



Freedom, Security & Justice:
European Legal Studies

Rivista giuridica di classe A

2022, n. 2

EDITORIALE
SCIENTIFICA



DIRETTORE

Angela Di Stasi

Ordinario di Diritto Internazionale e di Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno
Titolare della Cattedra Jean Monnet 2017-2020 (Commissione europea)
"Judicial Protection of Fundamental Rights in the European Area of Freedom, Security and Justice"

COMITATO SCIENTIFICO

Sergio Maria Carbone, Professore Emerito, Università di Genova
Roberta Clerici, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale privato, Università di Milano
Nigel Lowe, Professor Emeritus, University of Cardiff
Paolo Mengozzi, Professore Emerito, Università "Alma Mater Studiorum" di Bologna - già Avvocato generale presso la Corte di giustizia dell'UE
Massimo Panebianco, Professore Emerito, Università di Salerno
Guido Raimondi, già Presidente della Corte EDU - Presidente di Sezione della Corte di Cassazione
Silvana Sciarra, Professore Emerito, Università di Firenze - Giudice della Corte Costituzionale
Giuseppe Tesauo, Professore f.r. di Diritto dell'UE, Università di Napoli "Federico II" - Presidente Emerito della Corte Costituzionale †
Antonio Tizzano, Professore Emerito, Università di Roma "La Sapienza" - Vice Presidente Emerito della Corte di giustizia dell'UE
Ennio Triggiani, Professore Emerito, Università di Bari
Ugo Villani, Professore Emerito, Università di Bari

COMITATO EDITORIALE

Maria Caterina Baruffi, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Verona
Giandonato Caggiano, Ordinario f.r. di Diritto dell'Unione europea, Università Roma Tre
Alfonso-Luis Calvo Caravaca, Catedrático de Derecho Internacional Privado, Universidad Carlos III de Madrid
Pablo Antonio Fernández-Sánchez, Catedrático de Derecho Internacional, Universidad de Sevilla
Inge Govaere, Director of the European Legal Studies Department, College of Europe, Bruges
Paola Mori, Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università "Magna Graecia" di Catanzaro
Lina Panella, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Messina
Nicoletta Parisi, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale, Università di Catania - già Componente ANAC
Lucia Serena Rossi, Ordinario di Diritto dell'UE, Università "Alma Mater Studiorum" di Bologna - Giudice della Corte di giustizia dell'UE



COMITATO DEI REFEREEES

Bruno Barel, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Padova
Marco Benvenuti, Ordinario di Istituzioni di Diritto pubblico, Università di Roma "La Sapienza"
Raffaele Cadin, Associato di Diritto Internazionale, Università di Roma "La Sapienza"
Ruggiero Cafari Panico, Ordinario f.r. di Diritto dell'Unione europea, Università di Milano
Ida Caracciolo, Ordinario di Diritto Internazionale, Università della Campania - Giudice dell'ITLOS
Federico Casolari, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università "Alma Mater Studiorum" di Bologna
Luisa Cassetti, Ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico, Università di Perugia
Giovanni Cellamare, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Bari
Marcello Di Filippo, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Pisa
Rosario Espinosa Calabuig, Catedrático de Derecho Internacional Privado, Universitat de València
Ana C. Gallego Hernández, Profesora Ayudante de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Universidad de Sevilla
Pietro Gargiulo, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Teramo
Giancarlo Guarino, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale, Università di Napoli "Federico II"
Elsbeth Guild, Associate Senior Research Fellow, CEPS
Victor Luis Gutiérrez Castillo, Profesor de Derecho Internacional Público, Universidad de Jaén
Ivan Ingravalle, Associato di Diritto Internazionale, Università di Bari
Paola Ivaldi, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Genova
Luigi Kalb, Ordinario di Procedura Penale, Università di Salerno
Luisa Marin, Marie Curie Fellow, European University Institute
Simone Marinai, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Pisa
Fabrizio Marongiu Buonaiuti, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Macerata
Daniela Marrani, Ricercatore di Diritto Internazionale, Università di Salerno
Rostane Medhi, Professeur de Droit Public, Université d'Aix-Marseille
Stefano Montaldo, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Torino
Violeta Moreno-Lax, Senior Lecturer in Law, Queen Mary University of London
Claudia Morviducci, Professore Senior di Diritto dell'Unione europea, Università Roma Tre
Michele Nino, Associato di Diritto Internazionale, Università di Salerno
Anna Oriolo, Associato di Diritto Internazionale, Università di Salerno
Leonardo Pasquali, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Pisa
Piero Pennetta, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale, Università di Salerno
Emanuela Pistoia, Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Teramo
Concetta Maria Pontecorvo, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Napoli "Federico II"
Pietro Pustorino, Ordinario di Diritto Internazionale, Università LUISS di Roma
Santiago Ripol Carulla, Catedrático de Derecho internacional público, Universitat Pompeu Fabra Barcelona
Gianpaolo Maria Ruotolo, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Foggia
Teressa Russo, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno
Alessandra A. Souza Silveira, Diretora do Centro de Estudos em Direito da UE, Universidad do Minho
Angel Tinoco Pastrana, Profesor de Derecho Procesal, Universidad de Sevilla
Chiara Enrica Tuo, Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Genova
Talitha Vassalli di Dachenhausen, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale, Università di Napoli "Federico II"
Alessandra Zanobetti, Ordinario di Diritto Internazionale, Università "Alma Mater Studiorum" di Bologna

COMITATO DI REDAZIONE

Francesco Buonomenna, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno
Angela Festa, Ricercatore di Diritto dell'Unione europea, Università della Campania "Luigi Vanvitelli"
Caterina Fratea, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Verona
Anna Iermano, Ricercatore di Diritto Internazionale, Università di Salerno
Angela Martone, Dottore di ricerca in Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno
Michele Messina, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Messina
Rossana Palladino (*Coordinatore*), Ricercatore di Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno

Revisione linguistica degli abstracts a cura di

Francesco Campofreda, Dottore di ricerca in Diritto Internazionale, Università di Salerno



Rivista quadrimestrale on line "Freedom, Security & Justice: European Legal Studies"
www.fsjeurostudies.eu

Editoriale Scientifica, Via San Biagio dei Librai, 39 - Napoli

CODICE ISSN 2532-2079 - Registrazione presso il Tribunale di Nocera Inferiore n° 3 del 3 marzo 2017



Indice-Sommario **2022, n. 2**

Éditorial

Mandat d'arrêt européen et défaillances de l'État de droit: une analyse en deux étapes p. 1
Lucia Serena Rossi

Saggi e Articoli

La responsabilità civile dell'impresa transnazionale per violazioni ambientali e di diritti umani:
il contributo della proposta di direttiva sulla *due diligence* societaria a fini di sostenibilità p. 10
Gabriella Carella

La condizione giuridica dello straniero e il godimento dei diritti sociali fondamentali: la recente
giurisprudenza costituzionale (e il dialogo con la Corte di Lussemburgo) p. 42
Armando Lamberti

Il contenzioso tra Ucraina e Federazione russa davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo p. 88
Riccardo Pisillo Mazzeschi

Dalla protezione internazionale alla protezione immediata. L'accoglienza degli sfollati
dall'Ucraina come cartina di tornasole della proposta di trasformazione p. 101
Emanuela Pistoia

Il Consiglio d'Europa e gli effetti giuridico-istituzionali della guerra in Ucraina sul sistema p. 124
convenzionale
Guido Raimondi

Luci e ombre della Convenzione di Nicosia p. 140
Tullio Scovazzi

In Search of the Legal Boundaries of an "Open Society". The Case of Immigrant Integration in p. 151
the EU
Daniela Vitiello

Commenti e Note

Il difficile bilanciamento tra sicurezza nazionale e tutela dei diritti fondamentali nella "*data*
retention saga" dinanzi alla Corte di giustizia p. 188
Giovanna Naddeo



La sesta direttiva antiriciclaggio e la sua attuazione nell'ordinamento italiano: alcune considerazioni p. 218

Matteo Sommella

Il Panopticon digitale. I *cookies* tra diritto e pratica nell'Unione europea

p. 241

Flavia Zorzi Giustiniani



DALLA PROTEZIONE TEMPORANEA ALLA PROTEZIONE IMMEDIATA.
L'ACCOGLIENZA DEGLI SFOLLATI DALL'UCRAINA
COME CARTINA TORNASOLE DELLA PROPOSTA DI TRASFORMAZIONE

Emanuela Pistoia*

SOMMARIO: 1. Introduzione e obiettivi dell'analisi. – 2. Protezione immediata e protezione temporanea: le principali innovazioni della proposta rispetto alla direttiva 2001/55/CE. – 3. L'attivazione della protezione temporanea nel caso ucraino al confronto con la proposta relativa alla protezione immediata. – 4. L'ambito soggettivo di applicazione della protezione. – 5. La ripartizione degli oneri tra gli Stati membri. – 6. Conclusioni.

1. Introduzione e obiettivo dell'analisi

La protezione degli sfollati è tra i settori in cui la sfrontata aggressione iniziata dalla Federazione russa contro l'Ucraina il 24 febbraio 2022 ha più rapidamente coagulato le reazioni dell'Unione europea e dei suoi Stati membri.

Secondo l'aggiornamento pubblicato dall'Alto Commissariato delle Nazioni unite per i rifugiati (UNHCR nel più noto acronimo inglese) a inizio giugno, le persone che hanno attraversato il confine tra l'Ucraina e gli Stati vicini a partire dal 24 febbraio sono stimate in 6.983.041, mentre circa 8 milioni sono gli sfollati all'interno del paese. I primi di marzo l'UNHCR prevedeva che, nello scenario peggiore, fino a 4 milioni di persone sarebbero potenzialmente potuti fuggire dall'Ucraina¹. Secondo la Commissione europea, alla data del 4 marzo 2022 avevano già raggiunto l'Unione dall'Ucraina, entrando in Polonia, Slovacchia, Ungheria e Romania, oltre 650 mila sfollati². Ebbene, questa situazione tanto inaspettata quanto repentinamente materializzata ha avuto un effetto altrettanto inaspettato e rapido nel quadro dell'Unione: il ricorso alla protezione

Articolo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

* Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Teramo. Indirizzo email: epistoia@unite.it.

¹ Così la decisione di esecuzione (UE) 2022/382, *che accerta l'esistenza di un afflusso massiccio di sfollati dall'Ucraina ai sensi dell'articolo 5 della direttiva 2001/55/CE e che ha come effetto l'introduzione di una protezione temporanea*, del 4 marzo 2022, in GUCE L 71 del 4 marzo 2022, pp. 1-6, par. 6 del preambolo.

² *Ibidem*, par. 5 del preambolo.

temporanea a beneficio degli sfollati, cioè a dire a quella modalità di protezione residuale che l'art. 78 TFUE aggiunge all'asilo (par. 2, lett. a)) e alla protezione sussidiaria (par. 2, lett. b)) a specifico beneficio degli "sfollati in caso di afflusso massiccio". Il 4 marzo 2022 il Consiglio ha infatti adottato la decisione di esecuzione (UE) 2022/382, che accerta l'esistenza di un afflusso massiccio di sfollati dall'Ucraina ai sensi dell'articolo 5 della direttiva 2001/55/CE e che ha come effetto l'introduzione di una protezione temporanea³. L'iniziativa ha immediatamente guadagnato il plauso dell'Alto Commissario delle Nazioni unite per i rifugiati, che l'ha definita "importante", giacché "la direttiva di protezione temporanea dell'UE offre ai rifugiati sicurezza e opportunità, una possibilità concreta di stabilità in un momento di grande sconvolgimento"⁴.

