



## **La crisi in Ucraina: un'occasione per la riforma della politica di immigrazione e asilo della UE?**

di Mario Carta\*

L'invasione dell'Ucraina da parte della Federazione russa il 24 febbraio 2022 ha innescato tra le altre conseguenze, accanto in primo luogo agli esiti tragici e drammatici del conflitto in termini di perdita di vite umane e distruzioni, un cambiamento di rotta ed una discontinuità con le esistenti politiche migratorie e dell'asilo della UE, tale da potere rappresentare un'occasione favorevole, se colta, per rivedere la politica comune della UE in questi settori.

In effetti, l'adozione da parte del Consiglio, all'unanimità, della decisione esecutiva (decisione di esecuzione 2022/382/UE del Consiglio, del 4 marzo 2022) della direttiva sulla protezione temporanea (2001/55CE) fondata sull'art. 78 TFUE, che accerta l'esistenza di un afflusso massiccio di sfollati dall'Ucraina e che ha come effetto l'introduzione di una protezione temporanea, cambia completamente il paradigma in base al quale l'UE e gli Stati membri hanno affrontato le precedenti crisi, determinate dall'afflusso massiccio di rifugiati nel territorio della UE. La riflessione al centro di questo breve contributo si propone di mettere in luce le novità prodotte dall'attivazione, per la prima volta, della protezione temporanea in favore degli sfollati ucraini, al fine di individuare quegli elementi che è auspicabile non dover più considerare di natura transitoria, ma ritenere

\* Professore ordinario di diritto dell'Unione europea e Direttore del Dipartimento di Diritto e Società Digitale, Università degli Studi di Roma Unitelma Sapienza.



invece tratti costitutivi, per il futuro, della politica europea dell'immigrazione e dell'asilo.

Innanzitutto, occorre sottolineare che, in oltre vent'anni, la direttiva sulla protezione temporanea non era mai stata applicata, tanto che la Commissione ne aveva ipotizzato l'abrogazione sostituendola con la "protezione immediata", un nuovo meccanismo applicabile alle situazioni di crisi e di forza maggiore nel settore della migrazione e dell'asilo, proposto nell'ambito del nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo del 2020. In effetti, pur in presenza di situazioni di crisi, come quelle determinate dalle c.d. primavere arabe, dalla crisi libica o dalla quella in Siria, a seguito delle quali si era registrato un significativo incremento degli ingressi nella UE, l'attivazione della direttiva era stato sì richiesto, in alcuni casi anche dall'Italia, ma senza successo.

Le ragioni a fondamento di questo radicale mutamento di approccio sono molteplici e certamente ha giocato un ruolo importante la difficoltà, in passato, di definire la nozione di "afflusso massiccio" che, nel sistema della protezione temporanea, è opera dell'accertamento da parte del Consiglio e rappresenta il presupposto per l'attivazione della direttiva. Il mancato accordo, negli anni, su ciò che dovesse considerarsi, in concreto, afflusso massiccio di sfollati è stato facilitato dalla vaghezza della nozione che, secondo la direttiva, ricorre in presenza dell'arrivo «di un numero considerevole di sfollati, provenienti da un Paese determinato o da una zona geografica determinata, sia che il loro arrivo avvenga spontaneamente o sia agevolato, per esempio mediante un programma di evacuazione». Nell'occasione della crisi ucraina le incertezze interpretative sono state superate in virtù del fatto che si assiste al più grande flusso migratorio della storia verso l'UE, con oltre 8 milioni di rifugiati che hanno lasciato l'Ucraina dall'inizio della guerra. Un dato questo che ha portato all'attivazione in tempi rapidissimi della direttiva (4 e 5 giorni), con decisione presa all'unanimità, sebbene sarebbe stata sufficiente la semplice maggioranza qualificata, prova di una volontà politica in precedenza evidentemente non esistente quando addirittura la maggioranza



qualificata veniva ritenuta un ostacolo per l’attivazione della direttiva, in quanto troppo impegnativa.

