

Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario

diretta da
MARIO P. CHITI e GUIDO GRECO



Di particolare interesse in questo numero:

Il partenariato pubblico-privato e il diritto europeo degli appalti
I servizi di interesse economico generale

Giuffrè editore

Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario

diretta da
MARIO P. CHITI e GUIDO GRECO

Giuffrè editore

INDICE SOMMARIO

ARTICOLI

PARTE GENERALE

	<i>pag.</i>
ALBERTO MASSERA, <i>Il partenariato pubblico-privato e il diritto europeo degli appalti</i>	1201
GIAN FRANCO CARTEI, <i>I servizi di interesse economico generale fra riflesso dogmatico e regole di mercato</i>	1219

PARTE SPECIALE

CHIARA ALBERTI, <i>E-society e riutilizzo dell'informazione nel settore pubblico. Disciplina comunitaria e riflessi nazionali</i>	1237
NURIA ARENAS, <i>Il sistema di protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati. La direttiva 2001/55/CE</i>	1275
MASSIMO CAPANTINI, <i>Il sistema elettrico italiano e il diritto degli appalti: l'Acquirente unico s.p.a. come contraente pubblico</i>	1307
VEERLE HEYVAERT, <i>Codification and Centralisation in the UK environmental Law</i>	1335
MICAELA LOTTINI, <i>I servizi di interesse economico generale: una nozione controversa</i>	1351
A. PASSANTINO, M. RUSSO, C. DI PIETRO, <i>Regolamento (CE) 1/2005 in materia di protezione degli animali durante il trasporto: un riordino della disciplina in Europa</i>	1393
GIOVANNA PIZZANELLI, <i>La « costituzionalizzazione » del carattere obbligatorio del diritto europeo e le nuove prospettive per il Conseil Constitutionnel</i>	1405

GIURISPRUDENZA

NOTE A SENTENZA

CORTE DI GIUSTIZIA, sentenza 21 luglio 2005, in causa C-231/03; <i>Coname</i> .	1421
con nota di MASSIMO BALDINATO, <i>Breve nota alla sentenza Coname: alcune interessanti affermazioni della Corte di giustizia sull'applicazione del principio di trasparenza negli appalti pubblici</i>	1426

SENTENZE DEI GIUDICI COMUNITARI

CORTE DI GIUSTIZIA, sentenza 10 maggio 2005, in causa C-400/99; <i>Repubblica italiana c. Commissione</i>	1433
CORTE DI GIUSTIZIA, sentenza 2 giugno 2005, in causa C-15/04; <i>Koppensteiner GmbH</i>	1446
CORTE DI GIUSTIZIA, sentenza 12 luglio 2005, in causa C-304/02; <i>Commissione c. Repubblica francese</i>	1452

SENTENZE DI ALTRI ORGANI GIUDIZIARI

CONSIGLIO DI STATO, sentenza 1° luglio 2005, n. 3672; <i>Tributaria intercomunale S.p.a.c. Comune di Cassano delle Murge</i>	1473
--	------

RAPPORTI, DOCUMENTI E NOTIZIE**MATERIALI COMUNITARI E NAZIONALI**

(a cura di Monica Bonini)

CONSIGLIO EUROPEO, <i>Conclusioni della Presidenza</i> , Bruxelles, 16 e 17 giugno 2005,	1489
con commento di MONICA BONINI, <i>Breve cronaca non giuridica di un vertice incerto fra economia e politica</i>	1489
COMMISSIONE EUROPEA, <i>Terza relazione intermedia sulla coesione: verso un nuovo partenariato per la crescita, l'occupazione e la coesione</i> , Bruxelles, 17 maggio 2005,	1515
con commento di CAMILA BUZZACCHI, <i>Il rilancio della politica di coesione nella prospettiva della strategia di Lisbona</i>	1515

INDICE ANALITICO DELLA GIURISPRUDENZA

	<i>pag.</i>
Aiuti di Stato - Poteri della Commissione - Aiuto nuovo e aiuti esistenti - Necessità di valutazione degli aiuti esistenti (Corte di giustizia, sentenza 10 maggio 2005, causa C-400/99).....	1433
Appalti - Affidamento diretto - Concessione relativa alla gestione del servizio pubblico di distribuzione del gas - Società a prevalente capitale pubblico - Impossibilità (Corte di giustizia (Grande Sezione), sentenza 21 luglio 2005, causa C-231/03).....	1421
Giurisdizione - Attività di accertamento, liquidazione e riscossione dei tributi locali attraverso una società mista - È pubblico servizio paragonabile al partenariato pubblico - privato e non certo attività strumentale di supporto al servizio pubblico - Giurisdizione del giudice amministrativo (Consiglio di Stato, sentenza 1° luglio 2005, n. 3672)	1473
Appalti pubblici - Direttiva 89/655/CEE - Procedura di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici - Decisione di revoca di un bando di gara dopo l'apertura delle offerte - Sindacato giurisdizionale - Portata - Principio di effettività (Corte di giustizia, sentenza 2 giugno 2005, causa C-15/04)	1446
Inadempimento di uno Stato - Pesca - Obblighi di controllo a carico degli Stati membri - Sentenza della Corte che accerta un inadempimento - Omessa esecuzione - Art. 228 CE - Pagamento di una somma forfettaria - Imposizione di una penalità (Corte di giustizia, sentenza 12 luglio 2005, causa C-304/02)	1452

HANNO COLLABORATO A QUESTO NUMERO

- CHIARA ALBERTI, dottore di ricerca in Libertà fondamentali nel diritto amministrativo e costituzionale comparato e comunitario presso l'Università degli studi di Trento; titolare di assegno di ricerca in diritto amministrativo presso la SPISA dell'Università di Bologna
- MARCO ANTONIOLI, ricercatore di diritto amministrativo presso l'Università degli studi di Milano-Bicocca
- NURIA ARENAS, professore di diritto internazionale pubblico presso la Universidad de Huelva (Spagna)
- MASSIMO BALDINATO, avvocato del foro di Vicenza
- VALENTINA BETTIN, dottore in scienze politiche
- MONICA BONINI, professore associato di istituzioni di diritto pubblico presso l'Università degli studi di Milano-Bicocca
- CAMILLA BUZZACCHI, ricercatore di istituzioni di diritto pubblico presso l'Università degli studi di Milano-Bicocca
- MASSIMO CAPANTINI, dottore di ricerca in diritto dei servizi pubblici presso l'Università degli studi di Pisa
- ILARIA CARLOTTO, dottorando di ricerca in diritto costituzionale italiano ed europeo presso l'Università degli studi di Verona
- MARTA CARTABIA, professore straordinario di istituzioni di diritto pubblico presso l'Università di Verona
- GIANFRANCO CARTEI, professore straordinario di diritto amministrativo presso l'Università degli studi di Firenze
- EDOARDO CHITI, professore associato di diritto amministrativo presso l'Università degli studi di Lecce
- GIULIA CHITI, dottorando di ricerca in diritto internazionale e dell'Unione europea presso l'Università degli studi di Pisa
- C. DI PIETRO, dottore di ricerca in normative dei Paesi della CE relative al benessere e protezione animale presso l'Università degli studi di Messina
- SEBASTIANO FARO, ricercatore C.N.R. - Istituto documentazione giuridica
- DIANA-URANIA GALETTA, professore associato di diritto amministrativo presso l'Università degli studi di Milano
- VEERLE HEYVAERT, lecturer in law, London School of Economics and Political Sciences
- CARMELA LEONE, ricercatore di diritto amministrativo presso l'Università degli studi di Milano-Bicocca
- MAIA LOTTINI, dottore di ricerca in diritto amministrativo presso l'Università degli studi di Roma 3

FRANCESCA MARTINES, professore associato di diritto internazionale presso l'Università degli studi di Pisa

ALBERTO MASSERA, professore di diritto amministrativo presso l'Università degli studi di Pisa

A. PASSANTINO, professore associato di medicina legale veterinaria, legislazione veterinaria, protezione animale e deontologia presso l'Università degli studi di Messina

GIOVANNA PIZZANELLI, dottore di ricerca in diritto dei servizi pubblici nazionali e locali presso l'Università degli studi di Pisa

M. RUSSO, dottorando di ricerca in normative dei Paesi della CE relative al benessere e protezione animale presso l'Università degli studi di Messina

LAURA SCAMBIATO, avvocato del foro di Milano

GABRIELLA STANSFIELD, dottore in scienze politiche

GIANCARLO VILELLA, funzionario del Parlamento europeo, già direttore generale dell'Istituto internazionale di scienze amministrative

NURIA ARENAS

**IL SISTEMA DI PROTEZIONE TEMPORANEA
IN CASO DI AFFLUSSO MASSICCIO DI SFOLLATI.
LA DIRETTIVA 2001/55/CE.**

SOMMARIO: Introduzione. — I. L'importanza qualitativa della direttiva di protezione temporanea nell'ambito del diritto internazionale generale e nel diritto comunitario europeo. — 1. Diritto internazionale generale. La necessità di revisione normativa in materia di asilo. — 2. Diritto comunitario europeo. L'ineludibile necessità di un'armonizzazione comune di fronte ai fenomeni umanitari d'oltre confine. — II. Concezione del sistema. — 1. Particolarità del modello di comunitarizzazione scelto. — 2. Contestualizzazione: vincolo ed equidistanza con l'istituzione dell'asilo. — III. Caratteristiche singolari del dispositivo di protezione temporanea. — 1. Ambito di applicazione: i beneficiari della Protezione Temporanea. — 2. Incidenza nel ritorno degli sfollati come termine naturale del sistema. — 3. La solidarietà fisica e finanziaria come base del procedimento. — Conclusioni.

INTRODUZIONE.

Gli spostamenti di popolazione su larga scala suppongono un fenomeno diacronico nella storia dell'umanità, la quale, in tutti i tempi e sotto le più diverse circostanze, è stata obbligata a proporzionare una risposta giuridica di fronte alla domanda di assistenza e protezione internazionale delle persone circondate da questi pericoli.

La realtà contemporanea non ha potuto rimanervi estranea e specialmente l'Europa, come conseguenza dei conflitti sorti a causa del cambiamento nelle relazioni internazionali portato dalla Caduta del Muro di Berlino, ha sofferto ai suoi confini — durante la crisi jugoslava — il maggior esodo di popolazione dalla fine della Seconda Guerra Mondiale.

In questo contesto, la classica istituzione del rifugio, nata allo scopo di dare una copertura a tali richieste, entra in crisi,

Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario - 2005

proprio nel quarantesimo anniversario dell'adozione del Convegno che le fa da cornice — il Convegno di Ginevra del 1951 relativo allo Statuto dei Rifugiati(1). Nei prolegomeni della conflazione dei Balcani, l'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati (UNHCR) manifesta la convinzione che l'avanzamento e la naturalezza del problema dei rifugiati e la limitata capacità di assorbimento dei paesi di asilo indicavano, chiaramente, che i metodi tradizionali di protezione non risultavano più sufficienti e dovevano complementarsi con dei «punti flessibili», alludendo all'adozione di modelli di accoglimento temporaneo(2).