Come si sa, fin dal 2001 il Consiglio dell'Unione ha attivato le basi giuridiche, allora presenti nel Trattato sulla Comunità europea, che corrispondono all'attuale citato art. 78, par. 2, lett. c)⁵, allorché ha adottato la direttiva 2001/55/CE, del 20 luglio 2001, sulle norme minime per la concessione della protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati e sulla promozione dell'equilibrio degli sforzi tra gli Stati membri che ricevono gli sfollati e subiscono le conseguenze dell'accoglienza degli stessi⁶. Lo specifico "sistema comune" (così l'art. 78, par. 2 c)) non è tuttavia mai stato utilizzato, nonostante le occasioni non siano mancate⁷. Così, a fronte di un'inadeguatezza che è

³ In GUCE L 71 del 4 marzo 2022, pp. 1-6.

⁴ Dichiarazione attribuita all'Alto Commissario delle Nazioni Unite per i Rifugiati, Filippo Grandi, Comunicato stampa dell'8 marzo 2022, in <https://www.unhcr.org/it/notizie-storie/comunicati-stampa/commento-alla-stampa-filippo-grandi-dellunhcr-elogia-laccoglienza-delleuropa-per-i-rifugiati-in-fuga-dallucraina>.

⁵ Si trattava dell'art. 63, punto 2, lett. a) e b) del Trattato sulla Comunità europea.

⁶ In GUCE L 212 del 7 agosto 2001, pp. 12-23. Sulla protezione temporanea v., *ex multis*, M. GESTRI, *La protezione internazionale*, in A.M. CALAMIA, M. GESTRI, M. DI FILIPPO, S. MARINAI, F. CASOLARI, *Lineamenti di diritto internazionale ed europeo delle migrazioni*, Milano, 2021, pp. 100-101; S. AMADEO, F. SPITALERI, *Il diritto dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione europea*, Torino, 2019, pp. 78-79; A. SKORDAS, *Council Directive 2001/55/EC of 20 July 2001 on minimum standards for giving temporary protection in the event of a mass influx of displaced persons and on measures promoting a balance of efforts between Member States in receiving such persons and bearing the consequences thereof*, in K. HAILBRONNER, D. THYM (edited by), *EU Immigration and Asylum Law. A Commentary*, II ed., 2016, p. 1054 ss.; M. INEL-CIGER, *Temporary Protection in Law and Practice*, Leiden-Boston, 2008; S. PEERS, *Temporary Protection*, in S. PEERS, N. ROGERS (eds.), *EU Immigration and Asylum Law*, Leiden-Boston, 2006; K. KERBER, *The Temporary Protection Directive*, in *European Journal of Migration and Law*, 2002, p. 193 ss.

⁷ Uno studio preparato per la Commissione europea nel 2016 riporta che, in effetti, una sola volta sia stata ufficialmente richiesta l'attivazione della direttiva 2001/55/CE, da due Stati diversi ma con riferimento a un incremento di flussi avente le medesime caratteristiche e cause: si tratta delle richieste presentate separatamente da Italia e Malta nel 2011 riguardo alla situazione nei Paesi del Maghreb in seguito alla c.d. "primavera araba" e alla guerra civile libica. A queste richieste la Commissione e, riguardo alla richiesta maltese, anche i rappresentanti degli Stati membri nel quadro del COREPER, ritennero di non dare seguito: *Study on the Temporary Protection Directive – Final report*, 2016, p. 126 sulla richiesta italiana e pp. 131-132 sulla richiesta di Malta. Lo stesso *Study* riferisce anche di un'ulteriore richiesta italiana, presentata a mezzo lettera dal Ministro dell'Interno ad alcuni membri della Commissione nell'aprile del 2015: sembrerebbe però che non si sia trattato di una vera e propria richiesta specifica di attivare il meccanismo della direttiva 2001/55/CE, ma che questo meccanismo sia stata evocato come uno dei possibili rimedi utilizzabili per fare fronte all'incremento dei flussi che si verificava in quel periodo (*ibidem*, pp. 126-127). Forse si è trattato di un'occasione persa: la relazione della Commissione alla proposta di regolamento che

parsa emergere dalla prova dei fatti, il pacchetto di riforme del sistema comune di asilo, presentato dalla Commissione europea il 23 settembre 2020, comprende la sostituzione del vigente “sistema comune” con uno nuovo⁸.

L'improvviso materializzarsi degli sfollati dall'Ucraina sembra aver ridotto in briciole le valutazioni suddette⁹. Non che si sia ufficialmente avanzata l'ipotesi di rinunciare alla sostituzione della direttiva 2001/55 con il nuovo strumento proposto, anche se i lavori del Parlamento europeo sull'articolato formulato dalla Commissione hanno evidenziato gravi difficoltà a convergere su un testo condiviso¹⁰. L'esperienza finalmente maturata a proposito della direttiva 2001/55/CE impone però una nuova valutazione della proposta integrata nel nuovo Patto, soprattutto in vista del completo superamento della disciplina vigente che essa determinerebbe.

Invero, nella misura in cui ne costituisce un'attuazione di successo, la prassi ucraina non rappresenta la miglior piattaforma di valutazione possibile della protezione temporanea¹¹. Proprio in questa prospettiva, però, tale prassi è utile nella valutazione della protezione immediata che la sostituirebbe¹²: la situazione degli sfollati dall'Ucraina,

sostituirebbe la direttiva 2001/55/CE, come esempio di situazione in cui emerge la necessità per l'Unione “di un approccio strutturato per gestire le situazioni di difficoltà allo scopo di evitare risposte ad hoc”, menziona proprio la crisi dei rifugiati del 2015: Proposta di regolamento *concernente le situazioni di crisi e di forza maggiore nel settore della migrazione e dell'asilo*, del 23 settembre 2020, COM (2020) 613 final (d'ora innanzi anche “Proposta crisi”) p. 1. Nel senso che a quella crisi avrebbe potuto applicarsi la protezione temporanea M. INELI-CIGER, *Time to Activate the Temporary Protection Directive*, in *European Journal of Migration and Law*, 2016, p. 21 ss. Sull'opportunità di applicare la direttiva sulla protezione temporanea ai fuggiaschi dall'Afghanistan causa della riconquista del Paese ad opera dei Talebani, nell'agosto 2021, E. DE CAPITANI, *La pretesa solidarietà europea a fronte della Crisi afgana: una ennesima occasione mancata?*, in *ADiM Blog*, agosto 2021.

⁸ Proposta di regolamento *concernente le situazioni di crisi e di forza maggiore nel settore della migrazione e dell'asilo*, cit. La proposta è presentata nella Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Un nuovo patto sulla migrazione e l'asilo*, del 23 settembre 2020, COM(2020) 609 final, p. 12.

⁹ Per una possibile ricostruzione delle motivazioni squisitamente politiche della decisione di utilizzare la protezione temporanea per gli sfollati dall'Ucraina cfr. M. SAVINO, F.L. GATTA, *La guerra in Ucraina: verso una nuova crisi dei rifugiati?*, in *ADiM Blog*, febbraio 2022. Sull'attuazione della direttiva sulla protezione temporanea riguardo agli sfollati dall'Ucraina in termini generali cfr. A. DI PASCALE, *Volere è potere! L'attivazione della protezione temporanea per l'accoglienza dei profughi ucraini nell'Unione europea*, in *Eurojus*, 14 marzo 2022; E. COLOMBO, *Il Consiglio adotta la decisione di esecuzione della direttiva sulla concessione della protezione temporanea: lo strumento più adatto per far fronte all'afflusso massiccio di sfollati ucraini*, in *BlogDUE*, 10 marzo 2022; J. KOO, *Protecting Ukrainians fleeing to the EU ... but for how long?*, in *European Law Blog*, 10 marzo 2022; S. PEERS, *Temporary Protection for Ukrainians in the EU? Q and A*, in *EU Law Analysis*, 4 marzo 2022.

¹⁰ Il *Draft Report* presentato il 23 novembre 2021 in Commissione LIBE dal relatore della proposta, Juan Fernando López Aguilar, contiene numerose proposte di emendamento, che ne modificherebbero il contenuto in modo sostanziale. Si veda il documento online in https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/LIBE-PR-697631_EN.pdf.

¹¹ Si parla di successo del modello della protezione temporanea nella crisi dei rifugiati dall'Ucraina per due motivi principali: la rapidità della messa in opera della direttiva, di cui si è detto, e il numero di persone che, in un arco di tempo molto breve, ne ha usufruito: secondo l'aggiornamento dell'UNHCR al 6 luglio 2022, il dato è di 3.620.348 persone, comprensivo di coloro cui si applicano meccanismi di protezione analoghi (<https://data.unhcr.org/en/situations/ukraine>, consultato il 12 luglio 2022).

¹² Per una valutazione in astratto della disciplina della protezione immediata proposta nel quadro del Nuovo Patto per l'Asilo e la Migrazione v. R. PALLADINO, *Il nuovo status di protezione immediata ai sensi della*

rientrando sicuramente tra i presupposti dell'art. 78, par. 2, lett. c), costituisce per la disciplina proposta un utile banco di prova virtuale. Con la proposta relativa alla protezione immediata la Commissione ha avuto l'ambizione di migliorare la disciplina vigente, che fino al 24 febbraio 2022 si è dimostrata inadatta allo scopo. L'unica situazione in cui essa ha svolto un ruolo utile può rivelare se la disciplina che la sostituirebbe è tale da assicurare almeno il medesimo risultato.

Con i due obiettivi così delineati, l'uno generale (il confronto tra la disciplina vigente e quella che la sostituirebbe con la cartina tornasole della situazione ucraina) e l'altro specifico (la valutazione circa l'idoneità della "nuova" disciplina a conseguire i risultati attuali), l'analisi riguarderà tre aspetti: si apprezzeranno anzitutto le modalità di attivazione della protezione degli sfollati quali delineate nella disciplina vigente e finalmente utilizzate alla fine di febbraio 2022, da un lato, e quali modificate nella riforma proposta nel 2020, dall'altro lato; riguardo ai profili sostanziali della protezione accordata nell'uno e nell'altro scenario, si esaminerà poi l'ambito di applicazione *ratione personarum*; infine, con lo stesso metodo del confronto, si considereranno gli aspetti relativi alla solidarietà prescritta nell'art. 80 TFUE. Come necessaria premessa delle valutazioni annunciate, l'analisi prenderà l'avvio da una breve sintesi delle principali differenze tra la proposta della Commissione e la disciplina vigente, lasciando la discussione di alcuni aspetti specifici al momento dell'analisi stimolata dall'esame della prassi ucraina.