Dai contorni più definiti è invece la nozione di “sfollati”, che l’articolo 2, lettera c) della direttiva delimita con riferimento a coloro che sono fuggiti dalla propria patria o sono stati evacuati dal Paese o dalla zona d’origine e non possono farvi ritorno in condizioni stabili e sicure, a causa della situazione nel Paese stesso. Tale definizione declina espressamente due categorie di soggetti: a) le persone fuggite da zone di conflitto armato o di violenza endemica; b) le persone che sono soggette a rischio grave di violazioni sistematiche o generalizzate dei diritti umani o siano state vittime di siffatte violazioni, contribuendo in tal modo a chiarirne la portata.

Una circostanza non secondaria, che ha dissuaso gli Stati membri dall’attivazione della direttiva 2001/55, può ritenersi legata al livello di tutela elevato che essa prevede, traducendosi in una serie di garanzie e di diritti che gli Stati devono assicurare, ai beneficiari della protezione temporanea, che non sempre sono disposti a concedere, tra cui:

- un titolo di soggiorno che consenta loro di soggiornare regolarmente all’interno del territorio dello Stato membro in cui si trovano, per la durata della protezione stessa;

- il diritto di esercitare qualsiasi attività di lavoro subordinato o autonomo, nonché di partecipare ad attività nell’ambito dell’istruzione per adulti, della formazione professionale e delle esperienze pratiche sul posto di lavoro;

- il diritto di essere “adeguatamente alloggiato” o di ricevere, se necessario, i mezzi per ottenere una abitazione

- l’aiuto necessario in termini di assistenza sociale, di contributi al sostentamento e di cure mediche (comprendente quanto meno le prestazioni di pronto soccorso ed il trattamento essenziale delle malattie), laddove egli non disponga di risorse sufficienti. È previsto che gli Stati membri forniscano in ogni caso assistenza socio-sanitaria alle persone che presentino esigenze particolari;



- il diritto di accedere, se minore, al sistema educativo, a parità di condizioni con il cittadino dello Stato membro.

L'istituto della protezione temporanea, rimasto "in sonno" per vent'anni, dispone nei confronti degli sfollati una tutela automatica e collettiva, che non richiede lo svolgimento di procedure amministrative per il suo riconoscimento; tale *status* in effetti è attribuito sulla base di procedure definite a livello nazionale, che non implicano una valutazione individuale circa la sussistenza dei criteri per il riconoscimento dell'asilo o della protezione sussidiaria, ma solo l'accertamento circa l'effettiva appartenenza alle categorie beneficiarie e l'assenza di condizioni ostative, riconducibili essenzialmente a ragioni di pericolosità e sicurezza. Dunque le formalità sono ridotte al minimo, in considerazione della situazione di straordinarietà e urgenza, con l'innegabile vantaggio di evitare il rischio di un sovraccarico per gli Stati membri e per i loro sistemi di asilo nei confronti dei quali non era ipotizzabile prevedere l'esame individuale di milioni di domande di asilo presentate in poche settimane.

Tuttavia ciò non avviene a scapito delle garanzie, in quanto viene previsto, in ogni caso, il diritto di ricorso avverso una decisione di rigetto della protezione o di ricongiungimento.

Alle peculiarità proprie dell'istituto si aggiungono alcune specificità che attengono alla situazione dell'Ucraina in quanto tale. La decisione 2022/382, in effetti, fa esplicitamente riferimento alla possibilità che i cittadini ucraini possono fare ingresso nel territorio dell'Unione e circolare liberamente per un periodo massimo di 90 giorni, nell'arco di un periodo di 180 giorni, già sulla base della legislazione esistente, in quanto essa prevede un regime di sostanziale liberalizzazione dei visti. Questo elemento, assieme al dato geografico e fisico della contiguità territoriale tra l'Ucraina e i paesi di destinazione dei flussi, in primis Polonia, Romania, Slovacchia e Ungheria determina una situazione che oggettivamente, in diritto ed in fatto come si direbbe, rende difficilmente assimilabile l'attuale crisi alle situazioni precedenti. Sotto tale ultimo profilo è evidente il dato



geografico della mancanza di un paese terzo, come nel caso della Turchia, con il quale stringere accordi ed esternalizzare i controlli alle frontiere e le politiche di immigrazione e asilo, ponendo così l'UE in una prospettiva nuova nella *governance* dei flussi migratori.