Le tragiche dimensioni che raggiunge il conflitto iugoslavo portano alla consapevolezza che tanto l'assistenza umanitaria, nel suo carattere classico e nel suo versante preventivo, quanto i meccanismi istituzionalizzati di risoluzione dei conflitti, fossero questi di carattere internazionale o regionale, non risultavano sufficienti per chiudere con la crisi o prevenire lo spostamento, per cui di conseguenza, l'accoglimento temporaneo nel territorio di altri Stati risulta ineludibile.

Come conseguenza dell'appello internazionale, gli Stati membri della Comunità Europea (CE) accolgono provvisoriamente gli sfollati nei loro territori sotto le più svariate formule giuridiche e, per tanto, con statuti e condizioni ugualmente divergenti. In alcuni casi si creano legislazioni specifiche per la protezione territoriale dagli esodi massicci, però la maggior parte di queste legislazioni nasce da impostazioni *ad hoc*, utilizzando la normativa di cui disponevano precedentemente per i casi di emergenza o attraverso dei concreti dispositivi che non presentavano continuità.

Risulta specialmente vistoso il carattere singolare delle misure, le quali soffrono del sufficiente consenso a livello europeo che avrebbe proporzionato una prospettiva comune ed una cooperazione congiunta. Non si dispongono criteri e piani di contingenza, un modello di accoglimento e uno statuto armonizzati, neppure si riescono a stabilire meccanismi di distribuzione della responsabilità finanziaria e fisica che riesca ad equilibrare le evidenti disequaglianze nell'accoglimento o relative ai costi dei pro-

(1) La Convenzione si adotta il 28 luglio del 1951 e, la sua entrata in vigor avviene con carattere generale, il 22 aprile del 1954.

(2) UNHCR. *Statement of the United Nation High Commissioner for Refugees to the International Meeting on Humanitarian Aid for Victims of the Conflict in the Former Yugoslavia*. Ginevra, 29 luglio del 1992.

grammi di rientro. Le evidenti mancanze relative alla stretta cooperazione che ci si aspettava dagli Stati membri, lanciano ugualmente la voce di allarme al riguardo (3).

L'idea sottostante a tutte le misure nazionali di protezione temporanea si basava sulla non considerazione *prima facie* degli sfollati come rifugiati (fossero anche persone bisognose di protezione internazionale), e nello stabilimento per un tempo limitato di uno statuto equilibrato in attesa di un rapido rimpatrio.

Si adattava, così, la classica risposta dell'«accoglienza temporanea tradizionale» per spostamenti massicci di popolazione — il cosiddetto *temporary refuge* —, ad una *nuova prospettiva* che, indipendentemente dalle singolari particolarità che presenta a livello nazionale, richiede un'*approssimazione comune europea* al riguardo come forma di complemento alle iniziative individuali degli Stati. Il livello di integrazione europeo che ci si aspettava alle porte del XXI secolo non poteva permettersi tale individualità e diversità incoerenti con il mezzo comunitario e inefficaci di fronte a un problema che ha dimostrato la sempre maggiore interdipendenza statale.

In questo modo, il 20 luglio del 2001 si coronano gli sforzi normativi iniziati nel decennio degli anni novanta con l'adozione della *Direttiva 2001/55/CE del Consiglio 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'accoglimento degli stessi* (4).

Si tratta di una norma di diritto derivato adottata in risposta all'obbligo previsto dal Trattato costitutivo — in concreto dall'art. 63.2 TCE —, che, oltre ad esprimere un obbligo giuridico specifico, possiede, altresì, importanti implicazioni ulteriori. In un'analisi prospettiva, la Direttiva può qualificarsi emblematica non solo per il Diritto europeo, per quanto imprescindibile tappa per la piena realizzazione del «sistema comune europeo di asilo»

(3) Si veda K. KERBER, *Temporary Protection in the European Union: a Chronology*, en *GILJ*, vol. 14, n. 1, 1999, pp. 36-38. J. VAN SELM-THORBURN, *Refugee Protection in Europe Lessons of the Yugoslav Crisis*, Martinus Publishers, The Hague/Boston/London, 1998. J. VAN SELM-THORBURN (coord.), *Kosovòs Refugees in the European Union*, Pinter, London and New York, 2000.

(4) *GUCE*, L 212 del 7 luglio 2001, pp. 0012-0023. In funzione dell'articolo 33 della Direttiva l'entrata in vigore è prevista nello stesso giorno della sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee.

— preconizzato dal Trattato di Amsterdam — ma anche dal Diritto internazionale, come norma paradigmatica della recente evoluzione del Diritto internazionale dei Rifugiati (DIR), nel quale la considerazione dell'accoglienza temporanea di popolazioni in pericolo suppone il risorgimento di una rinnovata protezione territoriale come risposta alla sfida degli esodi contemporanei.

In sintesi, è possibile affermare che la Direttiva costituisce il primo strumento giuridico che affronta gli spostamenti di massa dal punto di vista della loro accoglienza territoriale, attraverso un dispositivo di carattere eccezionale che nasce da istanze comunitarie e che si basa su una divisione equa tra gli Stati membri degli oneri associati a tale accoglienza. Tale protezione risulta un modello fino ad ora sconosciuto. Da ciò il fatto che si dedichi il primo paragrafo di questo studio all'importanza qualitativa della Direttiva sulla Protezione Temporanea, tanto per il Diritto internazionale generale, quanto per il Diritto comunitario europeo. A continuazione, si analizza la concezione di tale sistema da parte del legislatore comunitario, come introduzione al più fondamentale terzo paragrafo, dedicato agli assi normativi dell'istituzione.

In ogni caso, né è possibile considerare in questa sede tutte le particolarità del procedimento, né la Direttiva (norma che impone un'obbligo di risultato) può rispondere a tutti gli interrogativi di origine pratico che può suscitare questo tipo di protezione. Occorrerà attendere, logicamente, la trasposizione della stessa da parte degli Stati membri. Questi devono adottare le misure nazionali necessarie per il conseguimento di specifiche norme che possano essere invocate dagli stessi beneficiari. In base all'articolo 32 della Direttiva, il termine per la sua entrata in vigore è spirato il 31 dicembre del 2002. A questo proposito, è importante rilevare che l'Italia è stata fra i primi Stati parte a rendere conto alla Commissione della sua normativa di applicazione della Direttiva, con il *Decreto Legislativo 7 aprile 2003, n. 85 «Attuazione della direttiva 2001/55/CE relativa alla concessione della protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati ed alla cooperazione in ambito comunitario»* (5), della quale considereremo alcune particolarità più avanti nel nostro discorso.

(5) *Gazzetta Ufficiale*, n. 93 del 22 aprile 2003.

I. L'IMPORTANZA QUALITATIVA DELLA DIRETTIVA DI PROTEZIONE TEMPORANEA NELL'AMBITO DEL DIRITTO INTERNAZIONALE GENERALE E NEL DIRITTO COMUNITARIO EUROPEO.

1. *Diritto internazionale generale. La necessità di una revisione normativa in materia di asilo.*

Nei casi di affluenza su grande scala, gli Stati non si sono manifestati conformi nell'assunzione di concrete obbligazioni internazionali nei confronti di collettivi di persone sfollate in circostanze così eccezionali. Ciò può spiegare in gran parte la precarietà normativa della regolazione internazionale delle affluenze massicce, in cui si osserva la mancanza di strumenti giuridici relativi a tali fenomeni e per contro risposte troppo legate alle singole situazioni e fondate su obbligazioni indirette. Da ciò, quindi, l'importanza qualitativa della Direttiva comunitaria relativamente all'ambito internazionale.

Nessun trattato internazionale ha affrontato questo problema con carattere generale. C'è di più ancora, il DIR si è sviluppato con una impropria tendenza individualizzante della problematica che dette origine alla sua nascita: i *gruppi* di persone esiliate. Si genera, così, un paradosso inerente a questa porzione di ordinamento giuridico internazionale, nella quale, rappresentando gli sfollamenti su grande scala la sua maggiore sfida, si conforma un autentico sistema di assistenza e di protezione giuridica a carattere obiettivo per i rifugiati considerati individualmente.

Questo non vuol dire che non si siano offerte risposte da parte del Diritto a tali fenomeni così complessi. Sia previamente all'adozione del Convegno che inquadra la materia dei rifugiati che posteriormente allo stesso, la comunità internazionale si è vista forzata a dare assistenza istituzionale e protezione, per lo meno temporanea, alle persone esiliate in massa; la differenza sta nel fatto che l'attenzione verso questi flussi massicci di popolazione partiva dall'eccezionalità del fenomeno e per tanto, dalla *eccezionalità* della risposta internazionale. Si trattava di soluzioni *ad hoc* per circostanze determinate, per cui si produce una particolare *dipendenza di fatto* che si è convertita in una caratteristica propria della regolazione degli sfollamenti forzosi e massicci della popolazione.

Allo stesso tempo, l'accoglienza temporanea è sorta attraverso iniziative eminentemente *pragmatiche*. L'accoglienza temporanea trova ragione della sua applicazione per «motivi umanitari» ampiamente dipendenti dall'assistenza-internazionale e si ritrova tutelata dalla cornice giuridica protettiva del Convegno di Ginevra, del quale alcune disposizioni — in concreto il principio di *non refoulement* —, sono state usate indirettamente con risultati essenziali per la conformazione dell'obbligazione consuetudinaria di dare accoglienza temporanea ai popoli sfollati (6).

Questo principio funge da base inespugnabile tanto che si potrebbe definire «precedente remoto» del modello di Protezione Temporanea della Direttiva: il *temporary refuge* come suo «precedente mediato»: la protezione temporale di base nazionale concessa a ragione degli sfollamenti massicci provenienti dall'antica Jugoslavia (7).

Certo risulta interessante anticipare che le basi stabilite per quelli che consideriamo precedenti remoti e mediati della norma di Diritto derivato sono state mantenute, in sostanza, nell'ambito della concreta regolamentazione giuridica offerta dalla Direttiva di Protezione Temporanea.

(6) Anche se il Convegno di Ginevra non risulta direttamente applicabile ai casi di esodo massiccio, ciò non esclude che sia una disposizione dello stesso, il principio di *non refoulement* (art. 33.1 Convegno di Ginevra), la base giuridica dell'accoglienza temporanea dovuta a questi collettivi. Nella misura in cui non sia possibile procedere ad una espulsione o ad un rifiuto alla frontiera di uno straniero proveniente da uno Stato nel quale la sua vita, integrità fisica e morale o libertà corrano il pericolo di essere lese, sembra obbligatorio concedere un'accoglienza anche se di carattere temporaneo. Se questa interpretazione si ritrova ampiamente riconosciuta riguardo ai «rifugiati di fatto», che vengono considerati individualmente, risulta più controversa rispetto agli sfollamenti di massa. Tuttavia, noi iziammo sostenendo l'esistenza di un'obbligazione generale di tutti gli Stati di consentire l'entrata e almeno, il rifugio temporaneo, nel caso in cui sia applicabile il principio della non devoluzione ai casi di sfollamento su grande scala. A sostegno di questa affermazione può essere consultato l'eccellente lavoro dei Professori Lauterpacht y Bethlehem, E. LAUTERPACHT-D. BETHLEHEM, *The Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement*, 20 de junio de 2001, pp. 154-157.