2. Protezione immediata e protezione temporanea: le principali innovazioni rispetto alla direttiva 2001/55/CE

Rispetto alla direttiva 2001/55/CE, la proposta di regolamento presentata dalla Commissione si caratterizza per ridurre l'autonomia del *tertium genus* di protezione prefigurato nel TFUE. La proposta pone infatti l'accento sul fatto che la sua ragion d'essere risiede nell'impossibilità, in certe situazioni, di far funzionare regolarmente le procedure statali applicabili all'asilo e al rimpatrio e il meccanismo preposto all'individuazione dei contributi di solidarietà che sarebbe introdotto dal nuovo regolamento per la gestione dell'asilo facente parte del Patto proposto dalla Commissione

proposta di regolamento concernente le situazioni di crisi e di forza maggiore: luci e ombre, in I. CARACCILO, G. CELLAMARE, A. DI STASI, P. GARGIULO (a cura di), *Migrazioni internazionali. Questioni giuridiche aperte*, Napoli, 2022, pp. 593-616; C. FRATEA, *La proposta di regolamento concernente le situazioni di crisi e di forza maggiore: un limitato progresso rispetto alla direttiva sulla protezione temporanea*, in *I Post di AISDUE*, III, 2021; C. SCISSA, *The (new) Commission's approach on temporary protection and migration crisis*, in *ADiM Blog*, November 2020.; S. VILLANI, *Il fenomeno migratorio oltre l'ordinario: riflessioni sulla proposta della Commissione circa un solido sistema di preparazione e di risposta alle crisi e a situazioni di forza maggiore*, in questa *Rivista*, 2021, p. 388 ss.; M. INELI-CIGER, *What a difference two decades make? The shift from temporary to immediate protection in the new European Pact on Asylum and Migration*, 11 novembre 2020, <https://eumigrationlawblog.eu>.

(in seguito “Proposta gestione”)¹³. La “Proposta crisi” contiene così un’ampia serie di deroghe, per l’attivazione delle quali è centrale la definizione del presupposto, denominato come “situazione di crisi”. Con questa il nuovo testo intende “una situazione eccezionale di afflusso massiccio di cittadini di paesi terzi o di apolidi arrivati in modo irregolare in uno Stato membro o sbarcati nel suo territorio a seguito di operazioni di ricerca e soccorso, la cui entità, in proporzione alla popolazione e al PIL dello Stato membro interessato, rende inefficace il sistema di asilo, accoglienza o rimpatrio dello Stato membro in questione e può avere gravi conseguenze sul funzionamento del sistema europeo comune di asilo o del quadro comune definito dal regolamento” suddetto¹⁴. Rientra nella definizione anche il “rischio imminente che si verifichi una tale situazione”¹⁵.

In presenza di una “situazione di crisi” possono essere attivate tre tipologie di conseguenze: deroghe al meccanismo di solidarietà disciplinato nella “Proposta gestione”, deroghe alle procedure nazionali di asilo e di rimpatrio, concessione dello status di protezione immediata. A valutare la sussistenza del presupposto ed attivare le deroghe è preposta, su richiesta dello Stato membro in situazione di crisi, la Commissione, la quale vede così completarsi quel ruolo di governo del sistema comune di asilo che costituisce la cifra del Patto.

Volendo qui evidenziare solo le differenze più importanti rispetto al sistema attuato nella crisi ucraina, va precisato che, secondo l’art. 10 della “Proposta crisi”, lo status di protezione immediata non è riconosciuto agli sfollati originati da qualunque situazione rientri nella citata definizione dell’art. 2, ma solo da “situazioni eccezionali di conflitto armato”, i quali non siano in condizione di tornare nel loro paese di origine. Si tratta evidentemente di un ambito di applicazione molto più limitato rispetto a quello della protezione temporanea¹⁶. Inoltre, diversamente dalla direttiva 2001/55/CE, i contenuti dello status di protezione immediata non sono definiti in modo autonomo, ma per rinvio allo status di protezione sussidiaria, con il risultato di una tutela più estesa nei contenuti. Anche riguardo alla durata dello status vi sono differenze tra i due regimi: mentre la durata della protezione temporanea è rigidamente fissata in un anno, con possibilità di proroga automatica ogni 6 mesi fino al massimo di un ulteriore anno e, ove i motivi della concessione dello status persistano, un’ulteriore possibilità di proroga annuale su decisione del Consiglio¹⁷, la protezione immediata non sembra avere una durata stabilita¹⁸. Essa corrisponde infatti a uno status transitorio, attribuibile fino a quando non

¹³ Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio *sulla gestione dell’asilo e della migrazione e che modifica la direttiva 2003/109/CE*, del 23 settembre 2020, COM(2020) 610 final.

¹⁴ Art. 1, par. 2 lett. a) della “Proposta crisi”.

¹⁵ *Ibidem*, lett. b).

¹⁶ Tra coloro che sottolineano la restrizione dei presupposti della protezione immediata rispetto al vigente regime di protezione temporanea: R. PALLADINO, *Il nuovo status di protezione immediata*, cit., p. 608; C. FRATEA, *op. cit.*, p. 178; M. INELI-CIGER, *What a difference two decades make?*, cit.

¹⁷ Direttiva 2001/55/CE, art. 4.

¹⁸ Sottolineano la durata limitata della protezione immediata R. PALLADINO, *Il nuovo status di protezione immediata*, cit., p. 609; C. FRATEA, *op. cit.*, p. 180; M. INELI-CIGER, *What a difference two decades make?*, cit.; C. SCISSA, *The (new) Commission’s approach*, cit.

potrà essere conclusa la normale procedura di asilo ovvero rimpatrio. È a quest'ultimo riguardo, a mio parere, che la proposta di regolamento stabilisce limiti temporali, imponendo agli Stati membri di riprendere l'esame delle domande di protezione internazionale, sospese a causa della "situazione di crisi", "al più tardi dopo un anno" (art. 10, par. 3).

Più complesse sono le novità relative alle regole volte a realizzare il principio di solidarietà ed equa ripartizione della responsabilità tra gli Stati membri, che secondo l'art. 80 TFUE costituisce il cardine della politica comune in materia di asilo, di protezione sussidiaria e di protezione temporanea. Secondo lo stesso art. 80, ove necessario la solidarietà può essere oggetto di misure specifiche nel quadro di atti di diritto secondario dell'Unione. È questo il caso sia della direttiva 2001/55/CE che della "Proposta crisi", ancorché con differenze di impostazione sostanziali. Poiché la solidarietà rappresenta il *punctum dolens* del sistema comune di asilo, a causa del quale ogni proposta di riforma ha difficoltà ad affermarsi, si ritiene opportuna una disamina più attenta rispetto agli altri profili¹⁹.

La direttiva vigente colloca nella parte dedicata alla "solidarietà" sia misure comuni sia azioni a carico degli Stati membri. Le prime si esauriscono nell'utilizzabilità di un fondo comune: l'art. 24 indica il Fondo europeo per i rifugiati istituito con decisione 2000/596/CE, che la decisione di esecuzione (UE) 2022/382 intende con riferimento al Fondo Asilo, Migrazione e Integrazione *ex* regolamento (UE) 2021/1147²⁰. Le misure a carico degli Stati membri si caratterizzano per il carattere squisitamente orizzontale perché caratterizzato dall'assenza di un qualsivoglia coordinamento, eccezion fatta per due aspetti²¹. Il primo è la comunicazione da parte degli Stati membri—senza che neppure

¹⁹ In tema di critiche sull'attuazione del principio di solidarietà nel sistema vigente v. *ex multis*, C. FRATEA, *Obblighi di solidarietà ed effettività della tutela dei migranti: quale spazio per un ripensamento del sistema Dublino?*, in AA.VV., *Temi e questioni di diritto dell'Unione europea. Scritti offerti a Claudia Morviducci*, Bari, 2019, p. 703 ss.; C. DI STASIO, *La crisi del «Sistema Europeo Comune di Asilo» (SECA) fra inefficienze del sistema Dublino e vacuità del principio di solidarietà*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2017, pp. 209-268; G. MORGESE, *Solidarietà e ripartizione degli oneri in materia di asilo nell'Unione europea*, in G. CAGGIANO (a cura di), *I percorsi giuridici per l'integrazione. Migranti e titolari di protezione internazionale tra diritto dell'Unione e ordinamento italiano*, Torino, 2014, p. 365 ss. Più in generale sul principio di solidarietà nelle politiche di immigrazione e asilo v. L. MARIN, S. PENASA, G. ROMEO, *Migration Crises and the Principle of Solidarity in Times of Sovereignism: Challenges for EU Law and Polity*, in *European Journal of Migration and Law*, 2020, vol. 22, n. 1, pp. 1-10; G. MORGESE, *La solidarietà tra gli Stati membri dell'Unione europea in materia di immigrazione e asilo*, Bari, 2018; V. MORENO-LAX, *Solidarity's Reach: Meaning, Dimensions, and Implications for EU (External) Asylum Policy*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2017, p. 740 ss. Non potendo fare spazio, nel testo, a un'analisi della solidarietà nel regolamento di Dublino, si consenta il rinvio alle osservazioni già svolte in L. MARIN, E. PISTOIA, *Captured between subsidiarity and solidarity: any European added value for the Pact on Migration and Asylum?*, in questa Rivista, 2021, n. 2, pp. 175-179.

²⁰ Par. 22 del preambolo.

²¹ Per solidarietà orizzontale si intende di regola la solidarietà tra Stati membri (sulla quale v. specificamente F. MARTINES, *Solidarity in the EU. Beyond EU Treaty Provisions on Solidarity*, in L. PASQUALI (edited by), *Solidarity in International Law. Challenges, Opportunities and The Role of Regional Organizations*, Londra-Torino, 2022, pp. 165-190, in particolare pp. 168-169). Rispetto alle due decisioni adottate in occasione della "crisi dei rifugiati" del 2015 (sulle quali v. *infra*, par. 5) e alle misure contenute nelle due proposte di riforma presentate dalla Commissione rispettivamente nel 2016 e nel 2020, la solidarietà orizzontale si caratterizza per il basso grado di istituzionalizzazione.

si determini se di *tutti* o solo di quelli investiti dall’“afflusso massiccio di sfollati”– riguardo alla loro capacità di accoglienza “in termini numerici o generali” (art. 25, par. 1 della direttiva 2001/55/UE), da inserirsi nella decisione del Consiglio che attiva il meccanismo della protezione temporanea. Eventuali capacità di accoglienza aggiuntive possono essere comunicate in momenti successivi, senza peraltro che la direttiva precisi la necessità per il Consiglio di modificare la decisione suddetta (la quale potrebbe forse ricavarsi in via implicita, per interpretazione sistematica). L’altra modalità di coordinamento si rinviene nel potere del Consiglio di esaminare d’urgenza la situazione allorché risulti superata la capacità di accoglienza dichiarata dagli Stati–senza, di nuovo, che sia precisato se di quelli interessati dal flusso massiccio e maggiormente (o esclusivamente) impegnati nella gestione degli sfollati, ovvero se non solo di questi o addirittura di tutti (art. 25, par. 3). I provvedimenti che il Consiglio potrebbe adottare in una situazione simile sono lasciati indeterminati ma comprendono senz’altro la “raccomandazione di un ulteriore sostegno allo Stato membro interessato”. Del resto, anche la natura di tale “sostegno” non è precisata, potendo perciò spaziare da misure comuni (ad esempio, l’individuazione di strutture operative anche istituite *ad hoc* o di ulteriori misure di carattere finanziario) a trasferimenti degli sfollati in altri Stati. Certamente la formulazione letterale della disposizione, che contiene il termine “raccomandazione”, è incompatibile con l’adozione da parte del Consiglio di misure vincolanti. In ogni caso la raccomandazione agli Stati membri di sostenere lo Stato direttamente interessato dal flusso massiccio con la ripartizione delle persone da proteggere ha come necessario presupposto il superamento delle capacità di accoglienza previamente indicate²².

