilascio di un documento in una lingua da loro comprensibile, che comprenda le informazioni necessarie su obblighi e doveri connessi al loro *status*<sup>188</sup>. Per quanto riguarda il permesso di soggiorno, i rifugiati hanno diritto (art. 29 Dir. 2004/83) ad un documento valido almeno 3 anni, rinnovabile (ma per i familiari la validità può essere minore); per i beneficiari della protezione sussidiaria il permesso di soggiorno, rinnovabile, non deve essere di durata inferiore ad un anno. Per i richiedenti asilo, la regola base (art. 6 Dir. 2003/9) è che gli SM rilascino entro tre giorni un documento nominativo che certifichi lo *status* di richiedente<sup>189</sup>, e l'autorizzazione o meno a circolare nello SM ospitante; è peraltro prevista la possibilità di disapplicare la previsione in caso di trattenimento del richiedente asilo ed in altre situazioni<sup>190</sup>.

Venendo a documenti di viaggio e libertà di circolazione, mentre l'art. 32 della *Direttiva Qualificazioni* assicura genericamente a rifugiati e beneficiari della protezione sussidiaria la libertà di circolazione all'interno del territorio nazionale "secondo le stesse modalità e restrizioni previste per altri cittadini di Paesi terzi in soggiorno regolare nei loro territori", l'art. 25 garantisce ai soli rifugiati il diritto al rilascio permessi di viaggio al di fuori del territorio nazionale, giusta l'obbligo fatto dall'Allegato alla CG. I beneficiari della protezione sussidiaria vantano un diritto al rilascio solo quando possano far valere "gravi ragioni umanitarie che rendono necessaria la loro presenza in un altro Stato", purché non vi ostino motivi di sicurezza pubblica o di ordine pubblico. Diversa è la situazione del richiedente asilo, che può essere limitato in una area determinata del territorio nazionale, o in un luogo

<sup>188</sup> Art. 22 Dir. 2004/83, 5 Dir. 2003/9, 9 Dir. 2001/55, 10 Dir. 2005/85. Per i richiedenti asilo, gli obblighi gravanti sugli SM sono particolarmente articolati: non solo informazione per iscritto, entro 15 giorni dalla presentazione della domanda, in una lingua comprensibile sulle condizioni, sui diritti e sugli obblighi spettanti in relazione alle condizioni di accoglienza, ma anche informazioni sulle organizzazioni che forniscono assistenza legale o che possono in qualsiasi misura aiutarli.

<sup>189</sup> Opportunamente, l'art. 6 par. 3 stabilisce che il documento nominativo non deve necessariamente certificare l'identità del richiedente asilo.

<sup>190</sup> Art. 6 par. 2 *Direttiva Condizioni di ricevimento*: l'obbligo di rilascio del documento non sussiste quando il richiedente sia in stato di trattenimento, nonché "durante l'esame della domanda di asilo alla frontiera o nel contesto di un procedimento volto a determinare se il richiedente asilo abbia il diritto di entrare legalmente nel territorio di uno Stato membro". In certi casi gli SM possono rilasciare prove documentali equivalenti al documento nominativo certificante lo *status* di richiedente asilo.



determinato di residenza, come anche (art. 7 par. 3 Dir. 2003/9) confinato "in un determinato luogo", fino a quando 'l'autorità accertante' non abbia preso una decisione secondo le procedure di primo grado di cui alla *Direttiva Procedure* capo III (artt. 23 ss.). In tali casi le legislazioni nazionali devono comprendere la possibilità di concedere ai richiedenti asilo permessi temporanei di allontanamento dai luoghi di residenza o di confinamento.

27. Ai mezzi di ricorso sono dedicati solo l'art. 39 della *Direttiva Procedure* e il Capo V (art. 21) della *Direttiva Condizioni di ricevimento*. Ne consegue che il diritto all'impugnazione delle decisioni negative è conferito ai soli richiedenti asilo; la sua estensione a quanti richiedano forme di protezione sussidiaria è lasciata invece alla discrezionalità degli SM. Il diritto di impugnazione è poi escluso nel caso di diniego di protezione temporanea (o di suo prolungamento). L'impugnazione va proposta davanti ad un giudice, secondo modalità stabilite a livello nazionale<sup>191</sup>.

### iii) Cooperazione amministrativa tra SM e rapporto tra le diverse categorie di beneficiari

28. Comune agli strumenti in esame è la previsione di misure volte a stabilire una cooperazione tra gli SM, e tra questi e la Commissione; a tale scopo la *Direttiva Qualificazioni* prevede in particolare (art. 35 par. 1) che ogni SM assicuri un punto nazionale di contatto, trasmettendone l'indirizzo alla Commissione, che a sua volta lo deve comunicare agli altri SM<sup>192</sup>. Ugualmente comune è l'obbligo in capo agli SM di fornire una preparazione di base adeguata al personale ed alle autorità incaricate dell'attuazione della direttiva, ivi compresa l'osservanza dell'obbligo di riservatezza.

Ai fini della protezione temporanea gli SM devono comunicare le proprie capacità di accoglienza al Consiglio, che le inserirà nella decisione relativa all'afflusso massiccio di sfollati<sup>193</sup>. La cooperazione tra gli SM riguarda

<sup>191</sup> Oltre che alle decisioni negative nel merito, possono essere impuginate le decisioni di irricevibilità, di non procedere a causa di ingresso illegale del richiedente da Paese terzo sicuro, alle decisioni prese nell'ambito delle c.d. procedure in frontiera, etc.

<sup>192</sup> La *Direttiva Condizioni di Ricevimento* contiene un ulteriore obbligo (art. 23) fatto agli SM di garantire, nell'ambito della struttura costituzionale di ciascuno, "adeguate misure di orientamento, sorveglianza e controllo del livello qualitativo delle condizioni di accoglienza". Quanto alla *Direttiva Procedure*, questa si limita (art. 42) a imporre agli SM l'obbligo di informazione della Commissione sullo stato di applicazione dello strumento onde porla in grado di presentare la propria relazione biennale al Consiglio ed al PE.

<sup>193</sup> Dir. 2001/55 art. 5 (in relazione all'art. 25). Nella sua decisione il Consiglio terrà nel debito conto le informazioni comunicate dagli SM, dalla Commissione nonché dall'ACNUR e dalle altre organizzazioni internazionali competenti.

anche (art. 26 Dir. 2001/55) le domande di trasferimento da un Paese all'altro effettuate dagli sfollati e le informazioni per il relativo esame.

29. Il problema dei rapporti reciproci tra varie forme di protezione è affrontato espressamente dal Capo IV (artt. 17-19) della *Direttiva* sulla protezione temporanea. Le persone che godono di tale protezione possono presentare domanda di asilo in qualsiasi momento. La domanda potrà essere vagliata prima o dopo la conclusione della protezione temporanea: ad riguardo gli SM godono di ampia discrezionalità. Competente ad analizzare la domanda d'asilo di una persona ammessa alla protezione temporanea, in deroga ad ogni altro criterio, sarà lo SM che ha accettato la persona nel suo territorio. L'art. 19 par. 1 conferisce agli SM facoltà di disporre la non cumulabilità tra beneficio della protezione temporanea e *status* di rifugiato.

Lo stesso articolo affronta al par. 2 il rapporto tra protezione temporanea e protezione sussidiaria, ma solo al negativo: il rifiuto del beneficio di quest'ultima, come dello *status* di rifugiato, non può essere utilizzato dagli SM per mettere a repentaglio il diritto alla protezione temporanea di chi vi sia stato ammesso, per il periodo che ancora gli rimane. Se ne deve dedurre che l'acquisizione del beneficio della protezione sussidiaria da parte di chi goda della protezione temporanea non è esclusa; la decisione viene lasciata alla buona volontà dei singoli ordinamenti nazionali.

Resta da analizzare la possibile "combinazione" tra protezione sussidiaria e *status* di rifugiato. Anche se il caso non è contemplato in alcuno degli strumenti presi in esame, si ritiene che ove il beneficiante della protezione sussidiaria venga a trovarsi successivamente nella condizione di poter godere dello *status* di rifugiato, la sua domanda in tal senso debba essere analizzata e, se del caso, accettata; in ogni caso un rifiuto del riconoscimento di tale *status* non può essere utilizzato per porre in discussione il livello di protezione di cui la persona già gode<sup>194</sup>.

Infine, l'art. 2 g) della *Direttiva Qualificazioni*, nel definire domanda di protezione internazionale una richiesta da parte di un cittadino di Paese terzo volta ad "ottenere lo status di rifugiato o lo status di protezione sussidiaria", prende posizione per l'unicità della procedura d'asilo. Saranno le autorità dello SM richiesto a decidere d'ufficio se la domanda integri le condizioni per il riconoscimento dello *status* di rifugiato *ex CG* o vada intesa invece nel

<sup>194</sup> V. JULIEN-LAFERRIERE F., *op.cit.*, p. 217.

senso più limitato di domanda volta ad ottenere il beneficio della protezione sussidiaria<sup>195</sup>.