UNHCR fa sue le principali conclusioni del lavoro: Il Principio di non devoluzione, Consulte Globali sulla Protezione Internazionale, Tavola Rotonda di esperti a Cambridge (9-10 luglio del 2001), organizzata dall'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati e il Centro Lauterpacht di Investigazione sul Diritto Internazionale. Riassunto delle Conclusioni, para. 4 e 5.

(7) Più avanti nel testo si utilizzerà l'espressione inglese «temporary refuge» per poterla distinguere dalla protezione temporanea che si concede in Europa a causa degli sfollamenti provenienti dall'ex Jugoslavia, così come dalla «Protezione Temporanea» concessa dalla Direttiva. Si procede così in modo da evitare la confusione delle istituzioni giuridiche.

È possibile affermare che vengono conservati sia la qualità *eccezionale* dell'accoglienza temporanea — non invano definita, nel suo articolo 2. a), come un procedimento di carattere eccezionale per i casi di affluenza massiccia; non applicabile, per tanto, in modo generale, a qualsiasi tipo di sfollamento, né a qualunque esilio di massa —, che il carattere *provvisorio* della protezione, come il suo sostenimento nella cooperazione o assistenza internazionale, ed in questo caso, l'accoglienza nel territorio viene appoggiata dalla cosiddetta «solidarietà comunitaria» (il noto principio di *burden sharing* o *responsability sharing*).

La differenza sostanziale può essere contemplata nell'abbandono delle formule *ad hoc*, per conformare un sistema di accoglienza temporanea in termini generali con uno statuto giuridico e con delle regole di procedimento prestabilite con carattere previo allo sfollamento in sé, e giuridicamente obbligatorio, per un collettivo di Stati che hanno deciso, congiuntamente, ed in modo espresso di assumere questa responsabilità: gli Stati membri della CE.

2. *Diritto comunitario europeo. L'inevitabile necessità di un'approximazione comune di fronte ai fenomeni umanitari d'oltre confine.*

I dibattiti attorno al contenuto della norma di diritto derivato sono durati lunghi anni. Tuttavia, il modo di affrontare la sfida avanzata dagli sfollamenti massicci di popolazione nell'ambito della Comunità risulta, in realtà, una preoccupazione relativamente recente: la necessità normativa nasce come conseguenza degli esodi prodottisi a causa del conflitto iugoslavo, dato che mai prima d'allora era stato oggetto di qualche iniziativa al riguardo.

Durante il decennio degli anni ottanta e gran parte degli anni novanta, la regolamentazione dell'asilo emersa in Europa pretende di dare una risposta ad altri tipi di domande⁽⁸⁾ e gli strumenti normativi adottati sono caratterizzati da ciò che po-

(8) Per l'analisi comparato e costituzionale della immigrazione a Italia e alla Spagna, *vid.* M. REVENGA SÁNCHEZ, *Problemas Constitucionales de la Inmigración: Una visión desde Italia y España*, II Jornadas Italo-Españolas de Justicia Constitucional, Giuffrè editore, UCA Servicio de Publicaciones, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

tremmo chiamare *il paradigma del contenimento dei flussi*. Nel mezzo di questa dinamica, si produce uno sfollamento su grande scala di tale grandezza che l'Europa non si trova sufficientemente preparata per affrontarlo a partire dalle proprie istituzioni. Non si era raggiunta l'adeguata armonizzazione normativa né strutturale per dare da una prospettiva comune una risposta appropriata al problema dell'accoglienza negli Stati membri. Nemmeno si può ritenere che esistesse la sufficiente consapevolezza della reale necessità di affrontare il problema della protezione territoriale partendo da questa consolidata base. L'adesione alla cooperazione si manifesta allo scopo di risolvere il conflitto armato e prevenire il flusso *in situ*, attraverso l'assistenza internazionale. Per questo, nonostante l'accoglienza, almeno provvisoria, fosse stata presa in considerazione agli inizi della conflagrazione, in realtà si confidava nel fatto che questa non giungesse ad essere necessaria.

La necessità dell'accoglienza si riflesse nelle legislazioni degli Stati membri, però non si materializzò in una comune approssimazione normativa allo scopo di procedere alla necessaria coordinazione della stessa, nemmeno nel 1999 con la nuova crisi kossovara.

Le iniziative adottate in ambito di Giustizia ed Affari Interni (GAI), a seguito del Trattato di Maastricht, stabiliscono disposizioni di emergenza nelle quali si considera l'accoglienza temporanea nella sua maggior eccezionalità (9). Quelle che pretendono un'approssimazione più generale della protezione temporanea mancano della relativa naturalezza giuridica delle misure disposte dal vecchio articolo k.3 — e nel profondo di un autentico consenso in materia —, per cui, in definitiva, le proposte di azione comune non giunsero mai ad essere applicate (10).

Le immediate conseguenze sono consistite nel maggior margine di manovra statale e, per tanto, nell'adozione di misure uni-

(9) *Risoluzione del Consiglio del 25 settembre del 1995*, sulla divisione degli sforzi relativi all'accoglienza e alla permanenza, a carattere temporaneo, degli sfollati assieme con la *Decisione del 4 marzo del 1996*, su un procedimento di allerta e urgenza per la divisione degli sforzi relativi all'accoglimento e alla permanenza, a carattere temporaneo, degli sfollati. *GUCE*, n. C 262 del 7 ottobre 1995, pp. 001-003 e *GUCE*, n. L 063 del 13 marzo 1996, pp. 010-011 rispettivamente.

(10) *Proposte di Azione Comune del 1997 diretta dal Consiglio ai sensi della lettera b) del paragrafo 2 k.3 del Trattato dell'Unione Europea in materia di protezione temporanea degli sfollati e quella modificata del 1998*. *GUCE*, n. C 106 del 4 aprile 1997, pp. 013-016 e *GUCE* n. C 268 del 24 giugno 1998.

lateralmente che non fecero altro che aggravare l'insicurezza di cui soffriva la regione, provocare un vistoso disequilibrio nell'accoglienza e una diversità normativa nella regolamentazione di questo fenomeno, considerando anche di trovarci fra Stati che appartengono alla stessa orbita giuridica.

Alla luce di tale esperienza, l'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam, e la celebrazione del Consiglio Europeo a Tampere — nei giorni 15 e 16 ottobre del 1999 —, si accorda l'adozione di una *Proposta di Direttiva del Consiglio sulle norme minime per la concessione della protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati e sulla promozione dell'equilibrio degli sforzi tra gli Stati membri che ricevono gli sfollati e subiscono le conseguenze dell'accoglienza degli stessi*(11), che dispone le questioni relative alla protezione temporanea in un posto preferente e di urgenza mediata(12).

Culmina così un lungo processo di negoziazioni relative ad una materia scaturita dalla necessità degli avvenimenti che riguardarono l'Europa nei primi anni Novanta e che rese esplicite le deficienze intrinseche all'armonizzazione normativa e le necessità di coesistenza interna fra gli Stati membri.

Riteniamo che il mandato previsto nel Trattato di Amsterdam per l'effettiva regolamentazione della Protezione Temporanea degli sfollati non risulta una conseguenza della previa evoluzione della regolamentazione dell'asilo (iniziata negli anni ottanta). La Jugoslavia fu il detonante che aprì il vaso di Pandora dell'accoglienza temporanea, per cui dubitiamo che la dinamica propria della regolamentazione normativa dell'asilo in Europa, senza tale spinta, avrebbe determinato nell'ambito dell'asilo un modello di protezione con queste caratteristiche.

In qualsiasi caso, nell'ambito comunitario si sta formando un « sistema comune europeo di asilo » che potrebbe produrre, in

(11) D'ora in poi, *Proposta di Direttiva del 2000*, GUCE, n. C 311E/2001, p. 251.

(12) Dopo l'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam il 1 maggio del 1999, non solo viene trasformato l'ambito giuridico nel quale si stavano regolando le materie relative all'asilo ed alle questioni di immigrazione tramite la comunitarizzazione effettuata dal Titolo IV del TCE — intitolato « visti, asilo, immigrazione ed altre politiche connesse con la libera circolazione delle persone » —, ma anche questa cessione di competenze si è trasformata in un inaudito interesse — fino ad ora — ad armonizzare concetti basilari per la conformazione di un sistema europeo di protezione delle persone in pericolo. Tale modello si mostrerà in una presa di posizione definitiva rispetto alle richieste fatte a proposito negli ultimi anni e che, data l'ambizione dei contenuti, avrà un'importante influenza nell'ambito internazionale.

un breve periodo di tempo, straordinari risultati in materie che erano appartenute in modo tradizionale alla sfera più gelosa della competenza statale e rispetto alle quali non sembrava potesse esserci maggior avvicinamento normativo di quello risultante dalla cooperazione intergovernativa più stretta.

È nella formazione di un concreto «spazio di libertà, sicurezza e giustizia» (articolo 61 del TCE) che la politica comune di asilo gioca un ruolo preponderante, e come forma di complemento allo stesso, compare la necessità di adottare delle norme minime per concedere protezione temporanea agli sfollati che non possono ritornare al loro luogo d'origine (articolo 63.2. *a e b*).

L'ultimo passo nel processo di evoluzione visto risulta dalla comune *aprossimazione* al problema degli sfollamenti forzosi di popolazione su larga scala attraverso la loro accoglienza temporanea nel territorio degli Stati membri, da una prospettiva comunitaria. Questo è il punto centrale che la Direttiva di Protezione Temporanea oggetto di questo studio viene a sistematizzare.

La norma andrebbe a compensare gli eccessi degli anni precedenti e a confermare che la quasi comunitarizzazione può essere molto più vantaggiosa che pregiudizievole; d'altro canto, in uno sforzo per equilibrare le necessità internazionali ed il pragmatismo, crea nuove obbligazioni internazionali sulla base della compensazione degli sforzi. Si offre uno statuto generoso in cambio di una protezione provvisoria, orientata al rientro e basata sul principio di solidarietà comunitaria; un modello caratterizzato da un'accoglienza immediata in cambio di assenza di un programma di integrazione.

Insomma, considerati i recenti sviluppi nell'ambito dell'Europa comunitaria, il problema degli «sfollamenti forzati e massicci di popolazione» non suppone solo una fra le più importanti sfide per il DIR, ma anche che la risposta resa protagonista dalla «protezione temporanea» e, più in concreto, la sua regolamentazione in ambito europeo possa considerarsi una delle pietre miliari più importanti degli ultimi tempi, non soltanto per ciò che presuppone nel grado di comunitarizzazione di queste materie nel seno dell'Unione, ma anche per le ripercussioni che l'adozione della Direttiva provoca sull'obbligazione internazionale generale di accoglienza, perché presuppone la prima norma giuridica a ca-

rattere generale che regola la protezione territoriale dagli afflussi massicci della popolazione, lasciando da parte le evidenti ripercussioni che si potrebbero avere in futuro per lo sviluppo di una nuova prospettiva di protezione per le persone in pericolo nel Diritto internazionale generale.