Essendo quelli descritti gli unici aspetti con cui la direttiva 2001/55/CE assicura un coordinamento tra gli Stati membri, si può concludere che in essa il principio di solidarietà riguarda in modo limitato la dimensione orizzontale e che in quest’ultima esso è molto debole rispetto all’obiettivo di riequilibrare le disuguaglianze derivanti principalmente dalla diversa posizione geografica degli Stati e si realizza in modo spiccatamente destrutturato. Nonostante l’art. 1 dichiari l’obiettivo di “promuovere l’equilibrio degli sforzi tra gli Stati membri che ricevono gli sfollati e subiscono le conseguenze dell’accoglienza degli stessi”, il modello che emerge dagli articoli 25 e 26 della direttiva 2001/55/CE ruota intorno all’idea che lo Stato o gli Stati investiti dal flusso massiccio di sfollati debbano porsi nelle condizioni di gestirlo per proprio conto, con un supporto UE essenzialmente di natura finanziaria. Siccome la protezione temporanea ha lo scopo di assicurare “una tutela immediata e transitoria” alle persone che fuggono, un sistema così destrutturato confida soprattutto nel massimo impegno di tali Stati²³.

²² È chiaro in questo senso l’art. 24, par. 3 della direttiva.

²³ Sostanzialmente consonante il commento di S. VILLANI, *Il fenomeno migratorio oltre l’ordinario*, cit., p. 395, secondo la quale “il funzionamento complessivo è strettamente legato alla (...) buona fede [degli Stati membri] e al rispetto del principio di leale cooperazione, più che al principio di solidarietà in ambito migratorio”.

A favore di tale deduzione depone anche la disciplina del trasferimento della residenza delle persone che godono della protezione temporanea da uno Stato all'altro, con il loro consenso, che la direttiva imputa alla solidarietà (art. 26). Anzitutto la direttiva impone che le persone oggetto del trasferimento già godano della protezione temporanea nello Stato richiedente. Quanto alle regole procedurali, esse disegnano una dinamica strettamente orizzontale, in cui cioè gli Stati coinvolti—quello che ha attribuito la protezione temporanea alle persone interessate dal trasferimento e quello che le riceverebbe sostituendosi al primo—dialogano tra loro senza la mediazione “diplomatica” e/o operativa della Commissione. Quest'ultima va semplicemente tenuta informata, peraltro al pari dell'UNHCR (art. 26, par. 2). Inoltre, il trasferimento è previsto senza alcuna indicazione di presupposti e obiettivi, tanto che il suo inquadramento quale misura specificamente finalizzata alla ripartizione degli oneri dell'accoglienza tra gli Stati membri risulta privo di solidità. Non che non possa essere utilizzato al riguardo: ad esempio, nulla impedisce che tra i “provvedimenti appropriati” che il Consiglio potrebbe prendere in caso di saturazione dei sistemi di accoglienza di uno o più Stati membri ai sensi dell'art. 25, par. 3, figuri la raccomandazione a fare uso del trasferimento, in caso con indicazioni più precise di quelle contenute nell'art. 26 della direttiva. Inoltre, dal momento che i trasferimenti sono chiesti dagli Stati che abbiano attribuito la protezione temporanea (art. 26, par. 2), è possibile che all'origine vi sia proprio la necessità, o meramente la volontà, di condividere gli oneri dell'accoglienza. Nulla è però espressamente stabilito in proposito, con la conseguenza che la richiesta di trasferimento può avere qualunque motivazione, né gli Stati richiesti hanno altri obblighi che comunicare allo Stato richiedente le loro capacità di accoglienza (art. 26, par. 2).

Rispetto alla destrutturazione descritta, la “Proposta crisi” rappresenta una rivoluzione copernicana²⁴. Essa utilizza, con i necessari adattamenti, la procedura centralizzata per l'attribuzione dei “contributi di solidarietà” prevista nella “Proposta gestione”, la quale prende l'avvio su richiesta dello Stato interessato. Questa procedura consente di realizzare ricollocamenti in altri Stati membri e rimpatri negli Stati terzi di origine con il sostegno di Stati diversi da quelli “di frontiera”. Le quote spettanti ai singoli Stati sono definite dalla Commissione prima nella relazione preparata ai sensi dell'art. 51, par. 3 della “Proposta gestione” e infine, con effetti vincolanti, negli atti di esecuzione della Commissione disciplinati nell'art. 53. Sebbene entro certi limiti quantitativi, qualora dalle misure proposte dagli Stati risulti un deficit superiore al 30 % del numero totale delle misure di solidarietà individuate nella relazione sulla situazione di crisi redatta dallo Stato richiedente, la Commissione può imporre agli Stati contributi di solidarietà per i quali essi non si siano dichiarati disponibili²⁵. Nelle situazioni di crisi, tali contributi non

²⁴ V.E. CRESPO NAVARRO, *The reform of the Common European Asylum System: the new Pact on immigration and asylum*, in L. PASQUALI (edited by), *op. cit.*, pp. 208 ss.

²⁵ V. art. 53, par. 2 della “Proposta gestione”.

possono consistere nelle “misure di sviluppo delle capacità” ai sensi dell’art. 45, par. 1 lett. d) della “Proposta gestione”²⁶.

La Commissione effettua le proprie valutazioni con le modalità sancite in termini generali per le situazioni di pressione migratoria (articoli 50-56 della “Proposta gestione”), ancorché con la drastica riduzione della tempistica nei termini indicati dall’art. 2 della “Proposta crisi”. Diversamente che nelle situazioni di ordinaria pressione migratoria, la chiave di distribuzione dei contributi di solidarietà tra gli Stati membri, sancita nell’art. 54 della “Proposta gestione”, si applica anche alla ricollocazione dei richiedenti protezione internazionale da sottoporre alla procedura di frontiera e agli irregolari²⁷. Inoltre, le ricollocazioni cui procedere nel quadro di una situazione di crisi interessano anche, per l’appunto, queste due categorie di persone²⁸. Considerato che gli altri possibili contributi di solidarietà, applicabili in situazioni di crisi come nell’ordinario, consistono nella ricollocazione di richiedenti asilo non sottoposti alla procedura di frontiera, nei rimpatri sponsorizzati di irregolari e nella ricollocazione dei beneficiari di protezione internazionale da meno di 3 anni²⁹, si può forse dedurre che a tali ricollocazioni sia possibile procedere fin dal momento in cui queste persone detengano lo status di protezione immediata, che ha natura transitoria poiché sottende che quando possibile ai beneficiari gli Stati applichino le procedure di asilo ovvero rimpatrio.

3. L’attivazione della protezione temporanea nel caso ucraino al confronto con la proposta relativa alla protezione immediata

Si è accennato nell’Introduzione come, in seguito all’inizio dell’attacco russo, la decisione dell’Unione di attivare il meccanismo della direttiva 2001/55/CE sia stata subitanea. Poiché la procedura di avvio era stata valutata come uno dei talloni di Achille del meccanismo, è questo uno dei profili riguardo ai quali la vicenda ucraina ha polverizzato—come si diceva—le valutazioni pregresse. Nello specifico, lo Studio preparato per la Commissione sulla direttiva definisce la procedura di avvio come “unclear, lengthy and cumbersome”³⁰; in piena coerenza, la relazione della Commissione sulla “Proposta crisi” individua tra le principali innovazioni l’introduzione di una “procedura semplificata e tempistiche più brevi”³¹.

In effetti, a prima vista la procedura delineata nella “Proposta crisi” è visibilmente più snella dell’attuale, poiché affida solo a una decisione di esecuzione della Commissione la determinazione di tutti gli elementi essenziali affinché il meccanismo di

²⁶ Si tratta di una delle deroghe alla procedura “normale” di gestione sancite nella “Proposta crisi”: v. art. 2, par. 1 di quest’ultima.

²⁷ V. art. 2, par. 6 della “Proposta crisi”.

²⁸ V. art. 2, par. 5 della “Proposta crisi”.

²⁹ V. art. 45, par. 1 della “Proposta crisi”.

³⁰ *Study on the Temporary Protection Directive*, cit., p. 19.

³¹ Proposta di regolamento *concernente le situazioni di crisi e di forza maggiore nel settore della migrazione e dell’asilo*, cit. p. 3.

protezione sia attivato (art. 10, par. 4 e art. 11). Questi sono: l'esistenza della situazione di crisi quale definita nell'art. 1, par. 2 dell'articolato, la determinazione della necessità di sospendere l'esame delle domande di protezione internazionale ai sensi dell'art. 10, l'esatta individuazione del Paese di origine del flusso massiccio ovvero di una parte di esso, l'indicazione del *dies a quo* degli effetti ricollegati alla situazione di crisi e del periodo in cui il principale tra questi, cioè a dire la sospensione delle domande di protezione internazionale con la conseguente concessione della protezione immediata (art. 10, par. 4 della "Proposta crisi"). Anche gli altri effetti solo eventualmente collegati alla determinazione di una "situazione di crisi", ovvero l'applicazione delle deroghe procedurali, si attivano con atto di esecuzione della Commissione (art. 11, paragrafi 1 e 2 della "Proposta crisi").

Invece, nel quadro della direttiva 2001/55/CE l'accertamento, nel caso concreto, dei presupposti richiesti per l'applicazione della protezione temporanea è rimesso al Consiglio, che decide a maggioranza qualificata su proposta della Commissione³². La semplificazione deriva dal fatto di eliminare un livello di valutazione, che peraltro è il livello dell'antagonismo perché vi si confrontano, per spesso scontrarsi, gli interessi dei governi³³.

Senonché, secondo la "Proposta crisi" la Commissione è soggetta al controllo degli Stati, attraverso il comitato *ex art.* 3 del regolamento 182/2011³⁴, il quale opera a maggioranza qualificata. In particolare, di regola all'adozione della decisione di attivazione della protezione si applica l'art. 5 del regolamento 182/2011 ("procedura d'esame"), che richiede il parere positivo del comitato. Ove tale parere sia negativo, la Commissione non adotta l'atto di esecuzione, che può essere ripresentato entro 1 mese ovvero presentato in versione modificata entro 2 mesi dal presidente del Comitato. Ove il parere sia assente, alla Commissione è preclusa l'adozione dell'atto solo se – per quanto qui rileva – la maggioranza semplice del comitato sia contraria. In tal caso, il presidente del comitato può sottoporre allo stesso una versione modificata (così l'art. 5, par. 4 ult. comma del regolamento 182/2011).

Ne risulta che, a ben vedere, la valutazione dei governi degli Stati membri non è eliminata, ancorché sia stata rimossa dal quadro istituzionale del Consiglio. Piuttosto, i passaggi politici nei due livelli comunitario e intergovernativo sono invertiti nell'ordine temporale, il che sembra poter costituire un vantaggio soprattutto in presenza di una Commissione determinata a risolvere il problema contingente nonché a coltivare un proprio spazio politico indipendente dai governi degli Stati membri. Inoltre, come emerge

³² Valuta positivamente questa novità M. INELI-CIGER, *What a difference two decades make?*, cit.

³³ Sul carattere politico e discrezionale della decisione del Consiglio v. M. GESTRI, *La protezione internazionale*, cit., p. 101. R. PALLADINO, *Il nuovo status di protezione immediata*, cit., p. 610, che commenta sullo spostamento del baricentro decisionale "dalla dimensione intergovernativa (il Consiglio) a quella 'comunitaria' (la Commissione)". Si esprime nel senso che la nuova procedura non richiede l'accordo degli Stati C. FRATEA, *op. cit.*, p. 181.