*D) Una "Race to the Bottom" articolata*

30. E' giunto il momento di soffermare l'attenzione sulla tendenza in atto verso un restringimento della tutela giuridica assicurata nell'Unione europea alle diverse categorie di soggetti interessati. Onde evitare ogni confusione tra ordinamenti, distinguiamo due aspetti di tale *race to the bottom*: quello che ha luogo nell'ordinamento interno della Comunità, e quello relativo alle sue conseguenze sull'ordinamento dei singoli SM, e alla ulteriore interazione al ribasso tra ordinamento comunitario o ordinamenti statali<sup>196</sup>.

*i) ordinamento interno comunitario*

31. Cominciando dal primo aspetto, questo richiede un confronto, se necessario strumento per strumento, tra le proposte iniziali formulate dalla Commissione e i testi finali delle direttive e dei regolamenti<sup>197</sup>, nonché tra le diverse proposte succedutesi nel tempo.

<sup>195</sup> Piuttosto, se la domanda è volta ad ottenere un diverso tipo di protezione, al di fuori dei due considerati dalla Direttiva, l'art. 2 lett. g) impone che tale protezione venga richiesta con domanda separata. Sul rapporto tra i diversi tipi di protezione v. il contributo di Christian Tomesani in questo volume.

<sup>196</sup> Per una riflessione sul diritto comunitario come insieme di norme eterogenee, che partecipa ad un tempo della dimensione giuridica internazionale, di quella statale e di quella di un ordinamento comunitario che si viene costituendo nel tempo, resta attuale l'insegnamento contenuto in PICCHIO FORLATI L., Il diritto dell'Unione europea fra dimensione internazionale e transnazionalità, in Jus, 1999, pp. 461-473. Invero, anche alla luce della confusione creata da poco avveduti tentativi di sussumere il diritto UE nell'ambito della sfera del diritto costituzionale – si richiamano in materia le giuste osservazioni critiche di CONFORTI B., La dottrina di diritto comunitario: questa sconosciuta, con postilla di TIZZANO A., I "neocom" e la scoperta del diritto comunitario, in DUE, 2004, pp. 1-6 – permane la necessità di ribadire che (ivi, p. 461) "diritto internazionale, diritti statali e diritto di un apparato a base non territoriale non solo sono tra loro separati e distinti, ed in un rapporto di discontinuità, ma differiscono marcatamente quanto alla natura dei rispettivi procedimenti di produzione giuridica, oltre che delle garanzie di accertamento e di esecuzione". Per un recente approfondimento, alla luce del Trattato su una Costituzione per l'Europa, v. PICCHIO FORLATI L., il fondamento giuridico dell'Unione europea: Trattato o Costituzione?, in *Scritti di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, vol. II, Napoli, 2004, pp. 1377-1386.

<sup>197</sup> La stessa garanzia che ogni domanda sarebbe comunque stata esaminata da uno SM, garanzia che si è visto (*supra*, par. 16) essere contenuta nel preambolo della CD ma non in quello del RD, era in realtà presente nel preambolo della proposta di regolamento (V. proposta di Reg. del Consiglio che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello SM competente per l'esame di una domanda d'asilo presentata in uno degli SM da un

Gli strumenti esaminati hanno intanto in comune il restringimento, avvenuto nel corso del relativo *iter* di formazione, della nozione di familiare. Tutti prevedono infatti che possa essere considerato familiare il partner non sposato che abbia una "relazione stabile" con il cittadino del Paese terzo, ma solo ove "la legislazione o la prassi" dello SM interessato assimili la situazione delle coppie di fatto a quelle sposate "nel quadro della legge sugli stranieri". Quest'ultima condizione era assente dalle relative proposte<sup>198</sup>. Le Direttive di armonizzazione conoscono inoltre una restrizione della nozione di "altri familiari": mentre nelle relative proposte rientravano nella nozione di familiare anche gli "altri soggetti appartenenti al nucleo familiare", purché a carico del cittadino del Paese terzo, tale categoria sparisce nel testo definitivo. In particolare l'art. 23 par. 5 della Direttiva *Qualificazioni* lascia agli SM una mera facoltà di ampliare l'obbligo di mantenimento dell'unità familiare agli "altri congiunti che vivevano nel nucleo familiare" al momento della partenza; e ciò solo a patto che tali congiunti risultassero "completamente o principalmente a carico del beneficiario dello status di rifugiato o della protezione sussidiaria".

32. A) Nel caso della Dir. 2003/9, gli obblighi incombenti sugli SM hanno conosciuto una profonda modificazione nel passaggio dalla proposta al testo definitivo<sup>199</sup>. In particolare, la detenzione dei richiedenti in centri d'accoglienza per soli motivi legati alla richiesta d'asilo era espressamente esclusa nella proposta<sup>200</sup>; tale previsione è sparita senza lasciar traccia dal testo della Direttiva. L'obbligo di informazione, da immediato che era nella proposta, è passato a "entro un tempo ragionevole non superiore a 15 giorni" (art. 5).

Venendo all'educazione dei minori, l'art. 12 della proposta stabiliva che i minori richiedenti (o figli di richiedenti) asilo avessero "accesso al sistema

cittadino di un paese terzo, in GUCE n. C 304 del 30.10.2001). La garanzia in esame fu poi espunta dal testo finale.

<sup>198</sup> Compreso quindi il RD: la stessa garanzia che ogni domanda sarebbe comunque stata esaminata da uno SM, garanzia (*supra*, par. 16) contenuta nel preambolo della CD ma non in quello del RD, era presente nel preambolo della proposta di regolamento (V. proposta di Reg. del Consiglio che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello SM competente per l'esame di una domanda d'asilo presentata in uno degli SM da un cittadino di un paese terzo, in GUCE n. C 304 del 30.10.2001), per essere espunta dal testo finale.

<sup>199</sup> V. proposta di Direttiva del Consiglio recante norme minime relative all'accoglienza dei richiedenti asilo negli Stati membri, in GUCE n. C 213/E del 31.7.2001.

<sup>200</sup> Art. 7 par. 2 della proposta del 2001: "gli Stati membri non possono disporre il trattenimento dei richiedenti asilo per il mero fatto che debba essere svolto l'esame della domanda d'asilo".

scolastico alla stessa stregua dei cittadini”, almeno fino a quando non diventasse esecutivo un provvedimento di espulsione nei confronti loro o dei loro genitori. L’art. 10 del testo vigente ne prevede invece l’accesso al sistema educativo “a condizioni simili a quelle dei cittadini dello Stato ospitante”. La ulteriore specificazione che l’educazione può essere impartita anche nei centri di accoglienza fa inoltre seriamente temere il crearsi di situazioni di degrado e ghettizzazione.

Riguardo all’assistenza, l’art. 15 della Direttiva, prevedendo in capo agli Stati obblighi solo per i trattamenti d’emergenza ed essenziali, riduce l’ambito della tutela assicurata rispetto alla proposta originaria, che garantiva l’assistenza “primaria” e psicologica. In materia di lavoro, mentre la proposta prevedeva, all’art. 13, il diritto per il richiedente asilo di accedere al mercato del lavoro dopo 6 mesi dalla presentazione della domanda (in assenza di decisioni), l’art. 11 della Direttiva porta la soglia temporale ad 1 anno con l’aggiunta di clausole che relativizzano l’obbligo dello Stato, lasciandogli ampia discrezionalità sulle condizioni di accesso<sup>201</sup>.

Quanto infine alle condizioni del ritiro o della diminuzione dell’accoglienza, la Direttiva accoglie, all’art. 16 par. 2<sup>202</sup>, la pretesa britannica di inserimento di una disposizione dal contenuto corrispondente a quello presente nella propria normativa interna<sup>203</sup>. Alla stregua di tale disposizione uno SM può rifiutare di dare avvio alla procedura qualora il richiedente non abbia dimostrato di aver presentato la sua domanda “non appena ciò fosse ragionevolmente fattibile dopo il suo arrivo in uno Stato membro”<sup>204</sup>.

**B)** Anche il testo della Direttiva 2004/83 ha conosciuto attraverso i vari stadi, dalla proposta iniziale all’emanazione dell’atto vincolante, una vistosa contrazione del livello di protezione garantita; sono così sbiaditi i motivi che avevano giustificato a suo tempo una valutazione positiva della proposta<sup>205</sup>. Ciò appare in linea del resto con la dura affermazione contenuta nel preambolo (considerando 7), secondo la quale lo scopo dell’atto è quello di “contribuire a limitare i movimenti secondari dei richiedenti asilo tra gli

<sup>201</sup> Per le fasi intermedie del dibattito in seno al Consiglio, v. GUILD E., *op.cit.*, p. 214.