In effetti, l'esenzione dall'obbligo del visto rende di fatto inapplicabile la regola del primo ingresso irregolare, con un cambiamento quasi radicale nelle politiche di ingresso rispetto al sistema di Dublino III ed alla regola del primo ingresso irregolare. Come noto tale regola impone ai soli paesi rivieraschi, tra i quali l'Italia, l'onere della trattazione delle domande di asilo e l'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale e dei titolari della stessa sbarcati sulle loro coste.

Il sistema di Dublino III era fondato sulla esigenza di individuare un solo Stato competente per l'esame della domanda di asilo, stabilendo una serie rigorosa di criteri per evitare il fenomeno dei c.d. "rifugiati in orbita" con la scelta del paese che assicurava il miglior sistema di welfare assieme ad altre condizioni, quando il fenomeno migratorio, negli anni novanta del secolo scorso, non aveva ancora assunto l'attuale consistenza e quindi era calibrato per soddisfare esigenze relative a domande individuali. Dinanzi a fenomeni migratori imponenti, in termini numerici e di rapidità, come quelli attuali è evidente che si tratta di un sistema inadeguato e che alla fine ricorre ad un criterio ritenuto da principio residuale, il primo ingresso irregolare appunto, e che invece è diventato il criterio prevalente per individuare lo Stato responsabile, con gli iniqui effetti in termini di distribuzione degli oneri legati alla *governance* dei flussi. Un sistema che purtroppo, per l'opposizione dei paesi del blocco di Visegrad, è ben lontano dall'essere riformato dall'Unione europea.

In virtù dell'entrata in vigore della decisione 2022/382 gli Stati membri, come abbiamo visto, sono obbligati a consentire e agevolare l'ingresso senza l'obbligo del visto dei cittadini ucraini, anche al fine di poter poi circolare liberamente per 90 giorni nel territorio dell'UE.



Non solo in questo modo salta la regola del primo ingresso irregolare per i cittadini ucraini, ma essi hanno il diritto di scegliere lo Stato membro nel quale recarsi, per ivi chiedere la protezione temporanea ed il rilascio del relativo titolo di soggiorno. In realtà, la possibilità di entrare senza visto e circolare liberamente per 90 giorni nel territorio dell'UE è accompagnata dalla libertà di scegliere lo Stato di protezione temporanea (considerando n. 16, decisione 2022/382), di spostarsi liberamente in altri Stati membri, sebbene per periodi di breve durata, anche dopo aver ottenuto lo *status* di protezione temporanea, nonché di chiedere il trasferimento della protezione temporanea da uno Stato membro all'altro (art. 26 direttiva), pur senza vantare diritti in merito. È questo un altro ambito nel quale assistiamo al rovesciamento delle politiche precedenti, con l'introduzione del principio della libertà di scelta dello Stato di protezione da parte dei cittadini ucraini. Tale regime che di fatto consente i movimenti secondari, a differenza del sistema di Dublino III che li limita proprio in quanto radica la competenza l'esame delle domande nel primo paese di attraversamento irregolare, è stato reso possibile grazie al fatto che gli Stati membri hanno convenuto di non applicare l'articolo 11 della Direttiva, che prevede la riammissione da parte di uno Stato membro di un beneficiario di protezione temporanea nel suo territorio, qualora questi soggiorni o tenti di entrare illegalmente nel territorio di un altro Stato membro. In virtù di tale deroga essi non saranno tenuti quindi a riammettere sul proprio territorio i titolari di protezione temporanea che hanno fatto ingresso in un altro Stato membro, potendo così in linea di principio spostarsi sul territorio dell'Unione. Tale modifica appare riconducibile proprio alla volontà di consentire, contrariamente al passato, movimenti "secondari" successivi al riconoscimento da parte di un determinato Stato membro della protezione temporanea.

Tuttavia, la possibilità di non riammettere nel proprio territorio un cittadino straniero titolare di protezione temporanea non significa, di per sé, che questi possa vantare un diritto al rilascio di un titolo di soggiorno nell'altro Stato membro in cui soggiorna irregolarmente.



Il quadro sopra delineato accanto alle significative novità sopra brevemente enunciate presenta, direi inevitabilmente, qualche criticità.