³⁴ Regolamento (UE) 182/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio *che stabilisce le regole e i principi generali relativi alle modalità di controllo da parte degli Stati membri dell'esercizio delle competenze di esecuzione attribuite alla Commissione*, del 16 febbraio 2011, L55 del 22 febbraio 2011, pp. 13-18.

dalla regola applicabile in caso di assenza del parere del Comitato, se la maggioranza semplice degli Stati sia favorevole o comunque non contraria, una Commissione con quelle caratteristiche può riuscire ad attivare il meccanismo: in sostanza, la procedura d'esame comporta un abbassamento della soglia quantitativa del consenso degli Stati membri, dalla maggioranza qualificata alla maggioranza semplice, e un ammorbidimento della sua consistenza, giacché la mancanza di contrarietà consente in effetti di scivolare verso l'attivazione del meccanismo.

Per “motivi imperativi di urgenza debitamente giustificati” (collegati alla situazione di crisi) si applica l'art. 8 del regolamento 182/2011. Diversamente che nelle situazioni “normali”, la Commissione adotta un atto immediatamente applicabile senza il parere del comitato, ancorché con obbligo di richiesta *ex post* del medesimo. Se il parere sia negativo, la Commissione ha obbligo di abrogare l'atto di esecuzione adottato. Anche in questo scenario, e anzi in modo più pronunciato, sembrano potersi applicare le considerazioni già svolte.

Va riconosciuto tuttavia che la prospettiva di una Commissione incline ad approvare un atto divisivo non è in linea con il *modus vivendi* affermatosi nell'Unione. In termini generali, basti un cenno al precedente del compromesso di Ioannina degli anni Novanta, con cui i governi degli Stati membri hanno procurato di ammorbidire la nuova regola della maggioranza qualificata alzandone di fatto, in modo informale³⁵, la soglia. L'esempio più immediato e puntuale di tale *modus operandi* è fornito proprio dall'attivazione della protezione temporanea, che qui si discute: pur di raccogliere l'unanimità dei consensi, non necessaria all'approvazione, a causa del dissenso dei Paesi del gruppo di Visegrád e dell'Austria si è rinunciato al più ampio ambito di applicazione *ratione personarum* proposto dalla Commissione³⁶.

La situazione degli sfollati dall'Ucraina non ha incontrato le vischiosità politiche che spesso si generano per la generale volontà di evitare atti divisivi anche nella possibilità di un voto nel Consiglio a maggioranza qualificata. Non è raro che tale vischiosità si concretizzi già nella fase della proposta della Commissione. Del resto, nei pochi casi precedenti in cui qualche governo aveva chiesto l'attivazione della direttiva 2001/55/CE, era stata la Commissione a fermare il processo, ancorché in un caso a valle di una discussione infruttuosa in Consiglio³⁷. La peculiarità della situazione ucraina è consistita evidentemente nel suo incanalarsi in una valutazione politica omogenea degli Stati

³⁵ Cfr. decisione 94/C105/01 del Consiglio, del 29 marzo 1994, relativa all'adozione da parte del Consiglio di decisioni a maggioranza qualificata. La decisione è stata modificata con la successiva decisione 95/C1/01 del Consiglio, del 1° gennaio 1995 e, con la Dichiarazione n. 50 relativa al protocollo sulle istituzioni nella prospettiva dell'allargamento dell'Unione europea, allegata al Trattato di Amsterdam, è stata prorogata fino all'entrata in vigore del primo allargamento. Riguardo alle sorti di quel compromesso politico nel Trattato di Lisbona, v. P. PONZANO, *Il voto nel Consiglio: il compromesso di Ioannina alla luce del Trattato di Lisbona*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2009, pp. 77-86.

³⁶ Sul punto cfr. A. DI PASCALE, *op. cit.*, p. 6. Nel caso specifico, la scelta di inseguire un consenso più ampio potrebbe essere dovuta non a una metodologia di carattere generale, ma al fatto che gli Stati favorevoli a un approccio restrittivo fossero quelli geograficamente in prima linea nell'accoglienza degli sfollati.

³⁷ Cfr. nota n. 7.

membri, di cui la Commissione ha saputo giovare. Come si è accennato, i pochi punti di contrasto, relativi non all'*an* della protezione ma al *quomodo*, sono stati facilmente smussati per arrivare a una decisione unanime. È difficile, per una situazione del genere, prospettare un esito migliore nel quadro della disciplina che potrebbe sostituire quella vigente. La consonanza dei governi degli Stati UE riguardo all'accoglienza degli sfollati ucraini non avrebbe infatti richiesto alla Commissione di utilizzare gli strumenti di pressione offerti dalle procedure del regolamento 182/2011. Invece, la facilità con cui si è potuta utilizzare la direttiva 2001/55/CE dimostra inequivocabilmente altro: che le difficoltà della disciplina vigente derivano da quei presupposti della protezione temporanea che non risultano condivisi, perlomeno non da tutti gli Stati membri. La prassi in esame risulta allora utile per definire i presupposti indiscussi di tale eccezionale modalità di protezione: sul punto ci si soffermerà nel prosieguo.

4. L'ambito soggettivo di applicazione della protezione

Come richiesto dall'art. 5, par. 2, lett. a) della direttiva 2001/55/CE, la decisione di esecuzione relativa agli sfollati dall'Ucraina individua "i gruppi specifici di persone cui si applicherà la protezione temporanea" (art. 2). In particolare, ad alcuni gruppi la protezione temporanea è dovuta (par. 1); ad altri lo è pure, potendo però gli Stati membri in alternativa assicurare "una protezione adeguata ai sensi del loro diritto nazionale" (par. 2); per un terzo gruppo di persone la protezione ai sensi della decisione di esecuzione è oggetto di una facoltà (par. 3). Del primo gruppo fanno parte i cittadini ucraini residenti in Ucraina prima del 24 febbraio 2022; gli apolidi e i cittadini di paesi terzi rispetto all'Ucraina che beneficiavano di protezione internazionale o di protezione nazionale equivalente nel Paese prima del 24 febbraio 2022; i familiari di queste due categorie di persone, qualunque sia la loro cittadinanza. Del secondo gruppo fanno parte gli apolidi e i cittadini di paesi terzi diversi dall'Ucraina dotati di permesso di soggiorno permanente valido, rilasciato conformemente al diritto ucraino prima del 24 febbraio 2022, i quali non possano ritornare in condizioni sicure e stabili nel proprio paese o regione di origine. Infine, la facoltà di attribuire la protezione temporanea ai sensi del par. 3 riguarda altre persone, compresi gli apolidi e i cittadini di paesi terzi diversi dall'Ucraina, che soggiornavano legalmente nel Paese e che non possano ritornare in condizioni sicure e stabili nel proprio paese o regione di origine.

Le limitazioni descritte hanno l'effetto di escludere dalla protezione temporanea alcune categorie di persone che, al pari di quelle che ne beneficiano, versano o potrebbero versare nella condizione di "sfollati" dall'Ucraina³⁸.

L'esclusione più evidente riguarda coloro che avevano lasciato il Paese prima dell'inizio dell'invasione russa. Visti gli allarmi lanciati nelle settimane precedenti, è

³⁸ Per la restrittiva visione secondo cui nella nozione di "sfollati" potrebbero rientrare solo i cittadini ucraini v. G. MORGESE, *L'attivazione della protezione temporanea per gli sfollati provenienti dall'Ucraina: Old but Gold?*, in *BlogDUE*, 9 marzo 2022, p. 3.

verosimile che alcuni si siano premurati di cercare riparo all'estero fin da allora, così come è certo che molte migliaia di cittadini ucraini si trovassero per motivi di studio o lavoro in altri Stati, incluso in Stati membri dell'Unione già prima del 24 febbraio 2022, con permessi di soggiorno aventi una certa durata alla decorrenza della quale essi si troveranno nell'impossibilità di ritornare "in condizioni sicure e stabili". Come chiarito nel preambolo (par. 14), lo sbarramento temporale si applica anche a coloro che prima del 24 febbraio si erano allontanati dal Paese "per esempio in vacanza o per motivi di lavoro" nonché "for (...) family or medical visits or other reasons"³⁹, cioè a dire per un periodo breve e in modo del tutto occasionale, senza reti di protezione di sorta. Peraltro, anche alla luce dei paragrafi 11 e 12 del preambolo, il significato letterale dell'art. 2 della decisione di esecuzione è tale per cui lo sbarramento temporale in discussione sembra applicarsi solo alle categorie di persone menzionate nel par. 1. Esso non è infatti ripetuto nei due successivi paragrafi, rispettivamente relativi alla categoria per cui la protezione temporanea è accordata in alternativa ad altre forme di protezione adeguate secondo il diritto nazionale e alla categoria per cui la protezione temporanea è oggetto di una mera facoltà. Tuttavia, nell'economia della decisione di esecuzione, l'interpretazione per cui tali ultime categorie non sarebbero soggette allo sbarramento temporale del 24 febbraio sembra irragionevole, tanto da porsi in contrasto con il principio generale di parità di trattamento codificato nell'art. 20 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione. D'altro canto, la previsione di uno sbarramento temporale desta serie perplessità: se la ragion d'essere della protezione temporanea è provvedere a una "tutela immediata e transitoria" delle persone "che non possono ritornare nel loro Paese di origine" (così il preambolo della direttiva 2001/55/CE, par. 2), essa rappresenta un'esigenza anche per coloro che, rientrando *ratione personarum* nell'ambito della decisione di esecuzione, abbiano lasciato l'Ucraina prima del 24 febbraio 2022 senza la possibilità di tornarvi, specie se cittadini o beneficiari di protezione internazionale perché in principio oggettivamente privi di titoli di soggiorno in altri paesi. Si potrebbe obiettare che l'indicazione di una "data di decorrenza della protezione temporanea" è prescritta dalla stessa direttiva 2001/55/CE, per cui è tale direttiva e non la sua decisione di esecuzione a prestare il fianco a critiche sotto il profilo discusso. La locuzione citata si piega tuttavia anche a un'interpretazione diversa da quella prevalsa nella decisione di esecuzione e soddisfacente alla luce della perplessità evidenziata: lo spartiacque temporale richiesto dalla direttiva potrebbe infatti meglio riferirsi all'attivazione delle procedure statali, piuttosto che ai presupposti della protezione.

La previsione di un *dies a quo* a limitazione dei presupposti personali dello status finisce con il circoscrivere la nozione di "sfollati" ai sensi dell'art. 78, par. 2 lett. c) TFUE, in corrispondenza di una visione restrittiva della protezione prevista da questa base giuridica. Tale limitata visione risponde all'obiettivo primario della salvaguardia delle procedure e delle strutture degli Stati membri deputate all'asilo. In effetti la misura di uno

³⁹ Così l'informativa fornita via web a favore dei fuggitivi dall'Ucraina https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/stronger-europe-world/eu-solidarity-ukraine/eu-assistance-ukraine/information-people-fleeing-war-ukraine_en#preparing-to-leave.

status a specifica protezione degli interessati che soddisfino determinati requisiti oggettivi, con durata limitata e comunque indipendente dalla crisi all'origine dell'afflusso massiccio, costituisce un punto di equilibrio tra l'esigenza di non causare disastri umanitari incompatibili con i valori e gli obiettivi dell'Unione e, per l'appunto, la salvaguardia delle procedure e delle strutture suddette. Il proposto nuovo status di protezione immediata risponde agli stessi obiettivi, come si evince già dalla definizione di "situazione di crisi" che ne individua l'ambito di applicazione (art. 2 a) della "Proposta crisi"). Tuttavia, rispetto al modo in cui la decisione di esecuzione (UE) 2022/382 intende "la data di decorrenza della protezione temporanea" richiesta dalla direttiva 2001/55/CE, la "Proposta crisi" introduce un elemento di chiarezza che alla luce della crisi ucraina acquista visibilità e importanza (art. 10, par. 3 lett. d)). Infatti, secondo questa disposizione la decisione di esecuzione della Commissione deve stabilire "la data a decorrere dalla quale *il presente articolo* [relativo all'attivazione della protezione immediata, appunto] è applicato e indica *il periodo durante il quale* le domande di protezione internazionale degli sfollati (...) possono essere sospese *ed è concessa la protezione immediata*" (corsivi aggiunti). Sembra cioè che il nuovo testo non lasci spazio a limitazioni temporali dei presupposti *ratione personarum* della protezione.