<sup>202</sup> V. *supra*, par. 20.

<sup>203</sup> Sect. 55 del *Nationality, Immigration and Asylum Act 2002*.

<sup>204</sup> La pretesa britannica, alla fine vittoriosa, intervenne a bloccare l’adozione di un Documento su cui pareva raggiunto l’accordo in sede di Consiglio nell’aprile 2002: v. Council Document 8351/02 of April 29, 2002: Outcome of Proceedings of Council on April 25, 2002.

<sup>205</sup> V. CRAIG S., *op.cit.*, *passim*.

SM”, nei casi in cui tali movimenti trovino la propria ragion d’essere esclusivamente nella diversità delle normative interne.

L’istituto della protezione *sur place* conosce a sua volta una evoluzione della disciplina in senso restrittivo. La Direttiva consente agli SM di non riconoscere lo *status* di rifugiato (art. 5 par. 3) quando il rischio si fondi su “circostanze determinate dal richiedente” dopo la sua partenza dal Paese d’origine. La proposta poneva invece, all’art. 8 par. 2, il limite aggiuntivo che il richiedente avesse determinato tali circostanze con “l’unico intento di creare le condizioni necessarie per una richiesta di protezione internazionale”.

Ancora, l’art. 10 della Direttiva formula i principi su cui si deve basare lo Stato nel valutare i motivi di persecuzione che giustificano la concessione dello *status* di rifugiato. E’ vero che il par. 2 ribadisce, opportunamente, l’irrelevanza del fatto che il richiedente abbia o meno le caratteristiche effettive (razziali, religiose, politiche, etc.) del gruppo sottoposto a persecuzione, fino a quando sia ritenuto appartenente a tale gruppo dai persecutori. E’ venuta tuttavia a mancare nel testo definitivo la previsione di cui all’art. 11 par. 2 lett. c) della proposta, nella parte in cui questa affermava l’irrelevanza anche del fatto che “il richiedente sia originario di un paese in cui molte persone, se non l’intera popolazione, siano esposte ad un rischio d’oppressione generalizzata”<sup>206</sup>.

**C)** Non diverso è il quadro che si ottiene confrontando la Direttiva *Procedure* con la proposta originaria<sup>207</sup>. In materia di ricorso, mentre la proposta originaria prevedeva un doppio riesame, da parte di autorità amministrative e, rispettivamente, giudiziarie, l’art. 39 della Direttiva stabilisce il diritto del richiedente al riesame davanti ad un giudice che si possa esprimere sugli elementi sia di fatto che di diritto, lasciando per il resto ampia discrezionalità agli SM. Quanto agli effetti del ricorso, la proposta originale prevedeva l’effetto sospensivo come regola generale, quanto meno nell’ambito del procedimento ordinario. L’art. 39 par. 3 della Direttiva si limita invece a disporre che gli SM prevedano “se del caso, norme conformi ai loro obblighi internazionali” volte a stabilire se il ricorso

<sup>206</sup> Proprio l’art. 11 par. 2 lett. c) della proposta di direttiva costituiva una delle previsioni maggiormente apprezzate dalla dottrina. V. CRAIG S., *op.cit.*, p. 498.

<sup>207</sup> Proposta di Dir. del Consiglio recante norme minime per le procedure applicate negli SM ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di rifugiato, del 20.9.2000 in GUCE n. C 62 E del 27.2.2001. Una modificazione *in pejus* era già presente del resto nella proposta modificata di Dir. del Consiglio, 2002/C 291 E/06, recante norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di rifugiato, presentata dalla Commissione il 18.6.2002, in GUCE n. C 291 del 26.11.2002.

conceda o meno ai richiedenti di rimanere nello SM richiesto in attesa dell'esito.

Per quanto riguarda le norme relative alla designazione del Paese d'origine e del Paese terzo (e di transito) sicuri<sup>208</sup> è sufficiente sottolineare come si verifichi un generale impoverimento delle garanzie contenute nella proposta originaria<sup>209</sup>, impoverimento che spazia dall'obbligo di informazione, a quello di assicurare i servizi di un interprete, a quello, fondamentale, di poter comunicare con personale dell'ACNUR<sup>210</sup>. Altre previsioni comportano un generale appesantimento delle ipotesi di inammissibilità o di manifesta infondatezza della domanda, e l'introduzione di una nuova procedura accelerata, definita *procedura in frontiera*. Quest'ultima può essere applicata da parte degli SM per decidere alla frontiera – ivi comprese le zone di transito portuale ed aeroportuale – “in merito alle domande di asilo ivi presentate” (art. 35 par. 1).

ii) *interazione al ribasso tra ordinamento interno comunitario e ordinamenti interni degli SM*

33. Alcuni esempi di interazione al ribasso tra normativa interna di singoli SM e normativa comunitaria sono stati richiamati in precedenza<sup>211</sup>. Vale la pena soffermarsi sul caso del RU: tale Paese, pur potendo evitarlo, ha partecipato attivamente al processo di formazione di ogni singolo atto emanato in questa materia, battendosi vittoriosamente per trasformare la propria draconiana legislazione interna in standard valido per tutta l'UE. Un esempio evidente di tale utilizzo “negativo” della tecnica dello standard minimo si è avuto con l'introduzione dell'art. 16 par. 2 nella *Direttiva Condizioni di ricevimento*. Il governo britannico<sup>212</sup> bloccò l'emanazione dell'atto, su cui pure era già stato raggiunto l'accordo in sede di Consiglio, pretendendo l'inserimento di una norma che liceizzasse la disciplina nel frattempo introdotta nell'ordinamento interno con l'*Act* del 2002: donde

<sup>208</sup> Tale tema è oggetto, in questo volume, dei contributi di Bruce Leimsidor e di Bernardo Cortese, ai quali quindi si rinvia per più approfondita indagine.

<sup>209</sup> In senso conforme si esprime, avendo riguardo al solo passaggio dalla proposta originaria a quella modificata, GORTAZAR C., *op.cit.*, p. 96.

<sup>210</sup> Lungi dall'essere obbligati ad assicurare la possibilità di tali colloqui, gli SM devono solo astenersi (art. 21) dal negare al richiedente asilo la possibilità di comunicare con l'UNHCR o con altre organizzazioni che operino per suo conto nel territorio dello Stato membro, conformemente ad un accordo con tale SM.

<sup>211</sup> V. art. 3 par. 2 RD (*supra*, par. 16), ispirato alla prassi tedesca e art. 16 par. 2 Dir. 2003/9, voluto dal RU (*supra*, par. 32).

<sup>212</sup> V. *supra*, nota precedente. V. SMITH J., Getting the Best out of Both Worlds? Britain, the EU and Migration Policy, in IA, 2005, pp. 723-740.

l'accusa al governo del RU di svolgere un ruolo centrale nell'abbassamento degli *standards* di tutela dei richiedenti asilo in Europa, adoperandosi per fare degli aspetti più controversi della propria legislazione l'architrave del sistema comune europeo<sup>213</sup>.

34. Un altro esempio di interazione al ribasso, tanto più significativo in quanto riguarda il Paese autodefinitosi storicamente terra d'elezione del diritto d'asilo, concerne la nuova legge francese sul diritto d'asilo del 10 dicembre 2003<sup>214</sup>. Tale legge, *inter alia*, generalizza a tutti i tipi di protezione richiesta, non solo quindi ai rifugiati *ex CG*, il rifiuto di ammissione al soggiorno per competenza di altro SM, stabilito dalla CD e poi dal RD per i soli rifugiati e allinea le procedure per il riconoscimento dello *status* di rifugiato al livello della (allora) proposta di *Direttiva Qualificazioni*. Soprattutto, la legge in esame ridimensiona le ipotesi di protezione diversa da quella originata dal riconoscimento dello *status* di rifugiato: ciò eliminando l'istituto dell'asilo territoriale a favore della protezione sussidiaria, la cui disciplina allinea alla (proposta di) *Direttiva Qualificazioni* per quanto riguarda sia l'attribuzione della qualifica di beneficiario che il contenuto della protezione<sup>215</sup>.

Non basta allora, a controbilanciare le modificazioni sfavorevoli ai richiedenti protezione introdotte dalla nuova legislazione, la cancellazione

<sup>213</sup> Il governo britannico starebbe giocando “a central role in driving down standards across Europe... pushing for some of the most controversial aspects of legislation currently making its way through Parliament in Britain to be incorporated into a common European system”: v. UN Warns over EU Asylum Rules, BBC News online, 30.3.2004, al sito <http://news.bbc.co.uk/1/hi/world/europe/3580665.stm>, riportato nel documento di *Statewatch* del settembre 2004, *EU divided over list of 'safe country of origin' – Statewatch calls for the list to be scrapped*, al sito [www.statewatch.org/news/2004/sep/safe-countries-links.htm](http://www.statewatch.org/news/2004/sep/safe-countries-links.htm).