II. CONCEZIONE DEL SISTEMA.

1. *Particolarità del modello di comunitarizzazione scelto.*

In virtù dell'articolo 63.2 TCE:

«1. Il Consiglio, in conformità con il procedimento previsto dall'articolo 67, adotterà, nel termine di cinque anni a partir dalla data di entrata in vigore del Trattato di Amsterdam;

2. misure relative ai rifugiati ed agli sfollati, nei seguenti ambiti:

a) norme minime per concedere protezione temporanea agli sfollati provenienti da paesi terzi che non possono ritornare al proprio paese d'origine e per le persone che per altro motivo necessitano di protezione temporanea;

b) promozione dell'equilibrio degli sforzi tra gli Stati membri per l'accoglienza dei rifugiati e degli sfollati e per l'assunzione delle conseguenze di tale accoglienza».

L'articolo 63.2, ai punti a) e b), costituisce la base giuridica — doppia base giuridica —, del sistema di Protezione Temporanea, e in virtù della stessa è possibile dedurre che la CE *non ha competenze esclusive* rispetto alla politica comune di asilo. Per tanto, in ciò che riguarda la creazione di un dispositivo di Protezione Temporanea per i flussi massicci di popolazione agisce nella misura in cui risulta un problema sopranazionale che richieda un'attuazione a questo livello per la sua maggior efficacia.

In realtà, la Comunità ostenta una competenza di attribuzione che come tale, risulta limitata, determinata ed espressa, perché deriva da una competenza sovrana anteriore di cui si è deciso condividere l'esercizio a livello comunitario. Tanto la Comunità quanto gli Stati membri concorrono a regolare questa materia in modo che tutti gli interventi in ambito europeo rispondano al gioco dei principi di sussidiarietà (articolo 5.2 TCE) e dell'onnipresente principio di proporzionalità (articolo 5.3 TCE). Questo campo di competenze compartite si definisce principalmente me-

dianete la *Direttiva*, la quale, per definizione, necessita dell'azione normativa degli Stati (trasposizione).

Si sceglie, per tanto, questa determinata fonte del Diritto derivato che permette di fissare quelle norme minime alle quali alludeva l'articolo del Trattato, lasciando allo stesso tempo agli Stati membri — esclusivi destinatari della stessa —, la scelta della forma e dei mezzi più adeguati per applicarla all'interno del proprio ordinamento giuridico e contesto nazionale (articolo 249 TCE).

Malgrado quanto surriferito, ciò non è stato di ostacolo alla convivenza di questa norma con i sistemi nazionali di protezione temporanea destinati ad entrare in azione in virtù delle proprie concrete particolarità. La *Direttiva di Protezione Temporanea* non presuppone il soppiantarli, ma un meccanismo alternativo, nella misura in cui si renda necessaria tale azione ad un livello superiore di quello statale, vale a dire, in caso di affluenza, di particolare entità, di sfollati.

La *Protezione Temporanea europea* non risulta incompatibile con le protezioni temporanee nazionali ma coesiste con esse. Non si tratta di una misura che presuppone l'esercizio di una competenza esclusiva in materia di protezione temporanea per le ipotesi di flusso massiccio, ma di una strategia comunitaria che va ad interagire con quella che gli Stati mantengono. La «comunitaria» ha un proprio contenuto e proprie regole concrete di procedimento (si attiva tramite una decisione del Consiglio a maggioranza qualificata). Questa sì è una competenza compartita però in un certo qual modo «escludente» perché quando si inizia la protezione temporanea comunitaria, questa risulta obbligatoria per gli Stati membri, i quali, dovrebbero ripiegare le proprie misure interne se queste fossero già in atto.

Sono norme coerenti con il suo carattere derivato; non hanno come obbiettivo quello di sopprimere i regimi nazionali di protezione temporanea, ma quello di crearne uno distinto e complementare. Per questo motivo, non si può dire che quanto dispone sia applicabile a categorie di sfollati che siano giunti anticipatamente alle frontiere e che stiano già godendo di protezione all'interno di uno Stato membro. Invece, lo sfollato che sia entrato nelle frontiere comunitarie con il «salvacondotto» comunitario si regolerà, necessariamente, con la *Direttiva*.

Lo scopo è salvo, persone con caratteristiche simili hanno protezione analoga, la decisione sovrana dello Stato membro risulta rispettata, così come il carattere di norma di diritto derivato, la quale non pretende sostituire nessun'altra disciplina interna più favorevole.

Dunque, non si tratta di livelli, il comunitario e il nazionale, necessariamente alternativi o escludenti. Per cominciare, la protezione comunitaria stabilisce norme minime e non solo perché sia stata articolata attraverso una Direttiva ma anche perché il Trattato — come si è visto —, non ha attribuito alla Comunità una competenza piena o completa, ma predetermina un minimo comune denominatore europeo compatibile con un numeratore nazionale diverso. Quello che il Diritto comunitario impedisce è, insomma, un minor livello di protezione, che sia inferiore a quel comune denominatore. E di più ancora, in realtà, una volta trascorso il termine di trasposizione, nessun ordinamento nazionale potrebbe stabilire un livello inferiore, oppure opporsi o condizionare il suo regime di protezione al margine del sistema europeo. Nell'uso di questa norma di Diritto derivato soggiace la classica dialettica fra la tendenza statale a conservare porzioni che tradizionalmente sono appartenute alla propria sovranità e che, conseguentemente, pretende regolare in via esclusiva, e la dinamica espansiva che problemi quali lo sfollamento massiccio di popolazione provocano negli Stati che, superati per le conseguenze di detti fenomeni, si trovano nella posizione di «compartire» o cedere parte della propria sovranità in questo ambito che si converte in un'area di interesse internazionale e per tanto chiamata ad una maggiore attuazione a livello comunitario.

La Direttiva pretende un equilibrio tale da convertirsi certamente in una norma complessa. Da un lato, crea un dispositivo comune europeo di protezione temporanea per i casi eccezionali di affluenza massiccia, mentre allo stesso tempo pretende l'armonizzazione legislativa dei sistemi nazionali di accoglimento che — come confessa la Commissione — risultavano divergenti, imperfetti e che spesso si dovettero impiantare in maniera precipitata e puntuale (13).

(13) *Si veda la Proposta di Direttiva del 2000, Esposizione dei Motivi, para. 2.4 y 5, p. 4.*

2. *Contestualizzazione: vincolo ed equidistanza con l'istituzione dell'asilo.*

In virtù dell'articolo 2 a) — disposizione definitoria in quanto fornisce il significato di distinti termini che si utilizzeranno più avanti nel testo legislativo —, si intenderà per «Protezione Temporanea», agli effetti della presente Direttiva:

«la procedura di carattere eccezionale che garantisce, in caso di afflusso massiccio o di imminente afflusso massiccio di sfollati provenienti da paesi terzi che non possono rientrare nel loro paese d'origine, una tutela immediata e temporanea alle persone sfollate, in particolare qualora vi sia anche il rischio che il sistema d'asilo non possa far fronte a tale afflusso senza effetti pregiudizievoli per il suo corretto funzionamento, per gli interessi delle persone di cui trattasi e degli altri richiedenti protezione»(14).

Nella definizione si trovano non solo il concreto ambito di applicazione del dispositivo di Protezione Temporanea (casi eccezionali di afflusso massiccio), ma anche i tratti caratteristici dello stesso (protezione immediata e temporanea), a cui si aggiunge il riferimento al sistema d'asilo come giustificazione alla necessità di creare un meccanismo alternativo, precisamente come formula di salvaguardia del suo buon funzionamento in circostanze di tale importanza. Da qui, una delle chiavi per comprendere l'interesse comunitario verso l'adozione di una normativa di accoglienza in caso di afflusso su grande scala, vale a dire, la destabilizzazione delle strutture tradizionali di determinazione dello statuto del rifugiato.

Ciò nonostante, e a differenza del diritto d'asilo, l'articolo 2 della Direttiva non pretende di creare un nuovo diritto esigibile dagli sfollati che non possono rientrare nel loro paese d'origine. In realtà, si presenta come un'*aspettativa di protezione più che come diritto soggettivo*. Il dispositivo si attiva con una decisione adottata dal Consiglio a maggioranza qualificata su iniziativa della Commissione(15); per tanto, dipende da una previa

(14) Si veda l'articolo 2.1.a) del Decreto legislativo italiano:

«“protezione temporanea”: la procedura di carattere eccezionale che garantisce, nei casi di afflusso massiccio o di imminente afflusso massiccio di sfollati provenienti da Paesi non appartenenti all'Unione europea che non possono rientrare nel loro Paese d'origine, una tutela immediata e temporanea alle persone sfollate, in particolare qualora sussista il rischio che il sistema d'asilo non possa far fronte a tale afflusso».

(15) Secondo l'articolo 5.1 della Direttiva risulta che l'istituzione competente per *iniziare* il procedimento sia la Commissione, d'ufficio o su istanza di uno stato membro,

qualificazione della situazione da parte delle istituzioni — criteri sostantivi —, le quali decideranno — criteri procedurali —, se presentino tutte le condizioni per l'applicazione di un sistema eccezionale come quello proposto.

Non si può affermare che qualunque afflusso massiccio richiederà l'azione comunitaria (così solo quella che così stabilirà la Comunità stessa), né che i beneficiari descritti nel suo articolato ottengono, per il mero fatto di esserlo, la possibilità di sollecitare un'accoglienza. Si tratta di un meccanismo eccezionale che può essere attivato solo in casi di emergenza e che in funzione della sua flessibilità — nella misura in cui non richieda una determinazione individualizzata di ciascun soggetto — dispone un'accoglienza immediata anche se limitata nel tempo ed indirizzata al rientro degli sfollati. Infine, attraverso il meccanismo di solidarietà su cui si basa, permette, in generale, al sistema di protezione un miglior funzionamento in situazioni di crisi di tale profondità.

Nel panorama del Diritto internazionale sono note le coordinate che incorniciano il regime giuridico del *rifugiato* e dell'*asilo*, in generale, e del rifugio temporaneo, in particolare. In termini di comparazione, la Protezione Temporanea europea si caratterizza per essere un meccanismo centralizzato — lo decide il Consiglio, non gli Stati membri in modo individuale —, e di carattere di gruppo o *collettivo* — in quanto è destinato ad un collettivo di persone che non hanno bisogno di dimostrare nell'ambito di un procedimento singolare il pericolo che corrono o potrebbero correre —, *oggettivo* — poiché non si attua prestando attenzione a considerazioni soggettive — e con vocazione *temporanea*.