Lo spartiacque costituito dal 24 febbraio quale *dies a quo* della fuga dall'Ucraina è un limite avvertito nella stessa decisione di esecuzione (UE) 2022/382. Nel preambolo (par. 14), essa contiene infatti un incoraggiamento agli Stati membri a estendere la protezione a coloro che prima di tale data non si trovavano nel Paese.

Vi sono poi categorie escluse dall'applicazione della decisione di esecuzione (UE) 2022/382 per carenza di presupposti personali. Si tratta dei cittadini ucraini non residenti nel Paese prima del 24 febbraio (ancorché magari presenti nel territorio in quella data), dei richiedenti asilo in Ucraina, degli irregolari. Come detto, per i residenti regolari in via non permanente, l'attribuzione della protezione non è esclusa, ma solo facoltativa. Queste limitazioni sono in parte giustificate: è ragionevole supporre che i cittadini ucraini residenti altrove vi trovino protezione, così come è ragionevole che gli stranieri dotati di permessi di soggiorno non permanenti in Ucraina non abbiano eccessive difficoltà a rientrare nei propri paesi di cittadinanza. Questo giudizio di ragionevolezza è però parziale, in quanto di certo non applicabile a richiedenti asilo e irregolari. Vi è inoltre il rischio oggettivo cui sono esposti i cittadini ucraini non residenti nel Paese ma dotati, in altri Stati, di permessi di soggiorno non permanenti, alla scadenza di tali permessi.

In principio ai fini dell'immediata sicurezza di tutte queste categorie escluse dalla protezione temporanea dovrebbe sopperire il divieto di *refoulement*, nella ristretta accezione di divieto di respingere al confine le persone la cui incolumità sia in pericolo ove restassero nello Stato da cui cercano di uscire, a prescindere dall'attribuzione a loro di un diritto di soggiorno⁴⁰. La protezione temporanea è infatti uno status, con una certa

⁴⁰ Invece, il principio del *non refoulement* è spesso identificato in via biunivoca con il riconoscimento di uno status che dia titolo di soggiorno: cfr. ad es., in relazione alla protezione temporanea, M. STARITA, *Il principio del non-refoulement tra controllo dell'accesso al territorio dell'Unione europea e protezione dei*

durata, cui sono collegati certi diritti fruibili in ragione del soggiorno all'interno di uno Stato, mentre il respingimento può essere interdetto anche a beneficio di chi non soddisfi i requisiti di accesso a tale status. Bisogna però riconoscere che l'esistenza di un generale divieto di *refoulement* per gli sfollati da un conflitto armato, o da altre catastrofi di varia origine, non è ricostruito in modo univoco in diritto internazionale, cosicché alcuni Stati potrebbero intenderlo in modo restrittivo e rifiutare di applicarlo a coloro che non hanno diritto alla protezione temporanea⁴¹. Al respingimento alla frontiera esterna, senza riguardo all'ambito di applicazione della protezione temporanea, potrebbe essere di ostacolo anche il divieto di espulsioni collettive cui, con riferimento alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, la dottrina riconosce carattere essenzialmente procedurale⁴². Riguardo agli apolidi o ai cittadini di Stati terzi soggiornanti legalmente in Ucraina con titolo non permanente, per cui la protezione temporanea è oggetto di una facoltà (art. 2, par. 3 della decisione di esecuzione (UE) 2022/382), gli Stati membri sono vincolati al divieto di espulsioni collettive anche per effetto dell'art. 19, par. 1 della Carta sui diritti fondamentali dell'Unione. L'esercizio di una facoltà prevista in un atto

diritti umani, in *Diritto pubblico*, 2020, p. 148. Senza poter qui approfondire in modo adeguato, si può sottolineare come la distinzione tra diritto di soggiorno collegato a uno status (in particolare, allo status di rifugiato) e diritto al *non refoulement* sembra emergere dall'art. 33 della Convenzione di Ginevra del 1951.

⁴¹ Un obbligo di *non refoulement* deriva certamente dalla Convenzione di Ginevra sullo status dei rifugiati del 1951 per coloro che rientrano nel suo ambito di applicazione, cioè i rifugiati e i richiedenti asilo (e, di conseguenza, dalla Direttiva 2011/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, recante norme sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta (rifusione), in GUUE L337 del 20 dicembre 2012, pp. 9-26): sul punto, *ex multis*, A. MARCHESI, *La protezione internazionale dei diritti umani*, Torino, 2021, p. 131; A. LATINO, *The Principle of Non-refoulement between International Law and European Union Law*, in P. ACCONCI, D. DONAT CATTIN, A. MARCHESI, G. PALMISANO, V. SANTORI (eds.), *International Law and the Protection of Humanity. Essays in Honor of Flavia Lattanzi*, Leiden-Boston, 2017, p. 131 ss., che conclude per l'opportunità, nel mondo moderno, di stabilire per il divieto di *refoulement* un ambito di applicazione più ampio rispetto a quello della Convenzione di Ginevra; P. BENVENUTI, *La Convenzione di Ginevra sullo status dei rifugiati*, in L. PINESCHI (a cura di), *la tutela internazionale dei diritti umani. Norme, garanzie, prassi*, Milano, 2006, p. 168; J. ALLAIN, *The jus cogens nature of non-refoulement*, in *International Journal of Refugee Law*, 2001, p. 533 ss. L'obbligo di *non refoulement* si collega anche al divieto di tortura e di trattamenti inumani o degradanti, espresso sia in strumenti regionali sia in strumenti universali, nell'interpretazione affermatasi in giurisprudenza: A. MARCHESI, *La protezione internazionale*, cit., p. 41. Sulla configurabilità di una garanzia di *non-refoulement* per gli sfollati, cioè di persone la cui incolumità sia in pericolo senza che ciò sia dovuto direttamente al governo dello Stato di origine v. specificamente M. DI FILIPPO, *L'allontanamento dell'individuo straniero*, in A.M. CALAMIA, M. GESTRI, M. DI FILIPPO, S. MARINAI, F. CASOLARI, *op. cit.*, pp. 259-260. L'applicazione del principio di *non refoulement* agli sfollati all'interno del proprio Stato di origine è sancita nei *Guiding Principles on Internal Displacement*, elaborati dal rappresentante speciale del Segretario generale per gli sfollati nominato dalla Commissione dei diritti umani dell'ONU (principio 15): su questo principio e sul fondamento della sua ricostruzione v. F. ZORZI GIUSTINIANI, *La tutela internazionale degli sfollati: protezione e assistenza*, in P. BENVENUTI (a cura di), *Flussi migratori e fruizione dei diritti fondamentali*, Ripa di Fagnano Alto (AQ), 2008, p. 390.

⁴² Per tutti v. A. GIANELLI, *Il divieto di espulsioni collettive di stranieri. Origini storiche e portata attuale della norma*, in I. CARACCILO, G. CELLAMARE, A. DI STASI, P. GARGIULO (a cura di), *op. cit.*, p. 731; A. SACCUCCI, *Il divieto di espulsioni collettive di stranieri in situazioni di emergenza migratoria*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2018, p. 34.

normativo UE, costituendo attuazione del diritto UE qualunque tra le scelte in essa comprese si prenda, vale infatti a collocare gli Stati membri nell'ambito di applicazione della Carta ai sensi del suo art. 51, par. 1. Ne deriva che, nella logica della competenza concorrente, la mancata attribuzione dello status di protezione temporanea non comporta una lacuna nella protezione, ma semplicemente l'assenza di una normativa dell'Unione che la fornisca, potendo gli Stati ben provvedere al riguardo (anzi, risultando a ciò obbligati dal diritto internazionale ovvero dalla Carta). La decisione di esecuzione relativa agli sfollati dall'Ucraina è addirittura progressista sotto questo profilo. Infatti, se da un lato la direttiva 2001/44/CE espressamente consente l'individuazione di gruppi cui applicare la protezione temporanea (art. 5, par. 2 lett. a)), dando contemporaneamente facoltà agli Stati membri di estendere unilateralmente tale protezione a categorie di persone ulteriori (art. 7), è proprio ai sensi dell'art. 7 che la decisione di esecuzione sancisce la menzionata facoltà di attribuire la protezione temporanea ai residenti in Ucraina a titolo non permanente, con l'effetto di indicare agli Stati un'opzione possibile.

L'esperienza delle direttive contenenti norme minime di armonizzazione delle normative nazionali dimostra come spesso queste ultime si fermano ai livelli minimi imposti dalle direttive suddette. Esiste cioè il rischio che gli Stati membri utilizzino la normativa comune della decisione di esecuzione per escludere le categorie non previste. Il rischio è tanto più elevato per gli sfollati confluiti a milioni alle frontiere esterne dell'Unione, per i quali rientrare nell'ambito della protezione temporanea si traduce in una garanzia di ingresso nel territorio degli Stati membri dell'Unione. Quanto avvenuto per mesi al confine con la Bielorussia dimostra la scarsa inclinazione di alcuni Paesi – gli stessi in prima linea nella crisi ucraina – al rispetto dell'obbligo di *non-refoulement*. Purtroppo, alla prova dei fatti le persone rientranti nelle categorie escluse dalla protezione temporanea, in particolare non dotate di nazionalità ucraina, sono spesso risultate respinte alle frontiere esterne, per l'appunto in spregio al divieto di *refoulement*⁴³.

Nella situazione contingente, la Commissione ha pragmaticamente optato per risolvere i problemi suddetti con il più semplice strumento dell'eliminazione dei controlli alla frontiera esterna, previsto nel “Codice Frontiere Schengen” per motivi umanitari⁴⁴.

Quanto alla prospettiva di applicare lo status *ex art. 78*, par. 2 lett. c) TFUE a categorie di persone ben individuate anche nel quadro del Nuovo Patto per l'asilo e la migrazione, diversamente dalla direttiva 2001/11/CE la “Proposta crisi” non prevede la relativa possibilità. Sembra dunque possibile concludere che, nella decisione di esecuzione con cui la Commissione darebbe l'avvio alla possibilità di concedere lo status di protezione immediata, disposizioni come quelle esaminate non potrebbero trovare spazio.

⁴³ V. J. KOO, *Protecting Ukrainians*, cit.

⁴⁴ Regolamento (UE) 2016/399 del Parlamento europeo e del Consiglio *che istituisce un codice unionale relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone (codice frontiere Schengen)*, del 9 marzo 2016, in L 77 del 23 marzo 2016, pp. 1-52. Sulla citata presa di posizione della Commissione cfr *Communication from the Commission. Providing operational guidelines for external border management to facilitate border crossings at the EU-Ukraine borders*, del 2 marzo 2022, C (2022) 1404 final. V. D. THYM, *op. cit.* p. 4 ss.