<sup>214</sup> Legge n. 2003-1176 del 10.12.2003 che modifica la legge n. 52-893 del 25.7.1952 relativa al diritto d'asilo, in JO 11.12.2003, p. 21080. Per un commento approfondito: CHETAIL V., *La réforme française de l'asile: prélude à la banalisation européenne du droit des réfugiés*, in JDI, 2004, pp. 817-865.

<sup>215</sup> Confrontando l'art. 15 della proposta di *Direttiva Qualificazioni* (rimasto invariato nel testo finale) con l'art. 13 della legge francese del '98, alla stregua del quale l'asilo territoriale poteva essere concesso ad uno straniero “si celui-ci établit que sa vie ou sa liberté est menacée dans son pays ou s'il y est exposé à des traitements” contrari all'art. 3 CEDU, emerge come i due testi differiscano sia quanto alla gravità della minaccia richiesta per poter adire alla tutela, sia per l'assenza di riferimenti alla libertà del richiedente nella proposta di *Direttiva*: donde la cancellazione del riferimento alla minaccia alla libertà dal testo della nuova legge francese.

della previgente disposizione relativa al soggetto autore della persecuzione<sup>216</sup>.

35. Un discorso a parte meritano i "Paesi candidati", siano o meno nel frattempo entrati a far parte dell'UE<sup>217</sup>. Nei loro confronti la strategia del Partenariato per l'accesso<sup>218</sup> ha previsto dal '98 in poi un puntuale programma di adeguamento all'*acquis communautaire*. In materia di asilo i Paesi candidati hanno proceduto alla trasposizione nei rispettivi ordinamenti interni anche di atti non vincolanti, dalle posizioni comuni di Maastricht alle proposte di direttiva ad altri strumenti di *soft law*. Nel farlo hanno naturalmente cercato di anticipare i *desiderata* della Comunità-apparato, scegliendo puntualmente la soluzione più restrittiva tra quelle possibili<sup>219</sup>.

<sup>216</sup> Per l'art. 2 par. III della nuova legge, le persecuzioni da prendere in considerazione da parte delle competenti autorità francesi al momento di decidere se concedere o meno la protezione possono "être le fait des autorités de l'Etat ou une partie substantielle du territoire de l'Etat, ou d'acteurs non étatiques dans le cas ou les autorités définies .. refusent ou ne sont pas en mesure d'offrir une protection". La precedente normativa prevedeva invece che solo la persecuzione (o il danno grave) causati da uno Stato giustificassero la concessione della protezione in Francia. V. oltre, par. 37.

<sup>217</sup> Con il Trattato di Atene del 16.4.2003, entrato in vigore il 20.4.2004, 10 nuovi Paesi hanno aderito alla UE, mentre per Bulgaria e Romania l'appuntamento con l'adesione è stato rimandato di alcuni anni. V. Decisione del Consiglio dell'UE del 14.4.2003 relativa all'ammissione della repubblica Ceca, di Estonia, Cipro, Lettonia, Ungheria, Malta, Polonia, Slovenia e Slovacchia alla UE, recante in allegato il testo dell'Accordo e le condizioni di ammissione, in GUUE n. L 236 del 23.9.2003.

<sup>218</sup> Reg. del Consiglio 622/98 del 16.3.1998 relativo all'assistenza ai Paesi candidati nel quadro della strategia del pre-accesso, ed in particolare allo stabilimento del Partenariato per l'Accesso, in GUCE n. L 85 del 20.3.1998. Per prime informazioni sull'argomento: BLECHER M., Aspetti istituzionali dell'allargamento EU verso est e principali strumenti di assistenza e sostegno dei Paesi candidati, in Marco Polo System (a cura di), *Il GEIE nella prospettiva di Agenda 2000* (Atti del Seminario tenuto presso la Fondazione Querini Stampalia, Venezia, il 28.9.2001), pp. 8-15; INGLIS K., The Europe Agreements Compared in the Light of the Pre-Accession Reorientation, in CMLR, 2000, pp. 1173-1210; KÜHN Z., Application of European Law in Central Europe: Candidate Countries, ELR, 2003, pp. 551-560; MARESCAU M., From Europe Agreements to Accession Negotiations, in GANINO M., VENTURINI G. (a cura di), *L'Europa di domani: verso l'allargamento dell'Unione*, Milano, 2002, pp. 15-37; NICOLAIDES P. et al., *Guide to the Enlargement of the European Union. A Review of the Process Negotiations, Policy Reforms and Enforcement Capacity*, Maastricht, 1999, pp.1-103; SMITH K., The Conditional Offer of Membership as an Instrument of EU Foreign Policy: Reshaping Europe in the EU's Image, in Marnara Jour. Eur. St., 2000, pp. 2-15; ZAGATO L., Qualche riflessione (e alcuni cattivi pensieri) sul processo di allargamento, in Marco Polo System (a cura di), *Il GEIE...*, cit., pp. 16-29.

<sup>219</sup> Sull'argomento: MAFROLLA E., L'impatto del regime comune europeo in materia di asilo nei Paesi dell'Europa centrale, in RIDU, 2002, pp. 68-88; PHUONG C., Enlarging

La legge sugli stranieri polacca del 1997<sup>220</sup> illustra con precisione quanto qui affermato. Si tratta di una normativa nazionale costruita per intero sull'adeguamento ad atti non vincolanti (o non ancora vincolanti) della UE; tale normativa, per di più, nasceva nel vuoto dovuto all'assenza di precedenti esperienze legislative nella materia, non essendo certo la Polonia, nel periodo precedente gli anni '90, Paese di asilo. Le conseguenze si sono manifestate in occasione dell'ondata di profughi dalla Cecenia<sup>221</sup>, imponendo già nel 2003 una revisione della legge<sup>222</sup>.

36. Quella che nel programma di Tampere figurava come la prima fase del processo di creazione di una disciplina europea comune dell'asilo, fondata sull'elaborazione di norme minime di ravvicinamento tra le legislazioni nazionali, si è trasformata *in itinere* nell'anticipazione di un regime a grandi linee già comune. Ciò è avvenuto tramite una serie di passaggi, tra i quali spicca l'utilizzo di atti ancora privi di valore vincolante con funzione di *guidelines*, di codici di condotta che aiutano gli Stati membri nel livellamento al ribasso della protezione, procedurale e sostanziale, garantita dalle rispettive legislazioni<sup>223</sup>. L'insieme delle norme minime di

'Fortress Europe': EU Accession, Asylum, and Immigration in Candidate Countries, in ICLQ, 2003, pp. 641-663, in part. 649 ss.; RIGO E., Citizens and Foreigners in the Enlarged Europe, in CZARNOA A., KRYGIER M. e SADURSKI W. W. (a cura di), *Spreading Democracy*, cit.; SAULLE M.R., L'immigrazione e l'asilo nell'Europa allargata, in Aff.Soc.Int., 2004, pp. 107-122; ZAGATO L., A Europe of Variable..., cit. V. anche PETERSEN M., Recent Developments in Central Europe and the Baltic States in the Asylum Field, a View from UNHCR and the Strategies of the High Commission for Enhancing the Asylum Systems of the Region, in BYRNE R., NOLL G. e VEDSTED-HANSEN G. (a cura di), *New Asylum Countries? Migration Control and Refugee Protection in an Enlarged European Union*, The Hague, 2002, pp. 351-372, in part. p. 367 ss.

<sup>220</sup> *Aliens Act* n. 114 del 25.6.1997, in OJRP n. 739/1997, modificato nel 2001 a seguito del rapporto annuale sui progressi della Polonia verso l'accesso: v. *2001 Regular Report on Poland's Progress towards Accession*, SEC (2001) 1752 del 13.11.2001.

<sup>221</sup> Non potendo godere dello *status* di rifugiato né di *status* similari, ma non potendo neppure essere espulsi a causa del rischio di violazione della CEDU, questi fuoriusciti godono di una tutela provvisoria, priva di ogni aiuto e supporto da parte dello Stato.

<sup>222</sup> V. *Act on Granting Protection to Aliens within the Territory of the Republic of Poland*, del 13.6.2003, in Jour. of Law, 2003, n.128, item 1176, consultabile al sito <http://www.legislationline.org/view.php?document=57350>. Sulla recente riforma della legge polacca v. RIGO E., Politiche d'asilo e governo dei confini nell'Unione Europea, in St. Em., 2005 (in corso di pubblicazione).