Risulta chiaro che non si va ad attribuire un diritto soggettivo esigibile di fronte all'Amministrazione od ai tribunali, però una volta decisa dal Consiglio la sua entrata in vigore porta tutto un insieme di effetti e conseguenze giuridiche, ora sì esigibili immediatamente, come l'insieme dei diritti che compongono il patrimonio giuridico degli sfollati. Non è un sistema di protezione in-

che il compito di esaminare la sollecitudine di attivazione promossa dallo stato membro. La proposta della Commissione sbocca in Consiglio che è l'istituzione competente per *decidere* sull'applicazione della Protezione Temporanea conformemente alla direttiva. Si tratta di una decisione che nasce dalla collaborazione o dal cosiddetto tandem, fra Commissione-Consiglio, in quanto non si prevede la partecipazione del Parlamento Europeo in detta fase del procedimento, dato che deve essere solamente informato una volta adottata la decisione finale.

dividuale (asilo) anche se dispensa una tutela giuridica, giacché non si tratta semplicemente di un atto di mera tolleranza o esercizio umanitario. Consiste, insomma, in una protezione collettiva, le cui regole di gioco sono state definite previamente dalla Direttiva, e che costituisce un complemento del Diritto comunitario a favore del Diritto internazionale (16).

Per il resto, un dispositivo di protezione temporanea dedicato in esclusiva ai flussi di massa presuppone un'importante salvaguardia contro l'«abuso dell'accoglienza temporanea» a scapito dell'asilo. Non consideriamo, in un'analisi teorica della norma, che si tratta di un meccanismo *alternativo* ai procedimenti tradizionali di asilo dovuto alla difficoltà di applicarli in una situazione così complessa come quella che generano i flussi massicci di popolazione. Ci sembra che sia un dispositivo *complementare* allo stesso, perché non esclude l'applicazione del procedimento di determinazione dello status di rifugiato, ma semplicemente lo ritarda al fine di offrire un'immediata protezione al collettivo definito (17). La Protezione Temporanea emerge così come un sistema complementare «sistema europeo comune di asilo» volto a farlo funzionare correttamente.

I sistemi di protezione collettiva ed individuale rispondono, in effetti, a situazioni di fatto o a fattori ben distinti e da qui ne deriva la diversità del suo regime giuridico. La protezione individuale tende ad allungarsi in modo indefinito (la persecuzione è uno dei motivi ragione del soggetto; le cause di cessazione possono risultare di impossibile o di difficile determinazione, ecc.). La protezione collettiva, al contrario, nata per fare fronte ad un

(16) Cfr. N. ARENAS HIDALGO, *La institución de la protección temporal en Europa. Ejes conceptuales de la acogida territorial debida a las poblaciones desplazadas de forma masiva*, nell' *Anuario de Derecho Europeo*, vol. 3, 2003, p. 103.

(17) In virtù dell'articolo 17 della Direttiva, le persone che godono della protezione temporanea devono poter essere in grado di presentare in qualsiasi momento una domanda d'asilo. Tuttavia, la norma permette che il suo esame possa essere sospeso nel caso in cui siano già beneficiari della protezione temporanea, disposizione controversa, senza dubbio. Questo sì, l'esame delle domande che non sono state vagliate prima della fine del periodo di protezione temporanea è portato a termine dopo la fine del periodo suddetto.

Così è accolto dal Decreto Legislativo italiano. Articolo 7: «L'ammissione alle misure di protezione temporanea non preclude la presentazione dell'istanza per il riconoscimento dello status di rifugiato ai sensi della Convenzione di Ginevra. Il decreto di cui all'articolo 3, comma 1, stabilisce i tempi dell'esame delle domande per il riconoscimento dello status di rifugiato presentate da persone che beneficiano della protezione temporanea, con riferimento all'eventuale rinvio dell'esame e della decisione sull'istanza al termine della protezione temporanea».

fenomeno di sfollamento massiccio, senza entrare nelle circostanze soggettive, offre una tutela immediata e temporanea, nella misura in cui tende a concludersi una volta scomparse le cause che l'hanno generata, e la cui commensurabilità, anche se sempre difficile, possa risultare meno ardua rispetto ai casi di protezione individuale.

III. CARATTERISTICHE SINGOLARI DEL DISPOSITIVO DI PROTEZIONE TEMPORANEA.

Non si possono considerare qui tutte le particolarità del procedimento che presenta la norma di Diritto derivato come tesi per il dibattito. Si tratta più semplicemente di analizzare quei concetti fondamentali idonei a permettere una visione d'insieme. Così, nell'ambito concettuale, su ciò che è relativo al suo presupposto di fatto, cioè, il carattere eccezionale dell'afflusso massiccio ed il carattere temporaneo di un'accoglienza orientata in modo particolare al rientro degli sfollati al proprio paese d'origine. E come base del dispositivo, il bisogno di solidarietà intesa come divisione equilibrata delle responsabilità associate a tali fenomeni (18).

1. *Ambito di applicazione: i beneficiari della Protezione Temporanea.*

La sicurezza delle persone è attualmente minacciata da complessi fattori che si intrecciano. Di conseguenza, i movimenti massicci di popolazione, in crisi di emergenza, sono di solito caratterizzati dalla loro naturalezza *mista*. Ciò nonostante, il dispositivo di Protezione Temporanea definito in questa direttiva, come risposta giuridica a tali sfollamenti massicci, diventa *selettivo*.

Gli Stati membri della CE hanno deciso di dare protezione a dei collettivi in concreto e non a tutti quelli che si manifestino in massa. In questo modo, lo sfollamento su grande scala si converte

(18) Riguardo a questi temi, si veda N. ARENAS HIDALGO, *El sistema europeo de Protección Temporal. El resurgimiento de una renovada acogida territorial como respuesta a los desplazamientos masivos de población*, en *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. LV, 2/2003, pp. 745-777.

in una condizione determinante però non nel criterio esclusivo di scelta. A quest'ultimo va aggiunta l'assunzione di alcuni «pericoli» rispetto ai quali esiste un accordo unanime sulla necessità di offrir loro delle risposte. Non si va a dare protezione a tutti gli sfollati in modo massiccio ma a «determinati sfollati in modo massiccio», quelli che si sono visti esposti a determinate minacce rispetto alle quali gli Stati si sono compromessi nel dare protezione attraverso strumenti giuridici nazionali o internazionali.

Per conoscere quale tipo di sfollamento massiccio sia oggetto di attenzione da parte della norma di Diritto derivato, si deve ricorrere all'articolo 2 c). Secondo tale disposizione, si considereranno «sfollati»:

«i cittadini di paesi terzi o apolidi che hanno dovuto abbandonare il loro paese o regione d'origine o che sono stati evacuati, in particolare in risposta all'appello di organizzazioni internazionali, ed il cui rimpatrio in condizioni sicure e stabili risulta impossibile a causa della situazione nel paese stesso, anche rientranti nell'applicazione dell'articolo 1 A della Convenzione di Ginevra o di altre normative nazionali o internazionali che conferiscono una protezione internazionale, ed in particolare:

I. — le persone fuggite da zone di conflitto armato o di violenza endemica;

II. — le persone che siano soggette a rischio grave di violazioni sistematiche o generalizzate dei diritti umani o sino vittime di siffatte violazioni» (19).

Attraverso la lettura combinata degli articoli 2 a), c) e d); 3.4; 7 e 28 della Direttiva verifichiamo che la Protezione Temporanea andrebbe rivolta verso:

1. Potenziali Rifugiati: sfollati di paesi terzi che potrebbero essere considerati rifugiati in base all'articolo 1 A 2 della Convenzione di Ginevra.

(19) Fedele alla Direttiva, l'articolo 2.1 c) del Decreto Legislativo italiano stipula:

«“sfollati”: i cittadini di Paesi terzi o apolidi che hanno forzatamente abbandonato il loro Paese o regione d'origine o che sono stati evacuati, in particolare in risposta all'appello di organizzazioni internazionali, ed il cui rimpatrio in condizioni sicure e stabili risulta momentaneamente impossibile in dipendenza della situazione nel Paese stesso, anche nell'ambito d'applicazione dell'articolo 1 A della Convenzione di Ginevra, ed in particolare le persone fuggite da zone di conflitto armato o di violenza endemica ovrvero le persone che siano soggette a rischio grave di violazioni sistematiche o generalizzate dei diritti umani o siano state vittime di siffatte violazioni».

2. Sfollati di paesi terzi che potrebbero ricadere nell'ambito di applicazione degli strumenti internazionali o nazionali di protezione internazionale (si pensi, per esempio, al Convegno Europeo dei Diritti Umani vincolante per tutti gli Stati membri della CE).

3. Casi particolari: persone che siano fuggite da zone di conflitto armato o di violenza endemica o che siano state o siano soggette a rischio grave di violazioni sistematiche o generalizzate dei diritti umani.

4. Gruppo Supplementare: altre categorie di sfollati provenienti dallo stesso luogo e che si siano spostati per le stesse ragioni (articolo 7 della Direttiva).

Tutti si devono manifestare con un afflusso su grande scala e non deve essere loro applicabile la clausola di esclusione di cui all'articolo 28 della Direttiva.

Così, assieme ai pericoli classici definiti a Ginevra, ci imbattiamo nei conflitti armati, nella violenza endemica e nella violazione sistematica o generalizzata dei diritti umani. Frutto dell'evoluzione delle relazioni internazionali in quest'ultima metà del secolo, incorporiamo le nuove cause che stanno all'origine degli sfollamenti massicci di popolazione: i conflitti di ogni specie, in seno ai quali si sono prodotte le peggiori atrocità dalla Seconda Guerra Mondiale. La dottrina li definisce: «rifugiati di guerra», «rifugiato *ad hoc*», «rifugiati di fatto», rispetto ai quali possiamo ancora parlare di una qualificazione come rifugiati *stricto sensu*, però su ciò che non vi è alcun dubbio, e questa Direttiva europea lo conferma, è sulla necessità di protezione. In questo modo, la Protezione Temporanea si converte in una via per *espandere* le categorie delle persone protette⁽²⁰⁾, e infine, incorpora un nuovo statuto qualificato degli stranieri, quello della «persona accolta temporaneamente» che risulta una delle più importanti conseguenze del sistema di Protezione Temporanea.

(20) Cfr. J. FITZPATRICK, *Temporary Protection of Refugees: elements of a formalized regime*, in *American Journal of International Law*, vol. 94, n. 2, 2000 p. 292.

Secondo M.A. CASTILLO Y J.C. HATHAWAY questo è dovuto al concetto di *temporaneità*. Gli Stati si dimostrano più favorevoli a prendere in considerazione uno standard concettuale più ampio quando viene assicurato che l'accoglimento si concede per un periodo limitato di tempo. *Temporary Protection*, in *Reconceiving International Refugee Law*, Martinus Nijhoff Publishers (James C. Hathaway, editor), The Hague/Boston/London, 1997, p. 4.

