



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

ITALIANO E SOVRANAZIONALE

Corso di Dottorato in Diritto pubblico, internazionale ed europeo
XXXV Ciclo

Curriculum in Diritto dell'Unione europea

TESI DI DOTTORATO

L'ABUSO DI DIRITTO
NEL SISTEMA EUROPEO COMUNE DI ASILO

Tesi presentata da:

Dott.ssa Erika Colombo

Matricola: R12577

Settore scientifico-disciplinare:

Diritto dell'Unione europea IUS/14

Tutor: Chiar.ma Prof.ssa Alessandra Lang

Coordinatore del Corso: Chiar.ma Prof.ssa Francesca Biondi

Anno Accademico 2021-2022

«Tutti chiedono la stessa cosa. Dove andiamo? Per me non andiamo mai da nessuna parte. Siamo sempre in viaggio. Sempre in cammino. Perché a questa cosa non ci pensa nessuno? Oggi tutto si sposta. La gente si sposta. Sappiamo perché e sappiamo come. La gente si sposta perché lo deve fare. Ecco perché la gente si sposta. Si sposta perché vuole qualcosa di meglio. E quello è l'unico modo per trovarselo».

JOHN STEINBECK, *Furore*, Bompiani, 2013
(traduzione di Sergio Claudio Perroni)

INDICE

ABBREVIAZIONI.....	IX
ABSTRACT	XIII
INTRODUZIONE	XV

PREMESSA METODOLOGICA

OBIETTIVI DELLA RICERCA E PROSPETTIVE D'INDAGINE: DALLA SISTEMATIZZAZIONE DEL CONCETTO DI "ABUSO DI DIRITTO" ALLA NECESSARIA RIDEFINIZIONE DEL "DIRITTO DI ASILO"

1. Brevi cenni circa le origini della nozione di "abuso di diritto" nel contesto ordinamentale europeo quale punto di partenza per la sua concettualizzazione in materia di asilo	2
1.1. Il modello di integrazione europeo alla base del concetto di abuso di diritto	4
2. L'abuso nel sistema europeo comune di asilo	6
2.1. Alcuni esempi dell'utilizzo del concetto di abuso di diritto nel sistema europeo comune di asilo.....	6
2.2. Le condotte abusive nel settore dell'asilo: un preliminare tentativo di identificazione	10
2.3. Tratti comuni (e distintivi) delle condotte abusive in materia di asilo	12
3. Peculiarità e problematicità della concettualizzazione dell'abuso di diritto nel sistema europeo comune di asilo	15
4. Illustrazione del metodo di ricerca: la delimitazione del campo di indagine e le categorie classificatorie per l'analisi del concetto di "abuso"	18
4.1. La definizione dell'oggetto dell'abuso	19
4.2. L'analisi delle condotte abusive con riferimento al sistema europeo comune di asilo.....	21

CAPITOLO I

LO STATO DELL'ARTE SULL'ABUSO DI DIRITTO: ALLA RICERCA DI PUNTI FERMI

1. Premessa. La funzionalità dell'analisi dell'abuso di diritto elaborato dalla giurisprudenza e dalla dottrina nei diversi settori di diritto europeo, in un'ottica di sistematizzazione del concetto nell'ambito del settore del diritto d'asilo	24
2. Il concetto di "abuso di diritto": <i>ratio</i> e definizione del divieto di pratiche abusive	25

2.1. (<i>segue</i>): la definizione del concetto di abuso attraverso la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea	28
3. Alcune considerazioni: la dinamicità del concetto di abuso e la necessità di una classificazione della casistica giurisprudenziale	34
4. La definizione della metodologia di classificazione	36
SEZIONE I: LA PRIMA DIRETTRICE CLASSIFICATORIA: LA TIPOLOGIA DELLA CONDOTTA ABUSIVA	38
1. Il diritto dell'Unione come strumento di elusione del diritto nazionale	38
1.1. Le peculiarità della condotta abusiva	39
1.2. L'ammissibilità di misure nazionali anti-abuso	44
2. L'abuso del diritto dell'Unione europea	45
2.1. La precostituzione artificiosa dei requisiti applicativi della norma europea	46
2.2. Le ipotesi di frode.....	47
3. Le prime conclusioni: le astratte tipologie di condotte abusive a fronte del loro accerramento in concreto.	49
SEZIONE II: LA SECONDA DIRETTRICE CLASSIFICATORIA: LA QUALIFICAZIONE GIURIDICA DELL'ABUSO	52
1. Breve premessa circa la nozione di “principio generale di diritto europeo” posta alla base della presente analisi	52
1.1. Sull'esistenza di un principio generale di divieto di abuso di diritto: l'esplicitazione da parte della Corte di giustizia.....	55
1.2. (<i>segue</i>): Alcuni casi emblematici in materia di fiscalità.....	57
1.3. (<i>segue</i>): la posizione favorevole della dottrina.....	61
1.4. Rilievi critici	63
2. Un diverso approccio ermeneutico al tema dell'abuso di diritto	65
2.1. La casistica giurisprudenziale.....	66
2.1.1. La rilevanza della nozione di «lavoratore».....	67
2.1.2. Il diritto alla libera circolazione dei cittadini europei e dei loro familiari.....	70
2.2. Alcune considerazioni	74
CONCLUSIONI: ALLA RICERCA DELLE RAGIONI DI UN APPROCCIO DIVERSIFICATO	76