<sup>223</sup> Atti che rientrano quindi nell'ampia categoria del *soft law*, intendendo con tale espressione il variegato insieme delle regole di condotta che hanno in comune il fine e l'effetto di influenzare "through the medium of the Community legal order", la condotta di SM, istituzioni comunitarie, imprese e singoli. Così (p. 285), WELLENS K. e BORCHARDT G.,

armonizzazione offerte dalla normativa comunitaria diviene così esso stesso orizzonte tendenzialmente uniforme della disciplina dell'asilo da parte degli ordinamenti giuridici degli SM, anticipando e distorcendo nei suoi esiti quella fase dell'uniformazione che dovrebbe realizzarsi nel periodo 2005-2010 tramite lo svolgimento del *programma dell'Aja*.

Dal canto loro i Parlamenti nazionali, compresi quelli degli Stati tradizionalmente in ritardo nel recepimento e applicazione della normativa comunitaria, risultano sorprendentemente pronti a trasformare in legge atti privi di valore giuridico vincolante, in particolare semplici proposte di direttiva indirizzate a stabilire in capo agli SM obblighi minimi di tutela, sostanziale o procedurale; ciò con l'evidente obiettivo di abbassare il livello di protezione garantito<sup>224</sup>. Si apre poi, nella maggior parte dei casi, la possibilità di una ulteriore modificazione al ribasso della disciplina nazionale a seguito dell'emanazione della direttiva, dal momento che le previsioni maggiormente apprezzabili della proposta sono nel frattempo puntualmente sparite dal testo alla fine approvato. Di converso, gli SM dotati della legislazione più restrittiva in materia di asilo (e financo i governi che hanno soltanto presentato ai rispettivi Parlamenti nazionali proposte in tale direzione) si battono con determinazione, e quasi sempre con successo, in sede di Consiglio perché i tratti caratterizzanti la propria legislazione vengano inseriti nella normativa comunitaria.

Al meccanismo di interazione negativa descritto si sommano infine gli effetti del recepimento deficitario da parte degli SM delle direttive comunitarie. E' quanto avvenuto in Italia con il Dlgs 85/2003 che dà applicazione alla Dir. 2001/55 sulla protezione temporanea<sup>225</sup>. L'art. 3 prevede che l'accoglienza temporanea degli sfollati da parte dell'Italia abbia la "durata massima" di un anno, e possa esser prorogata una sola volta, per un periodo e nei limiti previsti dalla dichiarazione di disponibilità a ricevere sfollati ad opera del Governo italiano. Ciò mentre il testo della Direttiva è preciso nello stabilire che il periodo di concessione della protezione

Soft law in European Community Law, in ELR, 1989, pp. 267-321. V. anche BRANDL U., *op.ult.cit.*, pp. 205-209 e ZAGATO L., *Il contratto comunitario di licenza di know-how*, Padova, 1996, pp. 83-87.

<sup>224</sup> Per quanto riguarda l'Italia, cfr. *supra*, par. 16.

<sup>225</sup> D. Lgs. n. 89 del 7.4.2003, Attuazione della Direttiva 2001/55 relativa alla concessione della protezione temporanea in caso di affluenza massiccia di sfollati e alla protezione in ambito comunitario, in Gazz.Uff. serie gen. n. 93 del 22.4.2003.

temporanea (ipotesi di proroga a parte) è comunque di un anno, e non può scendere al di sotto di tale soglia<sup>226</sup>.

37. Resta da considerare se la normativa comunitaria in materia di asilo presenti anche casi di utilizzo positivo della tecnica dell'armonizzazione minima<sup>227</sup>. A parte una generica maggior attenzione al problema del ricongiungimento familiare<sup>228</sup>, l'unico esempio significativo riguarda l'allargamento a soggetti non statuali di quella responsabilità della persecuzione o del danno grave<sup>229</sup> che giustifica la domanda di protezione.

La previsione costituisce l'esito di un confronto tra SM attinente la interpretazione della CG; momento qualificante di tale confronto è stata la decisione della *House of Lords* di negare la consegna da parte britannica alla Germania e, rispettivamente, alla Francia, di richiedenti asilo le cui domande secondo la CD avrebbero dovuto essere valutate da detti Paesi<sup>230</sup>. Si trattava di persone in fuga dai signori della guerra somali e, rispettivamente, dal GIA algerino le quali, prima che alle autorità britanniche, avevano rivolto domanda d'asilo a Germania e Francia. Ai sensi della CD dovevano quindi essere riaccompagnate in detti Paesi, cui spettava la decisione di merito. I due richiedenti asilo peraltro non avrebbero potuto beneficiare della tutela secondo l'interpretazione dell'art. 1 A CG allora vigente in tali Paesi: nell'un caso perché mancava uno Stato possibile autore della persecuzione, nell'altro caso perché non solo il GIA non era al potere, ma anzi lo Stato algerino lo combatteva attivamente. Orbene, la *House of Lords* vietava al

<sup>226</sup> Esiste dunque la concreta possibilità di apertura di un procedimento di infrazione nei confronti dell'Italia da parte della Commissione. Parla di "norma legislativa di recepimento.. di dubbia legittimità" BONETTI P., *Profili generali e costituzionali del diritto d'asilo nell'ordinamento italiano*, sez. prima di BONETTI P. e NERI L., *Il diritto d'asilo*, cit., p. 1167.

<sup>227</sup> Nel senso in cui una dottrina - CRAIG S., *op.cit.* - contrappone nella normativa comunitaria sull'asilo le fattispecie di integrazione positiva (cioè volte ad ampliare la protezione) a quelle di integrazione negativa, che tendono al contrario ad abbassare il livello minimo di protezione garantita.

<sup>228</sup> In particolare per quanto riguarda i minori, e soprattutto i minori non accompagnati: fattispecie, quest'ultima, precedentemente neppure presa in esame dalla maggior parte degli ordinamenti nazionali degli SM. V. *supra*, *passim*.

<sup>229</sup> Art. 6 lett. c) Dir. 2004/83: la persecuzione o il danno grave causati da soggetti non statuali vengono peraltro in rilievo ai fini della concessione dello status di rifugiato, o del conferimento della protezione sussidiaria, solo quando possa essere dimostrato che lo Stato o i partiti e le organizzazioni che controllano lo Stato o parte di esso "comprese le organizzazioni internazionali, non possono o non vogliono fornire protezione contro persecuzioni o danni gravi" come definiti dal successivo art. 7.

<sup>230</sup> UK House of Lords, December 19 2000, R. v. SSHD *Ex parte Adan e Aitsiguer*, (2001) 3 A.C. 4777 HL. La sentenza è discussa in GUILD E., *op.cit.*, p. 208.

governo inglese la consegna di Mrs. Adan alla Germania e di Mr. Aitseguer alla Francia, basandosi sul fatto che tali Paesi interpretavano la nozione di soggetti autori della persecuzione in termini contrastanti con l'*Asylum and Immigration Act* del 1996. La disciplina successivamente introdotta dall'art. 6 della *Direttiva Qualificazioni*<sup>231</sup>, va allora salutata senz'altro come un raro esempio di "positive use of minimum standards"<sup>232</sup>.

#### IV. Considerazioni conclusive

38. La disciplina del diritto d'asilo ora delineata è oggetto – oltre che di critica ad opera della dottrina - di diffusa censura da parte di Organizzazioni internazionali governative come di associazioni, nazionali e transnazionali, esponenziali degli interessi dei soggetti coinvolti. Tale censura si focalizza su specifici profili del sistema in via di consolidamento, in parte già emersi nell'ambito del presente lavoro.

Tra questi va richiamata la disposizione (art. 16 par. 2 della *Direttiva Condizioni di ricevimento*) che consente agli SM di rifiutare l'accoglienza quando il richiedente "non abbia dimostrato di aver presentato la sua domanda non appena ciò fosse ragionevolmente fattibile" dopo il suo arrivo nello SM. Il criterio del "ragionevolmente fattibile", se applicato rigidamente, può porre il possibile richiedente, privo di mezzi e di relazioni linguistiche e di informazioni, nella concreta impossibilità di avviare la procedura di richiesta d'asilo<sup>233</sup>.

<sup>231</sup> Anticipata da una imbarazzata giustificazione della Germania davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo; nella pronuncia *TI v. United Kingdom*, (2000), il governo della Germania sostenne che nella prassi interna di applicazione della CG trovava accogliimento un ben motivato timore di persecuzione da parte di soggetti non-statali. Tale affermazione venne contestata da parte di molti operatori giuridici e sociali interni.