Se analizziamo l'articolo 2 c) al completo, vediamo che non è sufficiente che si producano queste minacce; i collettivi protetti devono inoltre presentare delle condizioni di partenza:

— devono essere nazionali di paesi terzi o apolidi (articolo 2 c) che, esclude, fin da subito, la possibilità che cittadini comunitari possano ottenere protezione temporanea;

— si devono manifestare con afflusso massiccio (articolo 2 a) e d) della Direttiva);

— hanno dovuto abbandonare il proprio paese o regione d'origine o sono stati evacuati (il che implica la considerazione delle persone interne come potenziali beneficiari dell'accoglienza temporanea); e,

— il paese deve soffrire di una situazione tale da rendere impossibile il rientro per tali persone.

Si tratta di criteri oggettivi comprovabili *prima facie* e che devono riunire in gruppo poiché non si procederà ad un esame individuale.

A differenza di ciò che accade rispetto ai rifugiati nella Convenzione di Ginevra, che sembrano descritti in termini singolari e si sottopongono ad un procedimento di determinazione individuale, nel caso della Protezione Temporanea, al contrario, si va ad utilizzare un sistema di «determinazione di gruppo *prima facie*». Attraverso questo procedimento, si valoreranno lo sfollamento massiccio e determinate qualità come gruppo e non in modo personalizzato. Si prenderanno maggiormente in considerazione i criteri oggettivi e non quelli soggettivi, lasciando da parte il sistema valutativo classico basato sulle dichiarazioni del sollecitante più che su di un giudizio della situazione presente nel paese d'origine.

Prevedendo non solo l'abbandono del proprio paese ma anche quello della regione d'origine, si sta considerando la possibilità che quelle persone che non abbiano attraversato la frontiera internazionale si siano convertite in *sfollati interni*. Per i casi in cui l'attraversamento della frontiera fossero fuori portata, la Direttiva, in particolare, prevede un procedimento di *evacuazione* dei collettivi implicati, rispondendo all'appello di organizzazioni internazionali. La principale qualità dell'utilizzo del meccanismo di evacuazione risulta dalle possibilità che offre di protezione immediata nel territorio di Paesi terzi per persone che in nessun altro modo avrebbero potuto ottenere la dovuta attenzione verso i

propri diritti essenziali, dato l'impedimento all'attraversamento della frontiera internazionale e all'impossibilità di sollecitare asilo, e costrette perciò a rimanere in balia della possibile assistenza internazionale prevista in questi casi. L'eventualità dell'evacuazione risulta tanto trascendentale che, in realtà, potrebbe convertirsi nell'unica via di attivazione del dispositivo di Protezione Temporanea. Tuttavia, si sente la mancanza di una disposizione concreta e dettagliata che regoli questa questione e, in particolare, il metodo di coordinazione della stessa fra gli Stati membri.

La possibilità di procedere ad una evacuazione, oltre alla sua efficacia di fatto implica proporzionare al sistema di Protezione temporanea una prospettiva più ampia del suo ambito di applicazione contemplando la possibilità di accoglienza delle persone provenienti da qualsiasi paese del mondo e non necessariamente dell'ambito europeo o di paesi vicini alla nostra area di influenza (21).

Nel modo in cui ha richiamato l'attenzione del Professore Rainer Hofmann, una Direttiva che fosse vincolata all'accoglienza nell'intorno più immediato, culturale e territoriale, — nel qual caso, potevano essere potenziali beneficiari solo gli sfollati europei o nord africani —, non sembra soddisfacente né sufficiente, perché diventa imprescindibile prendere in considerazione che la capacità di accoglienza degli Stati possa esaurirsi e tale prospettiva non considererebbe una distribuzione equilibrata degli sforzi in termini globali, cioè, rispetto alla comunità internazionale considerata nel suo insieme (22).

In quel caso, non solo si potrebbero prendere in considerazione quelle situazioni di afflusso su grande scala che potrebbero mettere in pericolo la pace e la sicurezza nella regione o quelle che senza presupporre una minaccia di tale profondità fossero concordanti con i dettami della Politica Estera e di Sicurezza Co-

(21) Il Consiglio Economico e Sociale descrive questo fenomeno molto opportunamente: «(...) il dispositivo che si esamina non è una "Direttiva Balcanica", ma uno strumento geograficamente e storicamente neutro, che si utilizzerà nel momento in cui si accerti la sua necessità». COMITATO ECONOMICO E SOCIALE, *Parere del Comitato Economico e Sociale*, para. 2.2, p. 24.

(22) Ad ogni modo Rainer Hofmann non trascurava di riconoscere che il rientro ai luoghi d'origine risulta più facile dai paesi vicini in quanto l'adattamento risulta essere meno problematico. R. HOFMANN, *Das Konzept des Vorübergehenden Schutze (Temporary Protection): Regionales Völkerrecht durch Art. 63 Abs. 1 nr.2 EGV*, in *Die Macht des Geistes, Festschrift für Hartmut Schiedermaier*, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2000, p. 878.

mune. Anche se è stato pensato sostanzialmente per questi casi, il meccanismo di evacuazione, nella misura in cui non si sia vincolato con un'origine geografica concreta potrebbe convertirsi in una *formula europea di eccezione con lo scopo di rispondere alle esigenze di solidarietà internazionale* — non solo comunitaria —, in ciò che riguarda gli sfollamenti massicci di popolazione (23).

Le prospettive, in questo senso, che offre la Direttiva di Protezione Temporanea per collaborare ad una divisione equilibrata degli sforzi che generano gli sfollamenti in massa, non solo a livello interno europeo ma anche su scala globale, sono evidenti, anche se si deve considerare l'importante soggezione di questa possibilità a circostanze politiche di ogni genere. Non si tratta di un procedimento di applicazione diretta nel momento in cui si produca il presupposto di fatto che lo genera, ma di una decisione che deve contare con la sufficiente maggioranza in Consiglio. Ciò che si è detto in precedenza, ad ogni modo, non equivale ad una libertà assoluta, già che il gioco degli equilibri istituzionale e statale disegnato dalla Direttiva fornirà importanti garanzie in relazione a questo.

2. *Incidenza nel rientro degli sfollati come termine naturale del sistema.*

D'accordo con il suo carattere temporaneo e sussidiario, questa formula di protezione costituisce un sistema di accoglienza il cui sviluppo si stima in base a concrete coordinate spazio temporali. Secondo quanto sappiamo, si tratta di una misura di carat-

(23) Ciò è rimasto in parte confermato in quello che riguarda l'attuazione interna del Governo spagnolo relativamente al conflitto sorto in Irak. In concreto, furono dibattute nel Congresso dei Deputati Proposizioni non di Legge sull'*incoación* del procedimento di Protezione Temporanea e che, considerata la sua non applicazione finale, ci forniscono una dimostrazione evidente dell'intenzione di utilizzare tale dispositivo per casi di afflusso su grande scala, dei quali non si prevede il superamento delle frontiere europee, lasciando in salvo che l'Unione potesse sentirsi, in questo modo, responsabile della propria salvaguardia. In concreto la Proposizione non di Legge dei Gruppi Parlamentari Socialista, Federale di Sinistra Unita, Misto, di Coalizione Canaria e Basca (EAJ-PNV) chiedeva con insistenza al Governo:

«(...) Primo. — Affinché, quando si constati l'esistenza di un afflusso massiccio di sfollati a causa del conflitto in Irak, e conformemente a quanto stabilito nell'articolo 5.1 della Direttiva 2001/55, mediante domanda alla Commissione, si *promuova in seno all'Unione Europea la messa in moto da parte del Consiglio di un programma di evacuazione e trasferimento verso i paesi dell'Unione Europea degli sfollati provocati da questa guerra (...)*». *BOCG*, Serie D, General, 4 aprile del 2003, núm. 218, Proposición no de Ley 162/000707, p. 17. L'espressione in corsivo è dell'autrice.

tere oggettivo (provocata in ragione di determinati flussi massicci) e transitorio o temporaneo (tale causa è destinata a sparire), per quanto, necessariamente, si dovrà disporre la sua portata a termine. Il fatto che l'accoglienza temporanea sia imminente e lo standard dei diritti equilibrato viene condizionato dal suo carattere *temporaneo* — in senso contrario, si potrebbe anche affermare che è precisamente la qualità della temporaneità quella che collabora alla creazione delle proprie obbligazioni di accoglienza immediata ed all'ottenimento di un equilibrato standard di diritti. Non è una misura — l'accoglienza territoriale — che risulti duratura o indefinita, e per tanto, o per l'estinzione delle cause che le dettero inizio (articolo 6.1.b della Direttiva), o perché sia esaurito il periodo di tempo massimo assegnato per l'accoglienza (articolo 6.1.a della Direttiva), quello che è certo è che il procedimento smette di essere applicabile e, di conseguenza, si debbono prevedere alcune misure successive allo stesso.

Il capo V della Direttiva rubricato «Rimpatrio e provvedimenti successivi alla protezione temporanea» si dedica a questa necessità. In base all'articolo 20:

«Terminata la protezione temporanea, si applica la normativa vigente in materia di protezione e di stranieri negli Stati membri, fatti salvi gli articoli 21, 22 e 23».

In questo modo, l'articolo 20 collega o rinvia all'eventuale applicazione di altri regimi normativi interni (di protezione e di stranieri); mentre gli articoli da 21 a 23, regolatori del rimpatrio, stabiliscono alcune eccezioni o sfumature. Questi precetti sono destinati a regolare il rimpatrio degli sfollati: la misura successiva prioritaria nella regolazione della Direttiva e che consideriamo il termine naturale del sistema di Protezione Temporanea.

Nella configurazione dell'accoglienza si parte dalla convinzione della *provvisorietà del pericolo* che causa il flusso migratorio. Da questa stessa provvisorietà del problema nasce la provvisorietà della protezione e, per tanto, si confida nelle possibilità di rientro degli esiliati in un determinato lasso di tempo; non deve sembrare strano, quindi, che la Protezione Temporanea sia stata definita come «una soluzione orientata al rimpatrio» (24).

(24) UNHCR. Comitato Esecutivo. *Conclusioni Generali sulla Protezione Internazionale*, n. 74 (XLV), 1994 (45° periodo di sessioni del Comitato Esecutivo), para. u.

Risulta, per tanto, un sistema protettivo per una situazione straordinaria e circostanziale e, in questo modo, il rientro si converte nella soluzione connaturale e incluso auspicabile, posto che sarà sinonimo della scomparsa delle circostanze oggettive che hanno provocato il flusso — sempre un sacrificio —. In qualche modo, accorrerei alla fonte del problema, cercando — sempre che il rientro sia possibile —, così di evitare ciò che si è chiamato l'«*institutionalizing exile*» (25). L'offerta di Protezione Temporanea implicherebbe una responsabilità attiva per migliorare la situazione esistente nel paese d'origine, con il fine che gli sfollati possano rientrare volontariamente ed in condizioni ragionevolmente sicure. Di conseguenza, le misure a favore di questo obiettivo si associano, ogni volta in modo più stretto, agli sforzi per conseguire la pacificazione ed il mantenimento della sicurezza nei paesi di origine. Si potrebbe pensare che oggi giorno esista una maggior implicazione della comunità internazionale nella risoluzione dei conflitti internazionali che si trovano all'origine degli sfollamenti massicci. Se così fosse, la protezione internazionale (fosse attraverso l'asilo od altre formule), che all'inizio si dirigeva a restaurare «la protezione statale» dell'esiliato attraverso il suo stato d'origine o di un altro terzo —, presenterebbe un obiettivo aggiunto, nello stabilire una prelazione fra le soluzioni. Nella misura in cui si primeggi il ritorno a casa, si starebbe procurando quell'obiettivo originario e contemporaneamente ci si troverebbe nella condizione di un maggior compromesso nella risoluzione dei pericoli a capo della necessaria fuga.