L'ultima osservazione riguarda il più limitato ambito di applicazione dello status di protezione immediata rispetto a quello di protezione temporanea, che emerge già dal testo proposto ma su cui la crisi ucraina accende potentemente i riflettori. Infatti, ai sensi dell'art. 1 della "Proposta crisi" la nuova disciplina si applicherebbe in "una situazione eccezionale di afflusso massiccio di cittadini di paesi terzi o di apolidi arrivati in modo irregolare in uno Stato membro o sbarcati nel suo territorio a seguito di operazioni di ricerca e soccorso, la cui entità, in proporzione alla popolazione e al PIL dello Stato membro interessato, rende inefficace il sistema di asilo, accoglienza o rimpatrio dello Stato membro in questione e può avere gravi conseguenze sul funzionamento del sistema comune di asilo". La specificazione sulle modalità irregolari dell'arrivo è mantenuta nel *Draft Report* relativo alla proposta, presentato alla Commissione LIBE del Parlamento europeo dal Relatore Aguilar⁴⁵. Ebbene, in forza di questa definizione emerge con chiarezza come i cittadini ucraini sfollati ai sensi della decisione di esecuzione (UE) 2022/382 non potrebbero fruire della protezione immediata per il semplice fatto che, beneficiando dell'esenzione dal visto di ingresso negli Stati UE, non arrivano "in modo irregolare". Non si tratta di un dettaglio trascurabile poiché al momento gli Stati i cui cittadini non abbisognano di visto di ingresso nell'UE sono 63⁴⁶. È dunque addirittura probabile che, nel quadro di una situazione *ex art. 2* della "Proposta crisi", gli sfollati arrivino in uno Stato membro in modo regolare. Correggere questo decisivo dettaglio appare dunque necessario per garantire che, senza ragionevolezza di sorta, la nuova disciplina non lasci senza protezione persone che al momento possono certamente beneficiarne.

5. La ripartizione degli oneri tra gli Stati membri

Nella decisione di esecuzione (UE) 2022/382, gli unici spazi riservati alla solidarietà intesa come sostegno per gli Stati impegnati nell'accoglienza degli sfollati si collegano a strumenti comuni: il ricorso ai fondi dell'Unione e la valorizzazione delle sue agenzie. Riguardo ai fondi, oltre a precisare che l'art. 24 della direttiva 2001/55/CE va inteso come diretto al Fondo europeo per i rifugiati (come già detto), il par. 22 del preambolo dichiara che "(t)utti gli sforzi messi in atto dagli Stati membri per rispettare gli obblighi derivanti dalla (...) decisione saranno sostenuti finanziariamente dai fondi dell'Unione". Riguardo alle agenzie, l'art. 3 della decisione di esecuzione evoca l'Agenzia europea della guardia di frontiera e costiera (Frontex), l'Agenzia dell'Unione europea per l'asilo (EUAA), l'Agenzia dell'Unione europea per la cooperazione nell'attività di contrasto (Europol). È con la loro cooperazione, oltre che con quella degli Stati membri, che la Commissione è incaricata di monitorare costantemente la situazione, al fine di individuare "eventuali necessità di ulteriore sostegno" (art. 3, par. 2). Le agenzie citate forniscono inoltre supporto operativo agli Stati che ne chiedono l'assistenza.

⁴⁵ *Draft Report*, cit., p. 33 (art. 1a).

⁴⁶ <https://www.schengenvisainfo.com/etias/#who-will-need-etias>.

Gli oneri organizzativi, logistici, umani e politici, nonché probabilmente parte di quelli finanziari, sono invece a carico degli Stati investiti dai flussi di sfollati. Il modello cui è informata l'attuazione della protezione temporanea degli sfollati dall'Ucraina è quello del massimo impegno individuale degli Stati interessati per motivi oggettivi, i quali sono trattati dal diritto UE come entità politicamente a sé stanti piuttosto che come parti di un'Unione dotata di valori comuni.

Quanto alla solidarietà orizzontale, nella decisione di esecuzione sulla crisi ucraina questa viene privata dell'unico elemento dal quale, in assenza di un aggravamento di flussi rispetto alla situazione iniziale, risulta una sua qualche istituzionalizzazione: diversamente da quanto richiesto dalla direttiva 2001/55/CE, infatti, la decisione di esecuzione manca di indicare le capacità di accoglienza dei singoli Stati⁴⁷. Questa mancanza ha però una ragione precisa in quanto, nell'economia della decisione di esecuzione, si salda con l'esenzione, di cui godono i cittadini ucraini, dall'obbligo di visto all'atto di attraversamento delle frontiere esterne degli Stati membri per soggiorni la cui durata globale sia superiore a 90 giorni su un periodo di 180 giorni (par. 6 del preambolo). Ne risulta l'effetto di disegnare un meccanismo di ripartizione degli oneri tra gli Stati membri senza precedenti per l'Unione⁴⁸. Tale meccanismo, di carattere evidentemente informale, si caratterizza infatti per le modalità "spontaneiste", cioè completamente rimesse alle valutazioni delle persone bisognose di protezione. Modalità siffatte risultano da sempre avversate nell'Unione: prima la Convenzione di Dublino e in seguito i due regolamenti che ne hanno informalmente ereditato il nome perseguono l'obiettivo di evitare l'*asylum shopping*, inclusa la sua accezione di scongiurare che lo Stato dove chiedere (e ottenere) la protezione internazionale sia liberamente scelto dagli interessati. La stessa determinazione a scongiurare i c.d. movimenti secondari, che da anni costituisce un motivo conduttore della politica di protezione internazionale dell'Unione, ivi inclusa la proposta di Nuovo Patto per la migrazione e l'asilo, si deve a quest'impostazione⁴⁹. Invece, il meccanismo di protezione temporanea messo in atto a beneficio degli sfollati dall'Ucraina poggia esattamente sul principio opposto, in quanto presume e lascia che le

⁴⁷ Cfr. art. 5, par. 3 lett. c) e art. 25, par. 1 della direttiva 2001/55/CE.

⁴⁸ Sul punto v. i commenti di D. THYM, *Temporary Protection for Ukrainians: the Unexpected Renaissance of 'Free Choice'*, in *eumigrationlawblog.eu*, 7 marzo 2022.

⁴⁹ Come noto, per movimenti secondari si intendono gli spostamenti di persone intenzionate a chiedere la protezione internazionale, ovvero già richiedenti, in uno Stato diverso da quello che ha competenza a ricevere la loro domanda ai sensi del regolamento "Dublino", al fine di stabilirsi in tale diverso Stato. I movimenti secondari hanno l'effetto di indurre gli Stati che ne sono ricettori vuoi a ripristinare i controlli alle frontiere interne, vuoi ad attuare controlli di polizia che frequentemente hanno effetti equivalenti alle verifiche di frontiera (vietati dall'art. 23 del "Codice Frontiere Schengen"). Di qui la determinazione a scongiurare i movimenti secondari, che contemporaneamente complicano la corretta applicazione del regolamento "Dublino" e minano i presupposti del sistema "Schengen". L'obiettivo di eliminare i movimenti secondari era presente già nella proposta di riforma del sistema comune di asilo presentato dalla Commissione nel 2016 (Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, *Riformare il Sistema europeo comune di asilo e potenziare le vie legali di accesso all'Europa*, del 6 aprile 2016, COM(2016) 197 final, p. 6). L'obiettivo di eliminare i movimenti secondari è preminente anche nella Patto proposto dalla Commissione nel 2020, incluso nella disciplina della solidarietà: Comunicazione *cit.*, p. 6.

persone si rechino nello Stato e nella località da loro stesse valutate come ideali⁵⁰. Addirittura, i movimenti secondari sono esplicitamente ammessi: questo è l'effetto della rinuncia degli Stati ad applicare l'art. 11 della direttiva 2001/55/CE, relativo all'obbligo degli Stati membri di riammettere una persona che gode della protezione temporanea nel suo territorio qualora questa si trovi o tenti di entrare illegalmente nel territorio di un altro Stato membro⁵¹.

Vi è un secondo profilo per cui il meccanismo di ripartizione degli oneri tra gli Stati membri messo in atto per gli sfollati dall'Ucraina è peculiare, anche se non del tutto senza precedenti. Si tratta del significato assunto dal principio di solidarietà, che corrisponde all'"equilibrio degli sforzi tra Stati membri", secondo le parole utilizzate nella stessa decisione di esecuzione (par. 16 del preambolo). A quest'accezione di solidarietà si ispirano, come noto, le due decisioni del 2015 adottate a beneficio dell'Italia e della Grecia⁵². Anche in questo caso l'idea di solidarietà come riequilibrio tra gli Stati è legata a situazioni spiccatamente emergenziali, in cui le forti differenze tra gli Stati membri non solo originano da eventi che prescindono dai loro comportamenti, ma sono tali da non poter oggettivamente essere sanate da sforzi degli Stati *uti singuli*, per quanti diligenti e sostenuti da strumenti comuni (quali fondi e ruolo di agenzie competenti). Si tratta di un evidente cambio di paradigma rispetto alle regole poste dalla direttiva 2001/55/CE, rispetto alla quale la decisione di esecuzione non si pone tuttavia in contrasto. Anzitutto, infatti, il riequilibrio degli sforzi è un obiettivo sancito dalla stessa direttiva, che però manca di disposizioni adeguate per perseguirlo. Come detto, inoltre, lo spostamento dei beneficiari di protezione temporanea tra gli Stati membri è reso possibile dalla loro rinuncia ad avvalersi dell'art. 11 della direttiva e facilitato dalla libertà di circolazione dei cittadini ucraini nel territorio degli Stati membri all'interno dell'Unione per un periodo di 90 giorni.

Vale la pena fare un breve cenno a due profili di interesse, ancorché nella valutazione dei contenuti della solidarietà nella situazione *de quo* abbiano rilievo marginale. Si tratta anzitutto del fatto che, secondo il diritto dell'Unione, i beneficiari del riequilibrio degli sforzi tra Stati membri sono solo i cittadini ucraini, poiché per il diritto UE solo loro possono circolare liberamente grazie all'esenzione dal visto. Nulla impedisce agli Stati di ammettere alla circolazione senza visto anche gli altri beneficiari della protezione temporanea, ma questa sarebbe una loro iniziativa svincolata dalle norme UE. In secondo luogo, il riequilibrio degli sforzi non comporta che allo status di protezione temporanea attribuito da uno Stato debbano essere riconosciuti effetti anche nello Stato in cui

⁵⁰ Cfr. espressamente il par. 16 del preambolo della decisione di esecuzione (UE) 2022/382.

⁵¹ La rinuncia è consegnata a una dichiarazione degli Stati membri di cui dà conto il preambolo della decisione di esecuzione (UE) 2022/382 (par. 15). L'art. 11 della direttiva dà facoltà agli Stati di rinunciare all'applicazione della disposizione.

⁵² Decisione (UE) 2015/1601 del Consiglio del 22 settembre 2015 *che istituisce misure temporanee nel settore della protezione internazionale a beneficio dell'Italia e della Grecia*, in GUUE L 248 del 214 settembre 2015, pp. 80-94; Decisione (UE) 2015/1523 del Consiglio del 14 settembre 2015 *che istituisce misure temporanee nel settore della protezione internazionale a beneficio dell'Italia e della Grecia*, in GUUE L 239 del 15 settembre 2015, pp. 146-156.

successivamente il titolare abbia inteso stabilirsi. Precisa infatti il preambolo della decisione di esecuzione che anche in seguito a tale spostamento questi possa “avvalersi dei diritti derivanti dalla protezione temporanea solo nello Stato membro che ha rilasciato il titolo di soggiorno”⁵³. Resta nelle prerogative del nuovo Stato ospite “di decidere di rilasciare in qualsiasi momento un titolo di soggiorno alle persone ce godono della protezione temporanea”⁵⁴.