<sup>232</sup> CRAIG S., *op.cit.*, p. 498. La norma può essere interpretata come manifestazione di adeguamento da parte dell'ordinamento comunitario al dilagare delle nuove forme di conflitto asimmetrico. Per prime informazioni sull'argomento: MÜNKLER H., *The Wars of the 21st Century*, in IRRC, 2003, pp. 7-21; METZ S., *La guerre asymétrique et l'avenir de l'Occident*, in Pol. Etr., 2003, pp. 26-40; PFANNER T., *Asymmetrical Warfare from the Perspective of Humanitarian Law and Humanitarian Action*, in IRRC, 2005, pp. 149-174; ROGERS P., *Political Violence and Asymmetric Warfare*, Washington, 2001, consultabile al sito [www.brook.edu/dybdocroot/fp/projects/europe/forumpapers/rogers.htm](http://www.brook.edu/dybdocroot/fp/projects/europe/forumpapers/rogers.htm). V. anche il rapporto presentato dal Comitato internazionale della Croce Rossa alla 28ª Conferenza internazionale della Croce Rossa e della Mezzaluna Rossa tenutosi a Ginevra nel dicembre 2003, dal titolo *International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts*, in IRRC, 2004, pp. 214-234.

<sup>233</sup> Cfr. commento annotato alla Dir. 2003/9 dell'ACNUR.

Problema delicato è quello della *cessazione* della situazione di pericolo, in particolare della situazione che giustifica la protezione sussidiaria<sup>234</sup>. L'art. 16 par. 1 della *Direttiva Qualificazioni* prevede che la protezione sussidiaria cessi immediatamente al mutare delle circostanze che hanno indotto alla concessione della stessa: si realizza in tal modo una sostanziale sovrapposizione della protezione sussidiaria alla protezione temporanea, che svuota ulteriormente di significato la prima. Considerando poi come risulti opzionale, da parte degli SM, lo stabilire procedure che consentano di chiedere tale protezione sussidiaria<sup>235</sup>, si comprende come lo stesso PE abbia manifestato preoccupazioni al riguardo<sup>236</sup>.

Va ancora richiamato il contrasto, reso possibile dall'art. 19 par. 1 della *Direttiva 2001/55*, tra protezione temporanea ed obblighi posti agli Stati membri dalla CG<sup>237</sup>: non essendovi obbligo di cumulabilità tra beneficio della protezione temporanea e concessione dello *status* di richiedente asilo, la protezione temporanea prevista dalla *Direttiva* vuole essere intanto applicata; solo in seguito lo Stato – quello dell'accettazione dello sfollato – dovrà prendere in esame la domanda di questi di ottenere lo *status* di rifugiato (artt. 17-18).

Venendo alla c.d. *procedura in frontiera* (art. 35 *Direttiva Procedure*)<sup>238</sup>, l'ampia discrezionalità lasciata agli SM nel disciplinare tale procedura (anche in relazione al diritto al colloquio e a disporre di un traduttore) lascia temere che ciò favorisca in molti casi il ricorso ad uno *status* non dichiarato di detenzione del richiedente<sup>239</sup>. Particolare preoccupazione desta poi la detenzione nei *centri di accoglienza*. L'art. 14 della *Direttiva Condizioni di ricevimento* lascia alla discrezionalità degli SM l'inserire i richiedenti in "centri di accoglienza che garantiscono una qualità di vita adeguata"<sup>240</sup>. La

<sup>234</sup> V. *supra*, par. 20.

<sup>235</sup> E' quanto ha indotto parte della dottrina - CRAIG S., *op.cit.*, p. 500 - a denunciare una corsa al punto più basso di protezione coscientemente lanciata dagli organi comunitari, con l'entusiastico appoggio degli SM.

<sup>236</sup> Risoluzione del PE del 15.12.2004 sulla procedura d'asilo e la protezione nelle regioni d'origine (2004/2121(INI)), al sito [www.stranieriinitalia.com](http://www.stranieriinitalia.com), pti 26-28. V. anche Boll.CE 12/2004, punto 1.4.15.

<sup>237</sup> V. *supra*, par. 29.

<sup>238</sup> V. *supra*, par. 32.

<sup>239</sup> V. *UNHCR's Summary Observations on the Amended Proposal by the European Commission for a Directive on Minimum Standards on Procedures in Member States for Granting and Withdrawing Refugee Status*, COM (2000), Ginevra, gennaio 2003.

<sup>240</sup> *Supra*, par. 20. V. il rapporto di Amnesty International, *Italia, presenza temporanea - diritti permanenti: il trattamento dei cittadini stranieri detenuti nei 'Centri di permanenza temporanea ed assistenza' (Cpta)*, AI Index EUR/30/004/2005.

disciplina in discorso non pone limiti temporali a tale detenzione/accoglienza.

Infine, si deve tornare sul problema del riconoscimento dello *status* di familiare al partner non sposato. Già il criterio della dipendenza di tale *status* dalla equiparazione fra coppie sposate e non sposate eventualmente presente nella legislazione interna dello SM responsabile dell'esame della domanda – criterio cui si ispiravano le proposte di direttive (e quella di RD) – sottoporrebbe le persone interessate all'alea della legislazione vigente in tale Stato<sup>241</sup>. Il fatto che tale equiparazione debba invece essere prevista dalla legge sugli stranieri dello SM interessato, oltre a restringere ulteriormente la possibilità di usufruire dello *status*, costituisce un obiettivo stimolo, per i Paesi i cui ordinamenti contemplino una equiparazione delle coppie di fatto a quelle sposate, a modificare in senso discriminatorio verso gli stranieri la propria legislazione interna.

39. E' giunto il momento di soffermare l'attenzione su ulteriori profili della disciplina comunitaria che hanno suscitato forti critiche, profili peraltro fino a questo momento non toccati nel corso del lavoro.

Centrale è intanto, per quanto attiene alla protezione temporanea, la questione del *rimpatrio*. Gli artt. 22-23 della Dir. 2001/55 prevedono senz'altro il rimpatrio forzato al termine del periodo di tutela, ove non esistano le condizioni per l'ammissione ad altro titolo; certo, il rimpatrio forzato deve avvenire nel rispetto della persona, lasciando che i bambini terminino il periodo scolastico e che i malati non in grado di affrontare il viaggio guariscano, e sempre che eventuali "impellenti ragioni umanitarie" non sconsiglino il rimpatrio forzato nel caso singolo. Quanto è successo in occasione del programma di rimpatrio dei rifugiati bosniaci in Germania è tuttavia indicativo: ci sono voluti 5 anni, una enorme quantità di spese e il moltiplicarsi di episodi sgradevoli, che hanno avuto forte eco internazionale, per ottenere il rimpatrio forzato di gran parte dei 330000 sfollati; a ciò si aggiungono i poco lusinghieri rapporti delle principali ONG sulla situazione degli ex sfollati una volta tornati nella "ormai sicura" Bosnia<sup>242</sup>. Di qua per un verso la scarsa volontà degli SM di farsi carico del problema degli sfollati del Kosovo qualche anno dopo; per l'altro verso il fatto che la Dir. 2001/55 non sia stata applicata nel caso dei disastri umanitari afgano (2002) e

<sup>241</sup> Sul punto – anche alla luce della pronuncia *Eyüp* del 22.6.2000 (C-65/98, in *Racc.*, I, 4754 ss.) – PALLARO P., *Coppie di fatto e riconoscimento familiare nell'ordinamento comunitario: un nuovo indirizzo della Corte di Giustizia?*, in DCSI, 2001, pp. 261-280.

<sup>242</sup> V. Amnesty International, *Report 1999: Bosnia-Herzegovina*. Sul problema dei rifugiati bosniaci in Germania v. GUILD E., *op.ult.cit.*, pp. 212-213 (e documentazione ivi citata).

iracheno (2003), unica preoccupazione del Consiglio essendo quella del rimpatrio forzato in particolare degli afgani<sup>243</sup>.

La creazione di un sistema unitario dei visti da parte dell'UE pone un problema ulteriore. Sono infatti proprio i Paesi per l'ingresso dai quali è fatto obbligo del visto, a presentare il più delle volte situazioni che giustificano la richiesta di protezione: donde l'assurdità di pretendere che i richiedenti protezione provenienti da tali Paesi si siano muniti di un visto nel Paese d'origine<sup>244</sup>. Anche se la Dir. 2003/9 prevede (art. 3 par. 1) che la disciplina ivi contenuta si applichi a quanti, cittadini di un Paese terzo o apolidi, presentino domanda "alle frontiere o nel territorio" di un PM, la mancanza di coordinamento tra disciplina del diritto d'asilo e sistema dei visti lascia adito a non poche preoccupazioni.

Infine, emerge dall'analisi sin qui condotta come la nozione di rifugiato secondo la CG costituisca orizzonte esclusivo della disciplina comunitaria: al di fuori di tale disciplina esistono solo forme di tutela provvisoria, sempre più interna al quadro delle politiche e delle logiche migratorie. Si tratta di una protezione debole, intermedia tra la tutela concessa al rifugiato e le forme di tutela temporanee sancite dalla direttiva del 2001, ma in ultima analisi assimilabile alla seconda; restano escluse da una adeguata protezione le *displaced persons*, quanti cioè pur senza essere individualmente perseguitati, siano sfuggiti dal proprio Paese a causa di situazioni che rappresentano in concreto "una lesione dei diritti fondamentali della persona umana". L'identificazione tra richiedente asilo e rifugiato secondo la CG risulta peraltro problematica rispetto a taluni ordinamenti interni di SM, *in primis* l'ordinamento giuridico italiano<sup>245</sup>.