La questione sorge, fundamentalmente, quando, trascorso il termine massimo che il regime europeo ha stabilito, tali circostanze non sono cambiate. *A priori* non si scarta la *permanenza* nel paese che si occupa dell'accoglienza però solo come un'opzione alterna-

(25) GOODWIN-GILL si riferisce a questo concetto nell'analizzare le bontà del reimpatrio rispetto alle altre soluzioni durature. Questa misura porterebbe implicitamente la responsabilità della comunità internazionale nella ricerca di soluzioni al conflitto che ha dato avvio all'afflusso di sfollati. G.S. GOODWIN-GILL, *The Refugee in International Law*, Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 271.

Basandoci su questa stessa idea, nell'ambito degli sfollamenti provenienti dall'ex Repubblica Jugoslava, il rientro presupponeva qualcosa di più che una misura susseguente all'accoglienza internazionale. Si trattava di una forma di lotta contro la pulizia etnica che dette origine all'esilio (anche se alla fine non si è raggiunta del tutto, finalmente — si veda, *inter alia*, M. COX, *The right to return home: international intervention and ethnic cleansing in Bosnia and Herzegovina*, in *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 47, 1998, p. 600). Senza ritorno, si *istituzionalizzava* la divisione.

tiva ed eccezionale che entrerebbe in funzione non appena si considerino determinate circostanze oggettive e/o soggettive.

Da un lato, nella misura in cui non sia stato possibile disporre il rientro sicuro e duraturo degli sfollati (articolo 6.1.a), forzare il ritorno a casa risulta impossibile per i pericoli che porterebbe; in tal caso, si fa imprescindibile articolare altre soluzioni di carattere più o meno permanente (la provvisorietà non può prolungarsi eccessivamente). La legislazione statale in materia di protezione e di stranieri degli Stati membri potrà, nel proprio caso, offrire delle possibilità di integrazione nei paesi di accoglienza.

D'altro canto, e con attenzione alle circostanze soggettive, potrebbe darsi che gli sfollati siano ancora degni di protezione internazionale (si pensi a quelli che sono in grado di sollecitare asilo negli Stati membri secondo gli articoli da 17 a 19 della Direttiva), o che riuniscono i requisiti necessari per permanere nel paese di accoglienza (permessi di residenza in ambito della legislazione interna sugli stranieri). In entrambi i casi, si tratta di ambiti estranei a quello della direttiva — si veda come dimostrazione, la regolazione rimessa al diritto interno statale effettuata dalla stessa, al suo articolo 20 —.

Quanto detto ora non sta a significare che tale permanenza possa qualificarsi in tutti i casi «permanente» come sinonimo di indefinita, dato che alcune delle soluzioni posteriori al dispositivo della Direttiva tornano a godere della qualità della temporaneità (si pensi per esempio ai modelli di protezione temporanea nazionali o alle caratteristiche della Protezione sussidiaria). Si tratterebbe di possibilità ben determinate e provvisorie (protezione temporanea nazionale, fra le altre) o ben definite ed alternative (asilo o integrazione per decisione del paese di accoglienza; ecc.).

Tanto per cominciare, la Direttiva obbliga — così si dovrebbe sostenere a partire dall'articolo 20 *in fine* — a stabilire un ponte fra il termine della Protezione Temporanea europea e la sicurezza del rientro, vale a dire ad una sorta di protezione temporanea nazionale e ciò indipendentemente da altre ipotesi eccezionali (per esempio, la concorrenza delle cause per sollecitare l'asilo).

3. *La solidarietà fisica e finanziaria come base del procedimento.*

La concezione dell'asilo a Ginevra, senza previsioni normative specifiche riguardo alla necessaria distribuzione equitativa fra gli

Stati firmatari della responsabilità sugli sfollati, faceva prevedere una diseguale suddivisione dello sforzo in funzione di particolarità geografiche o di prossimità ai paesi origiari dell'esilio. Lo stato di accoglienza risultava l'unico responsabile di coloro i quali entrassero nell'ambito della sua giurisdizione, in un sistema di applicazione decentralizzata come quello istituito a Ginevra. Di conseguenza, si produce un riparto diverso della responsabilità la cui mancanza di equilibrio potrebbe tollerarsi sempre che il numero dei sollecitanti di protezione fosse moderato — e, per tanto, assumibile per il paese —, però con punti di rottura quando questo superi le possibilità dello stesso. Perciò, i flussi massicci hanno messo in discussione il dispositivo di Ginevra e, in special modo, le sue mancanze rispetto alla solidarietà internazionale. Si produce così, un'interazione fra il problema dei flussi di massa ed i suoi dispositivi di *temporary refugee* — e più tardi quello di Protezione Temporanea —, da un lato, ed il principio di solidarietà e di responsabilità condivisa (*burden sharing o responsibility sharing*), dall'altro. La interazione arriva ad un tale estremo che potrebbe sembrare che queste nuove risposte giuridiche basate sull'accoglienza territoriale non otterrebbero copertura statale a meno di garantire la cooperazione internazionale dei paesi non colpiti da tali sfollamenti. Con il risultato che solo con l'assistenza internazionale, gli Stati membri più vicini si troverebbero disposti ad accettare persone in grandi proporzioni — con il rischio evidente che porta a considerare il principio di solidarietà *conditio sine qua non* per l'accoglienza, mettendo in evidenza le difficoltà circa la naturalezza giuridica di dette obbligazioni —.

Nel nostro caso concreto, l'origine della Direttiva si trova talmente condizionato dal conseguimento di un'effettiva solidarietà fra i paesi membri che quasi non si apprezza distinguere se la Protezione Temporanea sorga come una reale necessità di creare strumenti giuridici che suppliscano alle deficienze del DIR in casi di afflusso a grande scala o, meglio, risulti dall'urgenza di istituzionalizzare dei meccanismi di divisione delle responsabilità a tal riguardo. Si può affermare che tanto l'elaborazione, come la concezione della Direttiva (lo statuto dei diritti acquisiti si deve per buona parte alla temporaneità ed al meccanismo di solidarietà) e la viabilità propria della stessa dipendono seriamente dall'accordo di volontà degli Stati riguardo alla divisione della responsabilità; si potrebbe dire che a maggior disponibilità degli Stati rispetto all'accoglienza, maggiori sono le possibilità di attivazione del dispositivo. La vincolatività è

talmente importante che gli accordi circa il sistema di Protezione Temporanea si ritrovarono molto condizionati dall'assenza dell'adeguato consenso relativamente alla giusta distribuzione dello sforzo.

Il principio del *burden sharing* — espressione della solidarietà internazionale inizialmente formulata a Ginevra — conserva immutabile sia la concezione originaria che la sua materializzazione nella distribuzione delle responsabilità fisiche (distribuzione degli sfollati fra i differenti paesi) e finanziarie (distribuzione dell'aiuto economico). Di conseguenza, l'evoluzione che hanno sperimentato i dispositivi che affrontano gli sfollamenti a grande scala si manifesta nella sua necessità di concretizzazione. Vale a dire, nella determinazione precisa dell'obbligazione di accoglienza (attraverso delle disposizioni con vocazione di permanenza e non di carattere *ad hoc*), così come nella sua manifestazione, ovvero la divisione della responsabilità fisiche finanziarie.

In definitiva, si è trattato di dare contenuto e precisione al principio di solidarietà e divisione della responsabilità in un impegno per la predeterminazione che ha finito per convertirsi nel tallone d'Achille di tutta la struttura. Soggiace una lotta per l'effettività della solidarietà a favore di un maggior equilibrio nella distribuzione delle responsabilità statali, con l'intento, allo stesso tempo, dello Stato di conservare le proprie porzioni di sovranità in materia, ciò che impedisce, irrimediabilmente, tale obiettivo. L'ottenimento di un equilibrio fra entrambi i contrappunti costituisce la sfida ed il metro di misura allo stesso tempo.

Un esempio paradigmatico di questa tensione dialettica può essere comprovato nell'accoglienza che offrirono gli Stati membri durante il conflitto iugoslavo. Così, come risultato evidente della mancanza di meccanismi di divisione della responsabilità, si ottengono le fatali conseguenze di una grave diseguaglianza nell'accoglienza degli sfollati, frutto finale della prossimità geografica con il centro del conflitto (26). L'esigenza di creare meccanismi concreti ed efficaci per la gestione degli afflussi massicci, con la

(26) I paesi più colpiti furono la Germania — che ospitò il 53% di tutta la popolazione sfollata verso l'Europa occidentale —, l'Austria e la Svezia. Stima della popolazione bosniaca accolta negli Stati membri nell'agosto del 1997: Germania: 342.500; Austria: 88.609; Belgio: 6.000; Danimarca: 21.458; Spagna: 1.900; Finlandia: 1.350; Francia: 15.000; Grecia: 4.000; Irlanda: 886; Italia: 8.827; Lussemburgo: 1.816; Paesi Bassi: 25.000; Portogallo: non ci sono dati; Svezia: 60.671; Regno Unito: 6.000.

L'*Humanitarian Evacuation Programme (HEP)*, conseguì alleviare i paesi più vicini però, di nuovo con una distribuzione diseguale fra gli Stati membri. Numero delle persone

partecipazione di tutti gli Stati membri, in futuro, sembrava, quindi, essere un fatto di imperiosa urgenza.

Il considerato articolo 20 della Direttiva evidenzia che:

«È necessario prevedere un sistema di responsabilità inteso a promuovere l'equilibrio degli sforzi tra gli Stati membri che ricevono gli sfollati e subiscono le conseguenze dell'accoglienza degli stessi in caso di afflusso massiccio. Tale sistema dovrebbe essere costituito da due parti. La prima riguarda gli aspetti finanziari e la seconda l'accoglienza effettiva delle persone negli Stati membri».

Il capo VI della Direttiva stabilisce le particolarità di tale meccanismo che presuppone una divisione delle responsabilità di carattere fisico, nella misura in cui si proceda ad una distribuzione degli sfollati fra gli Stati membri, e di carattere finanziario, in quanto si basa sull'appoggio economico del Fondo Europeo per i Rifugiati (FER) che sosterebbe parte dello sforzo economico prodotto.

In questo modo, la solidarietà comunitaria pretende andare più in là della mera cooperazione interstatale, ugualmente necessaria per l'impianto di nuovi dispositivi comuni agli Stati, per rendere effettivo il proposito del Trattato al fine di realizzare uno sforzo equilibrato fra gli Stati membri attraverso l'articolo 63.2.b TCE che presupponeva un ulteriore passo oltre alla mera cooperazione allo scopo di raggiungere la «solidarietà comunitaria».