Tornando agli aspetti qualificanti del cambio di paradigma evidenziato, va ancora notato che, grazie alla leva della spontaneità, il riequilibrio dell’impegno nell’accoglienza tra Stati membri poggia in larga misura su risorse private: della società civile intesa come associazioni mobilitate negli sforzi, ma soprattutto dei parenti, amici e concittadini degli sfollati, dai quali questi scelgono di cercare rifugio e sostegno. Il riequilibrio non è comunque tale da conseguire una situazione di equità tra gli Stati membri in prima linea per la loro posizione geografica e tutti gli altri, perché i più tra gli sfollati si trattengono negli Stati confinanti: spesso perché non sono in condizione di preferire altri luoghi, risultando privi di una rete di conoscenze tra gli espatriati dall’Ucraina; spesso perché preferiscono non allontanarsi in quanto intenzionati a fare rientro il più presto possibile nei propri luoghi di residenza, o comunque nel proprio Paese.

La protezione immediata è ispirata a un concetto di solidarietà molto simile a quello che ha trovato spazio per gli sfollati dall’Ucraina, cioè la ripartizione degli oneri tra gli Stati membri. La sua messa in opera in principio non sarebbe, però, né spontanea né “privatizzata”. In effetti gli sfollati da ricollocare potrebbero essere scelti con gli stessi criteri sottostanti all’approccio “spontaneista”: nei “contributi di solidarietà” previsti nel Patto, inclusi quelli applicabili nel quadro della “Proposta crisi”, nulla impedirebbe infatti agli Stati di individuare le persone da trasferire e le loro destinazioni sulla base delle loro richieste, le quali sarebbero naturalmente motivate con considerazioni analoghe a quelle utilizzate nella decisione di esecuzione sulla protezione temporanea. Le modalità del ricollocamento non potrebbero però essere né “spontanee” né “privatizzate”, perché seguirebbero la lunga e articolata procedura stabilita per l’attuazione della solidarietà in relazione alla protezione immediata, con i pregi e difetti ovviamente derivanti⁵⁵. Tra i primi ci si può aspettare un più spiccato riequilibrio tra gli Stati membri rispetto quello verificatosi finora⁵⁶. Tra i secondi, una maggior lentezza, con tutte le tensioni politiche e tutti i disagi da essa derivanti per le persone in cerca di protezione.

⁵³ Preambolo della decisione di esecuzione (UE) 2022/382, par. 16.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ Sulla solidarietà nella “Proposta crisi” v. specificamente F. BUONOMENNA, *La solidarietà e i suoi limiti nel nuovo Patto su migrazione e asilo*, in I. CARACCILO, G. CELLAMARE, A. DI STASI, P. GARGIULO (a cura di), *op. cit.*, pp. 57-59.

⁵⁶ Sottolinea l’inidoneità del meccanismo de facto a promuovere l’equilibrio degli sforzi, a detrimento degli Stati limitrofi, A. DI PASCALE, *op. cit.*

6. Conclusioni

Alla luce dell'esperienza degli sfollati ucraini, la valutazione della proposta legislativa sulla protezione immediata, in sostituzione della protezione temporanea, è utile al chiarimento di alcuni aspetti.

Sotto il profilo dell'ambito di applicazione, nella "Proposta crisi" preoccupa la specificazione relativa alla modalità irregolare dell'arrivo degli sfollati da proteggere, che avrebbe escluso tutti i cittadini ucraini in quanto esenti dall'obbligo di visto. Essa va dunque senz'altro eliminata per non determinare un arretramento della protezione degli sfollati rispetto alle modalità attuali.

Quanto agli aspetti positivi della disciplina che sostituirebbe quella vigente, la prassi ucraina ne evidenzia certamente due. Le perplessità sollevate dall'individuazione dei gruppi ammessi alla protezione temporanea, che diversamente dalla Direttiva 2001/55/CE la "Proposta crisi" non sollecita, consentono di apprezzare una proposta di testo che non apre a distinzioni. Il respingimento, tra le decine o centinaia di migliaia di persone in fuga da un conflitto, di certe categorie, sembra in effetti tradire la genesi della protezione degli sfollati nel diritto dell'Unione⁵⁷. D'altro canto, sembra ragionevole escludere alcune di queste persone—quelle che avrebbero uno Stato in cui tornare in condizioni di sicurezza—da un diritto di soggiorno in quanto sfollati. Di conseguenza, la prassi ucraina suggerisce l'opportunità di integrare il testo proposto con un divieto di respingimento alla frontiera di persone non ammissibili alla protezione immediata in quanto prive dei requisiti per la protezione internazionale, in particolare di persone non aventi la cittadinanza dello Stato terzo da cui origina il flusso massiccio di sfollati, le quali nell'immediato abbisognino tuttavia di trovare riparo presso uno Stato UE per preparare il ritorno nel loro Paese di origine. Come si è visto, questa funzione può essere assolta da una norma già esistente del "Codice Frontiere Schengen". Questa però stabilisce una facoltà per gli Stati membri e inoltre riguarda *stricto sensu* l'ingresso, non il soggiorno legale per quanto breve e finalizzato al rientro nello Stato di cittadinanza.

In senso positivo si valuta anche la formulazione della disposizione che chiede alla Commissione di indicare il *dies a quo* della protezione immediata, la quale sembra riferirsi alla data da cui gli Stati possono sospendere l'esame delle domande di protezione internazionale. La decisione relativa all'applicazione della protezione temporanea agli sfollati dall'Ucraina ha invece ingiustificatamente fatto del *dies quo* una data-spartiacque per il riconoscimento dei presupposti oggettivi della protezione.

La crisi ucraina non ha fatto emergere alcuna delle difficoltà collegate alla procedura di attivazione della protezione temporanea, che hanno indotto la Commissione a proporre la modifica nella nuova disciplina. Essa ha così fornito evidenza sul fatto che le ventennali difficoltà della protezione temporanea sono collegate alle divergenze tra gli Stati, e tra

⁵⁷ V. in particolare S. MARCHISIO, *Rifugiati, profughi e altre esigenze di protezione nel diritto comunitario*, in U. LEANZA (a cura di), *Le migrazioni. Una sfida per il diritto internazionale, comunitario e interno*, Napoli, 2005, pp. 331-332. Sul fatto che la protezione temporanea ha radici nel principio di *non refoulement* v. C. SCISSA, *The (new) Commission's approach*, cit.

alcuni Stati e la Commissione, circa i suoi presupposti applicativi, in particolare sull'origine dell'afflusso massiccio cui la modalità di protezione *ex art. 78*, par. 2 lett. c) intende porre rimedio. I presupposti dello status di protezione immediata sono costruiti proprio sulla base di tale convincimento, in quanto sono individuati in relazione alle sole situazioni in cui la Commissione e tutti gli Stati membri concordano di applicare la suddetta modalità di protezione. In queste— definite come “situazioni eccezionali di conflitto armato”— rientra senza dubbio la crisi dell'Ucraina: di qui la facilità di attivazione. Se però alla protezione temporanea si è potuti ricorrere senza intoppi in quella che, riguardo alla protezione immediata, diventerebbe l'unica situazione eccezionale in cui il *tertium genus* della protezione resterebbe utilizzabile, ci si deve interrogare sull'opportunità della restrizione *ex lege* dei presupposti di applicazione. Acquisita la constatazione che presupposti disegnati in modo ampio e indeterminato non sono di ostacolo al ricorso al *tertium genus* della protezione in presenza di “situazioni eccezionali di conflitto armato”, non si vede perché precludere una futura eventuale maggiore apertura.

Infine, in tema di solidarietà la prassi ucraina getta tanto luci quanto ombre sulla proposta di protezione immediata, con particolare riferimento alla prospettiva della sua effettiva adozione da parte dei co-legislatori dell'Unione. È certamente incoraggiante la nozione di solidarietà *qua* “equilibrio degli sforzi” tra Stati membri che emerge dalla decisione di esecuzione, perché corrisponde alla nozione di solidarietà che ispira la proposta della Commissione, nonostante tutti i limiti evidenziati proprio a questo proposito, nonché a quella corrispondente già all'obiettivo della direttiva sulla protezione temporanea, la cui disciplina è tuttavia completamente inadatta allo scopo. Si valuta in modo antitetico l'attuazione di una tale solidarietà attraverso modalità “spontanee” e “privatiste”, perché dimostrano la scarsa propensione degli Stati verso le modalità accentrate di organizzazione della solidarietà immaginate nel nuovo testo⁵⁸. Vista la notevole farraginosità della procedura preordinata all'organizzazione centralizzata della solidarietà nelle proposte “crisi” e “gestione”, il nuovo meccanismo potrebbe riprendere le “modalità ucraine” almeno per essere applicate nel primo periodo dell'emergenza. Queste modalità risolverebbero alla radice i dubbi suscitati dai trasferimenti delle persone bisognose di protezione da uno Stato membro all'altro, dubbi che la solidarietà intesa quale ripartizione degli oneri dell'accoglienza tra gli Stati membri ha comprensibilmente suscitato sotto vari profili⁵⁹. Va riconosciuta tuttavia l'eccezionalità della situazione ucraina, cui con probabilità si deve la disponibilità dei governi l'accoglienza con procedure di accesso tanto snelle.

⁵⁸ Nello stesso senso M. PORCHIA, *L'attuazione della Direttiva 55/2001 sulla protezione temporanea: verso un nuovo concetto di solidarietà?*, in *ADiM Blog*, marzo 2022.

⁵⁹ V. F. MAIANI, *The reform of the Dublin system and the dystopia of 'sharing people'*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2017, pp. 622-645.

ABSTRACT: Il saggio ha l'obiettivo di sottoporre l'esperienza finalmente maturata a proposito della direttiva 2001/55/CE con la crisi degli sfollati dall'Ucraina a una nuova valutazione della proposta di sostituire la protezione temporanea con la protezione immediata, che fa parte del Patto sull'asilo e la migrazione del 2020. Gli aspetti analizzati sono: i presupposti e la procedura di attivazione, l'ambito soggettivo di applicazione dei due modelli di protezione, la ripartizione degli oneri tra gli Stati membri. L'esperienza degli sfollati dall'Ucraina effettivamente consente di individuare tanto luci quanto ombre della proposta e suggerisce qualche nuova idea per attuare in modo efficace l'art. 78, par. 2 lett. c) TFUE.

KEYWORDS: protezione temporanea – protezione immediate – sfollati – crisi – solidarietà.

FROM TEMPORARY PROTECTION TO IMMEDIATE PROTECTION. THE RECEPTION OF UKRAINIAN DISPLACED PEOPLE AS A LITMUS TEST OF THE PROPOSED AMENDMENT

ABSTRACT: The essay builds on the recent application of Directive 2001/55/EC in the Ukrainian refugee crisis to provide a fresh assessment of the proposal to replace temporary protection with immediate protection put forward in the 2020 Pact for asylum and migration. It covers the following features: pre-requisites and trigger procedures; subjective scope of application of the two protection schemes; the sharing of the burden amongst the Member States. The experience gained through the millions displaced out of Ukraine shows lights and shadows of the proposal and suggests new ideas for implementing Article 78, para. 2 lett. c) TFEU effectively.

KEYWORDS: Temporary Protection – Immediate Protection – Displaced Persons – Crisis – Solidarity.