40. Emerge a questo punto il problema della compatibilità tra *acquis* comunitario in materia di asilo e strumenti internazionali di protezione dei diritti umani. Confinando in questa sede l'indagine all'ordinamento interno

<sup>243</sup> Con il noto piano d'azione di fine 2002: v. *Agreement on Plan for Return of Afghan Refugees and on Action Plan for European Return Policy*, November 28, 2002 (Agence Europe). L'applicazione del Piano fu segnata da un forte contrasto interno alle istituzioni dell'Unione, a causa dell'opposizione di alcuni Commissari all'utilizzo del Fondo europeo dei rifugiati (EDF) per finanziare espulsioni e rimpatri forzati. V. oltre, par. 41.

<sup>244</sup> V. Reg. 539/2001 del Consiglio del 15.3.2001, che adotta l'elenco dei paesi terzi i cui cittadini devono essere in possesso del visto all'atto dell'attraversamento delle frontiere esterne e l'elenco dei Paesi terzi i cui cittadini sono esenti da tale obbligo, in GUCE n. L 81 del 21.3.2001, modificato con Reg. 453/2003 del 6.3.2003, in GUUE n. L 69 del 13.3.2003.

<sup>245</sup> Alla luce sia di una puntuale critica dottrinale (BONETTI P., *op.cit.*, pp. 1147-48 e 1157 ss.) che dell'orientamento delle Sezioni Unite della Cassazione. Sull'argomento, si rimanda comunque ai contributi in questo volume di Mariangela Gramola e di Stefano Pizzorno.



comunitario<sup>246</sup>, vanno distinte due diverse ipotesi. Alla luce degli artt. 6 par. 2 TUE<sup>247</sup> e 63 par. 1 TCE<sup>248</sup>, nonché dei richiami contenuti dagli strumenti di diritto derivato esaminati a varie Convenzioni internazionali, la Commissione dovrà intanto esercitare il proprio controllo sul recepimento e sull'applicazione delle Direttive nell'ordinamento interno degli SM, onde evitare che questi vengano meno all'obbligo di adeguamento alle previsioni contenute in detti strumenti posto autonomamente dal diritto comunitario<sup>249</sup>. L'eventualità di un ricorso da parte della Commissione al procedimento d'infrazione è peraltro ipotizzabile solo in riferimento a casi gravi di mancata o errata trasposizione della disciplina comunitaria da parte di singoli SM. Non appare probabile un utilizzo degli strumenti di controllo amministrativo e giurisdizionale assicurati dall'ordinamento comunitario allo scopo di invertire quel processo di restringimento della protezione garantita nel territorio UE che è diretta conseguenza *proprio* di quell'attività normativa degli organi comunitari che ha dato applicazione alle indicazioni del CE di Tampere.

La seconda ipotesi è quella che la Corte di Giustizia sia chiamata ad esaminare la normativa secondaria UE in materia di asilo sotto il profilo del mancato ottemperamento agli obblighi internazionali della UE. Tale ipotesi si è in effetti concretizzata con l'impugnazione ad opera del PE, ex art. 230 del Trattato, della Direttiva sul ricongiungimento familiare per violazione di principi garantiti dalla CEDU e dalle tradizioni costituzionali dei PM<sup>250</sup>; una analoga minaccia pende sulla *Direttiva Procedure*, dal momento che il Consiglio non ha preso in esame alcuno dei molteplici emendamenti presentati dal PE<sup>251</sup>. Per il ricorso alla procedura di rinvio pregiudiziale,

<sup>246</sup> Per approfondimento si rinvia ai contributi di Marco Pedrazzi e di Cristiana Fioravanti.

<sup>247</sup> Alla stregua del quale l'Unione rispetta i principi fondamentali quali sono garantiti, *inter alia*, dalla CEDU.

<sup>248</sup> V. *supra*, par. 9.

<sup>249</sup> V. HANDOLL J., *op.cit.*, p. 146.

<sup>250</sup> V. ricorso presentato dal PE il 22.12.2003 contro il Consiglio, sulla base dell'asserito contrasto della Dir.2003/86 sul ricongiungimento familiare con i diritti fondamentali alla vita familiare ed il diritto di non discriminazione quali garantiti dalla CEDU e dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri della UE, in GUUE n. C 47 del 21.2.2004.

<sup>251</sup> Il 27.9.2005 il PE, sulla base della relazione presentata il 29.6.2005 dal deputato Kreissl-Dörfler a nome della Commissione delle libertà civili, della giustizia e degli affari interni, ha approvato di strettissima misura (3 voti), con oltre cento proposte di emendamento, la nuova proposta di Dir. *Procedure*. Essendo state disattese dal Consiglio le richieste di tale organo – richieste motivate in buona parte dalla necessità di assicurare che l'atto si conformi agli obblighi internazionali della UE – l'ipotesi che il PE adisca la Corte non appare peregrina.

vanno naturalmente considerate le limitazioni poste all'utilizzo di tale procedura dall'art. 68<sup>252</sup>.

41. Le conseguenze delle scelte politiche operate in materia di asilo fanno sentire i loro effetti su altre politiche dell'Unione, e sui principi che le ispirano; valga per tutti l'esempio del principio di *equality (o gender) mainstreaming*. In termini generali, si intende con tale espressione, "the incorporation of equality considerations into all areas of law making"<sup>253</sup>. Tale principio interagisce con la politica di asilo in due campi: *gender* e orientamento sessuale degli individui per un lato, razzismo e discriminazione su scala etnica per l'altro lato.

Per quanto riguarda il primo profilo, è sufficiente, a dar conto delle contraddizioni esistenti tra disciplina comunitaria dell'asilo e principio di *equality mainstreaming*, richiamare la nozione di familiare del cittadino del Paese terzo (titolare del diritto di protezione o richiedente) e le difficoltà che questa pone nel caso di coppie non sposate, siano queste etero e omosessuali<sup>254</sup>. Il rimpatrio di massa dei profughi afgani nel 2002-2003<sup>255</sup>,

<sup>252</sup> V. *supra*, par. 7.

<sup>253</sup> Con tale espressione si intende "the incorporation of equality considerations into all areas of law making": così BELL M., *op.cit.*, p. 20 (richiamando una più ampia definizione contenuta in un documento del COE del 1998). Con il Trattato di Amsterdam il principio ha trovato base giuridica negli artt. 2 (che inserisce "la parità tra uomini e donne" tra le finalità ultime del Trattato), e 3 par. 2. Alla stregua di quest'ultimo "l'azione della Comunità a norma del presente articolo mira ad eliminare le ineguaglianze, nonché a promuovere la parità, tra uomini e donne". L'elaborazione del principio era comunque risalente: v. in part. Comunicazione della Commissione, *Incorporating Equal Opportunities for Women and Men into All Community Policies and Activities*, COM (96) 67 del 21.2.1996. V. inoltre Terzo, Quarto e Quinto programma d'azione della Commissione per le pari opportunità tra uomini e donne. Per primi richiami dottrinali: BEVERIDGE F., NOTT S. e STEPHEN K., *Mainstreaming and Engendering of Policy Making: A Means to an End*, in JEPP, 2000, pp. 388-405; HAFNER-BURTON E. e POLLACK M., *Mainstreaming Gender in the European Union*, in JEPP, 2000, pp. 432-456; SHAW J., *Importing Gender: The Challenge of Feminism and the EU Legal Order*, in JEPP, 2000, pp. 406-431. Per una discussione sul principio di *equality mainstreaming* alla luce delle disposizioni del Trattato su una Costituzione per l'Europa, v. LOMBARDO E., *Integrating or setting the agenda? Gender Mainstreaming in the European Constitution-Making Process*, in SP, 2005, (in corso di pubblicazione).