Un *vulnus* aperto dalla decisione 2022/382 attiene ad un “double standard” consentito dalla sua disciplina, che opera una differenziazione nel regime applicabile alle diverse categorie di beneficiari difficilmente giustificabile.

È opportuno ricordare che la decisione ha stabilito che la protezione temporanea si applica (art. 1):

a) ai cittadini ucraini residenti in Ucraina prima del 24 febbraio 2022 (e loro familiari);

b) ai cittadini di Stati terzi o apolidi che beneficiavano della protezione internazionale o di protezione equivalente in Ucraina prima del 24 febbraio 2022;

c) ai familiari delle persone indicate alle lett. a) e b); per familiare si intende (art. 4): o coniuge; o partner stabile, se la legislazione o la prassi dello Stato membro interessato assimila coppie di fatto e coppie sposate nel quadro della legge sugli stranieri; o figli minori (legittimi, naturali o adottati) del richiedente o del coniuge (semberebbe non del partner di fatto); o altri parenti stretti che vivevano insieme come parte del nucleo familiare nel periodo in cui gli eventi hanno determinato l’afflusso massiccio e che erano totalmente o parzialmente dipendenti dal richiedente il ricongiungimento in tale periodo.

Inoltre, la decisione 2022/382 si applica (art. 2): d) ai cittadini di Paesi terzi o apolidi che soggiornavano legalmente in Ucraina prima del 24 febbraio 2022 sulla base di un permesso di soggiorno permanente valido, rilasciato conformemente al diritto ucraino, e che non possono ritornare in condizioni sicure e stabili nel proprio paese o regione di origine. Nei confronti di questa categoria di beneficiari, gli Stati membri possono applicare alternativamente la protezione temporanea o un’altra “protezione adeguata” sulla base del diritto interno.

Se il regime delineato sopra sembra essere, ad una prima valutazione sommaria, assai inclusivo, occorre invece sottolineare che, distanziandosi dalla proposta formulata dalla Commissione, il Consiglio ha deciso di non includere



automaticamente tra i destinatari della protezione temporanea i cittadini di Stati terzi che vivevano regolarmente in Ucraina sulla base di un permesso di soggiorno non permanente (art. 3). È vero che è fatta salva la possibilità per gli Stati di applicare la protezione temporanea anche a tali persone, purché non possano ritornare in condizioni sicure e stabili nel proprio paese o regione di origine, ma tale scelta è lasciata alla discrezionalità degli Stati membri che in molti casi, come è accaduto per l'Italia, non se ne sono avvalsi.

Rimangono così privi delle garanzie previste dalla protezione temporanea, in maniera del tutto priva di giustificazione, migliaia di cittadini di paesi terzi, in gran parte studenti, che si trovavano in Ucraina per un breve periodo, per motivi di studio o di lavoro, al momento degli eventi per i quali è solo previsto che anche tali persone «dovrebbero comunque essere ammesse nell'Unione per motivi umanitari», senza richiedere loro visto o documenti di viaggio validi, onde garantire loro un “passaggio sicuro al fine del ritorno nel paese o nella regione di origine.”

L'altro profilo non privo di criticità, sempre relativo all'attivazione del sistema di protezione temporanea, è la mancanza di chiarezza circa le capacità di accoglienza dei singoli Stati, considerato il fatto che la decisione di esecuzione 2022/382 era stata elaborata per promuovere un equilibrio degli sforzi tra i Paesi dell'UE che ricevono tali persone e sui quali gravano gli oneri della loro accoglienza. In realtà ciò che manca nella decisione del Consiglio è l'indicazione della disponibilità delle risorse necessarie ad attuare tale accoglienza, senza il quale è concreto il rischio di vanificare l'equilibrio interstatale degli sforzi nell'instaurare quel regime di condivisione di responsabilità tra gli Stati nella gestione degli sfollati, richiamato al considerando n. 9 della decisione. L'obiettivo è evidentemente rendere effettivo il principio di cui all'art. 80 TFUE sulla solidarietà e sull'equa ripartizione della responsabilità fra gli Stati membri, anche sul piano finanziario.