Il capitolo VI della Direttiva che integra gli articoli da 24 a 26 della stessa configura un meccanismo reale di divisione dello sforzo in materia di rifugiati e sfollati che risultano previamente istituzionalizzati quando si tratta di formule finanziarie (la Decisione del FER), però dipendenti dalle disponibilità di accoglienza *ad hoc* che manifestano gli Stati in caso di distribuzione degli individui nei propri paesi.

accolte dopo l'adozione del Programma di Evacuazione: Stati membri dell'Unione Europea: Germania: 14.689; Austria: 5.079; Belgio: 1.223; Danimarca: 2.823; Spagna: 1.426; Finlandia: 958; Francia: 6.139; Irlanda: 1.033; Italia: 5.829; Lussemburgo: 101; Paesi Bassi: 4.060; Portogallo: 1.271; Svezia: 3.675; Regno Unito: 4.209. Stati europei non membri: Croazia: 370; Slovacchia: 90; Islanda: 70; Malta: 105; Norvegia: 6.072; Polonia: 1.049; Repubblica Ceca: 824; Romania: 41; Svizzera: 1.687; Turchia: 8.340. Altri Stati: Australia: 3.969; Canada: 5.350; Stati Uniti: 8.549; Israele: 206.

Fonte: UNHCR/IOM Humanitarian evacuations of kosovar refugees from the FYR of Macedonia from April through 25 June 1999; UNHCR, Update: Kosovo Emergency, 28 June 1999. Anche: R. BLACK-K. KOSER-M. WALSH, *Temporary Protection and Assisted return of refugees from the European Union*, op. cit., p. 447. G. NOLL, *Negotiating Asylum. The EU Acquis, Extraterritorial Protection and the Common Market of Deflection*, op. cit., p. 286.

Effettivamente e prestando attenzione al tenore degli articoli 24 e 25.1 si può comprovare la precedente conclusione:

Articolo 24 «Le misure previste dalla presente direttiva beneficiano del Fondo Europeo per i rifugiati istituito con decisione 2000/596/CE nei termini determinati da quest'ultima».

Articolo 25 «1. Gli Stati membri accolgono con spirito di solidarietà comunitaria le persone ammissibili alla protezione temporanea. Essi indicano la loro capacità di accoglienza in termini numerici o generali. Queste indicazioni sono inserite nella decisione del Consiglio di cui all'articolo 5. Dopo l'adozione di questa decisione, gli Stati membri possono indicare le eventuali capacità di accoglienza aggiuntive mediante comunicazione rivolta al Consiglio ed alla Commissione. Tali indicazioni vengono rapidamente comunicate all'UNHCR».

La norma ha rinunciato a stabilire dei criteri concreti o quote fisse automatiche di divisione, identiche per qualsiasi tipo di conflitto. Questo aspetto lo ha affidato alla manifestazione di disponibilità da parte degli Stati e in relazione ad ogni singolo caso. Questo è stato il consenso finalmente adottato. Prima che il Consiglio decida di attivare il dispositivo di accoglienza, gli Stati devono indicare detta disponibilità, che almeno garantisce che la decisione di concedere questa protezione sia coerente, dato che si baserà sul voto favorevole degli Stati membri ed anche sulla totalità delle disponibilità manifestate da tutti (27).

Il Consiglio adotta la decisione di applicare la Protezione temporanea ma non gli viene permesso di imporre criteri di divisione dovendosi per tanto adattare alla volontà sovrana che a riguardo manifestano gli Stati. Ad ogni modo, questi sono soggetti al principio di lealtà comunitaria (articolo 10 TCE). Se decidono di emettere dichiarazioni negative, vale a dire, manifestando l'impossibilità di mettere in pratica l'offerta volontaria, lo dovranno dovutamente motivare.

(27) Si veda, ad illustrazione, l'articolo 3 del Decreto Legislativo italiano:

«Con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri adottato ai sensi dell'articolo 20 del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, approvato con decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, di seguito denominato: «testo unico», sono stabilite, nei limiti delle risorse di cui all'articolo 12, le misure di protezione temporanea per fronteggiare l'afflusso massiccio di sfollati accertato con decisione del Consiglio, una sola volta per un pari periodo e nei limiti previsti *dalla dichiarazione di disponibilità a ricevere sfollati rilasciata al Consiglio dal Governo italiano*». L'espressione in corsivo è dell'autrice.

Ciò che realmente rileva in questa questione è il fatto che la possibilità che un numero rilevante di Stati non mostri disponibilità all'accoglienza possa portare con sé un effetto paralizzante del procedimento di attivazione della Protezione Temporanea: ovvero il rischio di giungere a svuotare di contenuto l'obbligazione imperativa che sembra dedursi dall'articolo 25.1. In questo caso, il *burden sharing* si convertirebbe in una condizione di accoglienza, un qualcosa che tutti avevano criticato come inevitabile compimento del principio di *non refoulement*.

Ora, al fine di incorniciare adeguatamente questa problematica si devono considerare due dati rilevanti in un'analisi sistematica del procedimento.

Da un lato, le ragioni su cui si fonda il rifiuto all'accoglienza dovranno essere del tutto obiettive e giustificabili, alla luce di tutti i principi che solcano la Direttiva (*non refoulement*, solidarietà, ecc.).

Dall'altro, l'attivazione del sistema di Protezione Temporanea non può venire compromessa da cause o ragioni di determinati Stati, a rigore esogene o estrinseche al presupposto stesso che dà vita a questa forma di tutela.

Per quanto il Consiglio usufruisca di un ampio margine di manovra — per volontà della norma — relativamente a ciò che è afflusso massiccio ed agli altri requisiti che devono concorrere affinché si metta in moto il sistema, non è in alcun modo così «elastico» da lasciarlo inattivo per il semplice fatto che alcuni Stati invochino ragioni interne per giustificare una minor disponibilità. L'afflusso massiccio, con i necessari aggettivi che esige la norma, non dipenderà dalla maggior o minor disponibilità di più o meno Stati. Una cosa è la disponibilità e un'altra, molto diversa, che si presentino realmente ed effettivamente le condizioni previste nella Direttiva al fine di dispensare la Protezione Temporanea. Da qui, fra le altre conseguenze, le ragioni per una scarsa accoglienza avranno molta meno consistenza e fondamento quanto più evidente sarà l'affluenza a grande scala a cui si riferisce la Direttiva. La norma è più saggia del legislatore, per dirlo con il vecchio aforisma, ed anche se con la sua approvazione non si fosse del tutto coscienti, ciò che è chiaro è che la scusa dovrà cedere di fronte all'obbligazione giuridica che discende dal concetto stesso di protezione temporanea. Insomma, in caso di conflitto reale, nell'ipotesi in cui le pretese ragioni di Stato possano mettere in

pericolo la viabilità del dispositivo in sé, non potrebbero validamente invocarsi.

CONCLUSIONI.

Considerando che la prassi di concedere protezione su di una base temporanea ha una storia prolungata nel tempo, la sua concettualizzazione risulta relativamente nuova, dato che inizia nel decennio degli anni ottanta — anni di rilevante sperimentazione circa l'asilo —. Negli anni novanta, dopo l'aggiunta di nuove prospettive, la protezione temporanea è stata sistematizzata dalla Direttiva che è qui oggetto di studio.

La Direttiva di Protezione Temporanea è una norma storica: è il primo strumento giuridico che stabilisce l'obbligazione giuridicamente vincolante dell'accoglienza temporanea per un insieme di Stati, attraverso una norma astratta, generale e con vocazione di permanenza.

La concretezza delle obbligazioni giuridiche (accoglienza, solidarietà, ecc.) e delle loro particolarità, e inoltre del loro effetto pragmatico⁽²⁸⁾, ottiene come risultato un importante ampliamento dei collettivi di persone che possono essere oggetto di protezione internazionale.

La provvisorietà dell'accoglienza ed il compromesso di solidarietà nella distribuzione delle responsabilità associate ad essa, ampliano l'ambito di applicazione del dispositivo, superando i classici pericoli definiti a Ginevra per adeguare i beneficiari dell'accoglienza alle nuove realtà che presentano i conflitti internazionali, da una parte rispetto al motivo all'origine dell'esilio e dall'altra rispetto alla creazione di uno strumento geograficamente neutro, il quale, attraverso il meccanismo dell'evacuazione, possa contribuire in modo definitivo ad eliminare le deficienze della solidarietà internazionale.

(28) Si veda *inter alia* los parabienes della Protezione Temporanea citati dalla *Declaración de Niebla sobre la Revitalización de la Protección de los Refugiados*, nella quale si afferma che:

«La Protezione Temporanea può costituire un meccanismo di emergenza utile ed efficace per proporzionare protezione immediata nelle situazioni dei flussi massicci (...)».

Declaración de Niebla sobre la Revitalización de la Protección de los Refugiados, en (Fernández Sánchez, Pablo A. editor), *La Revitalización de la Protección de los Refugiados*, Universidad de Huelva Publicaciones, Huelva, 2002, Declaración número 5, p. 346.

Allo stesso modo, l'insistenza per il ritorno degli sfollati al loro luogo di provenienza presuppone importanti obbligazioni dirette (quelle che permettano il raggiungimento di tale rientro), così come obbligazioni indirette, dato che richiede l'instaurazione di un dialogo fra il paese di accoglienza ed il paese di origine, allo scopo di produrre la necessaria interazione dei consensi che permetta l'eliminazione delle cause che dettero luogo all'esilio. Si tratta di una chiara responsabilità acquisita per l'effettivo accordo pacifico delle controversie internazionali generatrici degli esodi massicci.

In un ambito di maggior astrazione, dobbiamo riferirci all'influenza di tale regolazione comunitaria nell'ambito internazionale. L'assenza di una regolazione concreta da parte della comunità internazionale che ponesse definitivamente le basi dell'evoluzione del principio di *non refoulement* applicato ai casi massicci, ha condizionato in buona parte, la sua divergente interpretazione. Ci si aspetta che la Direttiva di Protezione Temporanea produca quell'effetto *docente* nella legislazione interna degli Stati, che dovranno assumere l'obbligazione di dedicarsi agli sfollamenti massicci di popolazione *a priori*, e, con carattere generale, assumere le basi dello statuto umanitario minimo stipulato dalla norma di Diritto derivato.

Si tratta, per tanto, di un atto normativo di una Organizzazione internazionale che viene ad interagire con una norma generale di Diritto consuetudinario — quella che dispone l'obbligazione generale di ciascuno Stato di consentire l'entrata e almeno la «protezione temporanea» nel caso in cui sia applicabile il principio di non devoluzione a casi di sfollamento massiccio —, e per consolidare e perfezionare tale obbligazione, mentre genera sicurezza giuridica e riduce la considerevole libertà degli Stati, aborda tutte le fasi dell'accoglienza e crea un dispositivo che considera il fenomeno da una prospettiva onnicomprensiva.