<sup>254</sup> A questo si deve aggiungere la previsione di cui all'art. 15 par. 1 della Direttiva sul ricongiungimento familiare: alla stregua di questa, gli SM possono procrastinare fino a 5 anni la concessione di un permesso di soggiorno autonomo al familiare, *inter alios*, del rifugiato: donde l'alternativa drammatica in cui il familiare, quasi sempre donna, può venirsi a trovare, tra rassegnazione al prolungamento di un rapporto (in ipotesi) violento, e rischio di perdere il diritto a rimanere nella UE (v. anche oltre, nota 258).

in particolare, avvenne senza alcuna considerazione per i problemi di *gender* e di orientamento sessuale<sup>256</sup> delle persone coinvolte, esposte a gravissimi pericoli al rientro in patria anche dopo la fine del regime politico dei talebani; ciò in palese contraddizione con quel principio dell'*equality mainstreaming* che dovrebbe informare di sé, in senso trasversale, tutte le politiche comunitarie. Non è un caso allora che la Commissione abbia evitato, fin dalla Comunicazione del 1999 sull'eguaglianza di opportunità, di soffermarsi sull'asilo<sup>257</sup>, pur non esitando ad affrontare temi quali traffico di donne e ricongiungimento familiare<sup>258</sup>. A conclusioni non diverse si giunge prendendo in esame le politiche volte a contrastare il razzismo. Il tentativo delle autorità comunitarie e degli SM di far convivere la lotta contro la xenofobia con le scelte operate in materia di asilo è privo di respiro. La tradizionale retorica sull'opposizione tra coloro che rientrano nei criteri stabiliti per conferire lo *status* di rifugiato, o la protezione sussidiaria, e gli abusivi che metterebbero in crisi il sistema comunitario di protezione<sup>259</sup>, perde di significato di fronte al massiccio fenomeno delle *displaced persons* le quali, rientrano o meno nei parametri stabiliti dalla CG o dalla *Direttiva*

<sup>255</sup> Profughi la cui presenza nel territorio degli SM era stata tollerata negli anni precedenti: v. *supra*, par. 39.

<sup>256</sup> E ciò malgrado la coraggiosa decisione della Camera dei Lords del 1999. Questa, in riferimento al caso di due donne pachistane che vivevano a Londra e denunciavano il timore di essere perseguitate dai mariti ove rimpatriate, aveva statuito che, alla luce della discriminazione nei confronti delle donne operata dall'ordinamento e dagli organi dello Stato pachistano, le donne di quel Paese andavano considerate un "gruppo sociale particolare" ai sensi dell'art. 1 della Convenzione di Ginevra del 1951. V. UK House of Lords, *R. v. Immigration Appeal Tribunal and Another ex Parte Shah*, 1999, 2 All E.R. 545 Hill.

<sup>257</sup> V. Comunicazione della Commissione dell'8.3.2000 *Eguali opportunità per donne e uomini nell'Unione europea - 1999*, COM (2000) 123. A p. 11 il documento accenna a "progetti che beneficino le donne rifugiate o richiedenti asilo".

<sup>258</sup> Il ricongiungimento familiare, nel sistema comunitario, è diritto del cittadino comunitario, o non comunitario in possesso di un diritto di soggiorno garantito sul medio e lungo termine, mentre per il familiare ha carattere riflesso, provvisorio; ciò pone il membro debole della famiglia - per definizione la donna - in situazione di subaltermità e precarietà rispetto al partner. Anche le più innovative pronunce della CGCE in questo campo non vengono meno al principio, che afferisce al sistema di libera circolazione delle persone contenuto nel Trattato.

<sup>259</sup> La giustificazione retorica delle misure di restringimento della protezione ha origini risalenti. Già il preambolo alla Risoluzione del 1992 sulle richieste d'asilo manifestamente infondate (*supra*, par. 6) affermava che un numero crescente di richiedenti asilo negli Stati Membri non è "in genuine need of protection ... within the terms of the Geneva Convention", e che quindi "asylum policies should not give encouragement to the misuse of asylum procedures" (enfasi aggiunta). Orbene, il ragionamento è ripetuto quasi alla lettera nella Comunicazione della Commissione al Consiglio ed al PE del 4.6.2004, *On the Managed Entry...*, cit., punto 16.

*Qualificazioni*, necessitano comunque di una qualche forma di protezione<sup>260</sup>. La retorica sui richiedenti protezione 'abusivi' finisce anzi per rappresentare un modo di governare gli umori del razzismo europeo, indirizzandolo verso il gruppo perseguitato volta a volta più problematico tra quelli in marcia verso i confini dell'Europa.

42. E' il momento di concludere. Non convince una interpretazione dello sviluppo della disciplina europea dell'asilo focalizzata sul comportamento e sugli interessi degli SM *uti singuli*; seguendo tale schema interpretativo<sup>261</sup>, le scelte operate dalla Comunità sulla base del Titolo IV costituirebbero una sorta di copertura della volontà dei singoli SM di riscrivere al ribasso gli impegni relativi alla protezione assunti a livello internazionale<sup>262</sup>. Tale interpretazione risulta riduttiva rispetto al livello di cooperazione tra Stati membri e Comunità-apparato avutosi nello svolgimento del programma di Tampere. Né la Comunità-apparato appare all'oscuro dei rischi che il regime di asilo in fase di completamento comporta per la credibilità della costruzione europea sul piano del rispetto dei principi fondamentali: si tratti di diritti umani contenuti in strumenti convenzionali, universali o regionali, oppure di principi, quale quello dell'*equality mainstreaming*, che pur si qualificano quali espressione di una opzione politica primaria da parte della UE.

Deve allora concludersi che scelte di origine strategica soggiacciono alla creazione di un regime comune europeo in materia di asilo. Sulla natura di tali scelte contribuisce a fare chiarezza il *programma dell'Aja*, in particolare ove lo si interpreti alla luce delle Conclusioni del CE di Bruxelles del novembre 2004. Secondo il CE il Programma dell'Aja "contempla tutti gli aspetti delle politiche connesse allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, compresa la loro dimensione esterna: diritti fondamentali e cittadinanza, asilo e migrazione, gestione delle frontiere, integrazione, lotta al terrorismo..., cooperazione in materia giudiziaria e di polizia e diritto civile"<sup>263</sup>.

<sup>260</sup> Condivisibili sul punto le osservazioni di BELL M., *op.cit.*, pp. 25-26.

<sup>261</sup> V. GOULD E., *op.cit.*, p. 218; l'autore descrive lo sviluppo dell'*acquis communautaire* come un tentativo da parte degli SM di riscrivere le regole del diritto d'asilo, costruendo un nuovo *acquis* "unencumbered by their international commitments".

<sup>262</sup> E' quanto, beninteso, è in parte *anche* avvenuto: si è visto infatti come alcuni SM, in part. il RU (v. *supra*, par. 34) siano stati in grado di piegare la fase dell'armonizzazione delle normative interne a fini di generale abbassamento della protezione concessa in tutta la UE.

<sup>263</sup> CE di Bruxelles del 4 e 5.11.2004, Conclusioni della presidenza, cit., punto 16.

Si tratta di un programma che, ricollegandosi a quello elaborato nel '99, pretende di essere organico, ponendo a chiare lettere al proprio centro il diritto alla sicurezza dei cittadini della UE<sup>264</sup>. E' quanto rende plausibile sostenere che, dalla congerie di spunti offerti dal Titolo IV, Comunità-apparato e Stati membri abbiano estrapolato a Tampere, e ribadito con il *programma dell'Aja*, un autonomo principio di *diritto collettivo alla sicurezza* dei cittadini dell'UE<sup>265</sup>, costruendovi attorno una specifica politica, invasiva e trasversale rispetto alle altre. I prossimi passaggi previsti in materia di asilo, dall'introduzione di una procedura unica per la valutazione delle domande di protezione, alla raccolta, valutazione ed utilizzo congiunti delle informazioni sul Paese d'origine, fino alla creazione di un Ufficio europeo incaricato del sostegno alla cooperazione tra Stati membri in materia di asilo, appaiono ferreamente inquadrati nell'ambito dell'affermazione di siffatto principio. Ciò confermerebbe la presenza di una erosione del 'diritto di Ginevra' a favore di un 'diritto di Bruxelles', che gli sviluppi delle politiche fondate sul Titolo IV rendono potenzialmente omnicomprensivo<sup>266</sup>, confermerebbe, del pari, la legittimità delle preoccupazioni al riguardo.

<sup>264</sup> Il diritto individuale alla sicurezza è d'altro canto asserito dall'art. 6 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE (e dall'art. II-66 del Trattato su una Costituzione per l'Europa): "ogni individuo ha diritto alla libertà ed alla sicurezza". Per interessanti riflessioni su tale previsione - e sulla differenza con quel "diritto alla sicurezza della propria persona" di cui all'art. 3 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948 e all'art. 5 comma 1 CEDU, v. CASTORINA E., *Diritto alla sicurezza, riserva di legge e principio di proporzionalità: le premesse per una "democrazia europea"*, in RIDPC, 2003, pp. 301-337 (in part. pp. 309 ss.).

<sup>265</sup> Così PASTORE F., *op.cit.*, pp. 97-98, che osserva: "the reference to a collective right to security by itself indicates a change in approach. Progress in European integration on matters of internal security and, consequently, also of external border controls is increasingly explained by use of direct reference to some security demand expressed by European citizens. One can thus see a progressive slipping from forms of indirect and 'technocratic' legitimation based upon interdependence between the abolition of internal borders and the strengthening of external controls, towards direct and 'democratic' legitimation strategies hinging on the explicit invoking of the public will".

<sup>266</sup> CHETAIL V., *op.cit.*, p. 363.