Se nella prospettiva del Consiglio gli sfollati potranno «raggiungere i familiari e gli amici attraverso le importanti reti delle diaspore» e ciò «faciliterà nella pratica l'equilibrio degli sforzi tra Stati membri, riducendo quindi la pressione sui sistemi



nazionali di accoglienza», dal momento che gli sfollati potranno scegliere lo Stato membro in cui intendono godere dei diritti connessi alla protezione temporanea, occorre considerare che ciò potrà rappresentare un elemento di squilibrio nella ripartizione delle responsabilità tra i Paesi membri, alcuni dei quali potrebbero non essere in grado di gestire gli arrivi, con il rischio di non funzionamento o di funzionamento non corretto del proprio sistema di asilo.

La questione del numero di persone che ciascuno Stato membro, sulla base della sostenibilità sociale e finanziaria, sarà concretamente in grado di accogliere, è dunque oggetto di una fase di monitoraggio delle capacità di accoglienza di ciascuno Stato con l'individuazione di eventuali necessità di ulteriore sostegno, attraverso la condivisione e lo scambio delle informazioni pertinenti, sotto il coordinamento della Commissione, in cooperazione con Frontex, l'Agenzia per l'asilo (EUUA) e l'Europol.

Le conseguenze più pessimistiche sulla capacità del sistema di garantire “spontaneamente” una corretta allocazione degli sfollati tra gli Stati membri, senza imporre la distribuzione obbligatoria dei richiedenti asilo nei Paesi dell'UE che nel passato non ha funzionato stante l'opposizione, in particolare, di Polonia e Ungheria con relativo contenzioso e condanna dinanzi ai giudici di Lussemburgo, al momento sembrano essere scongiurate in virtù di un altro elemento specifico della crisi ucraina, e cioè l' altissimo numero di sfollati che sono già rientrati in Ucraina, soprattutto dalla Polonia. Flussi di rientro talmente consistenti che hanno contribuito ad evitare che l'accoglienza degli sfollati potesse determinare il malfunzionamento dei sistemi di protezione internazionale a carattere nazionale.

Infine, è opportuno sottolineare che l'ammissione al godimento della tutela in esame non preclude la possibilità di presentare istanza per il riconoscimento di una delle due forme di protezione internazionale, e cioè lo status di rifugiato e la protezione sussidiaria, il cui eventuale rigetto non pregiudica, in ogni caso, il proseguimento del godimento della misura di protezione temporanea.



Sotto questo profilo la disciplina italiana di attuazione della direttiva e della decisione di esecuzione (DPCM del 28 marzo 2022) non appare conforme alla direttiva e all'obiettivo di garantire un pieno cumulo tra le due domande di richiedente asilo e di beneficiario della protezione temporanea. In tali ipotesi, infatti, l'esame della domanda di asilo è sospesa e la decisione è differita al momento in cui cesserà la protezione temporanea. Con il privilegiare così quest'ultima, non si tiene conto del possibile esito negativo della domanda del richiedente asilo, che sarebbe in tal caso privato della protezione temporanea, essendo questa ormai esaurita.

In definitiva, complessivamente considerata, l'attivazione della direttiva sulla protezione temporanea non può che essere valutata positivamente nonostante le criticità evidenziate che, peraltro, gran parte degli Stati, in sede di adozione dei provvedimenti nazionali, non hanno voluto correggere. Molto probabilmente un così straordinario afflusso massiccio di sfollati, per i numeri in questione e per il contesto tragico della guerra nel quale è maturato, non avrebbe potuto essere gestito con i "tradizionali" strumenti di protezione internazionale sino ad ora utilizzati dall'Unione nelle precedenti crisi. È peraltro auspicabile che il ricorso al meccanismo della protezione temporanea, una volta "risvegliato" dal ventennale stato di latenza, possa essere utilizzato anche in occasione delle prossime e certe crisi, nonché rappresentare, per il futuro, un modello al quale ispirarsi anche nella *governance* "ordinaria" dei flussi migratori.

Il principio della libertà scelta del paese al quale richiedere protezione e la libertà dei movimenti, anche secondari, riconosciuti agli sfollati costituiscono una possibile risposta all'attuale irragionevole regola del primo ingresso irregolare, dimostrando l'esperienza in corso della crisi in Ucraina, che tali novità contribuiscono ad assicurare un corretto funzionamento dei sistemi di accoglienza degli Stati membri, con i quali esse possono anzi convivere proficuamente.