CAPITOLO II

IL DIRITTO DI ASILO NEL DIRITTO INTERNAZIONALE

1. Premessa. La definizione del “diritto d’asilo” quale antecedente logico alla riflessione sull’abuso di diritto nell’ambito del sistema europeo comune di asilo	80
2. Brevi cenni sull’origine e l’evoluzione dell’istituto dell’asilo.....	81
3. L’ermeneutica del diritto di asilo: dalla lettura “statalista”, al riconoscimento della sua natura ancipite.....	86
4. Il contenuto dell’asilo inteso come « <i>right of a State to grant asylum</i> »	93
4.1. Gli argomenti a sostegno della lettura statalista	94
5. Il contenuto dell’asilo inteso come « <i>right of an individual</i> »	97
5.1. Il diritto « <i>to leave to seek asylum</i> »	98
5.1.1. Le implicazioni del diritto di partire in cerca di asilo.....	100
5.2. Il principio di <i>non refoulement</i>	102
5.2.1. Il non respingimento e il diritto al riconoscimento dell’asilo: due concetti distinti	107
5.3. Il diritto di ammissione sul territorio.....	108
5.3.1. Gli strumenti che ostacolano l’accesso al territorio.....	109
5.3.2. La facoltà dello Stato al diniego di accesso al territorio e la sua compatibilità con il principio di non respingimento.....	111
6. L’asilo come « <i>right of an individual to be granted asylum</i> »(?)	115
6.1. Il fondamento della teoria “personalista”: l’articolo 18 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea	116
6.2. I limiti della teoria “personalista”: l’inammissibilità dell’asilo come « <i>right of an individual to be granted asylum</i> »	119
CONCLUSIONI: LA LATITUDINE DEL DIRITTO DI ASILO NEL DIRITTO INTERNAZIONALE	122

CAPITOLO III

L’ASILO NEL DIRITTO DELL’UNIONE EUROPEA

1. Breve introduzione.....	126
2. Il regolamento Dublino e i meccanismi di (ab)uso del sistema europeo comune di asilo	127
2.1. Il processo di (non) evoluzione del sistema Dublino	128

2.2. (<i>segue</i>): Le più recenti prospettive di riforma	131
2.3. Le ragioni dell'anacronismo del sistema	133
3. Il punto di partenza nella ricostruzione del contenuto del diritto d'asilo: l'articolo 18 della Carta dei diritti fondamentali	137
3.1. Il ruolo della Corte di giustizia nell'interpretazione dell'articolo 18 della Carta	137
4. L'attuale quadro giuridico in materia di asilo	140
5. Gli aspetti sostanziali del diritto d'asilo.....	143
5.1. La direttiva qualifiche: il diritto d'asilo è la protezione internazionale?.....	143
5.2. Il contenuto della protezione internazionale.....	148
6. Gli aspetti procedurali	158
6.1. Una questione preliminare: l'esistenza di un diritto di accesso al territorio ..	161
6.2. Il diritto di accesso alla procedura di esame della domanda di asilo.....	163
6.2.1. Le garanzie connesse all'accesso alla procedura di asilo	167
6.3. Il diritto ad un rimedio effettivo	178
CONCLUSIONI: LA LATITUDINE DEL DIRITTO DI ASILO NEL DIRITTO UE.....	186

CAPITOLO IV

IL CONCETTO DI ABUSO DI DIRITTO NELL'AMBITO DEL SISTEMA EUROPEO COMUNE DI ASILO

1. Punti fermi e prospettive di analisi	188
1.1. La struttura dell'analisi.....	190
SEZIONE I: IL PIANO NORMATIVO	192
1. L'individuazione del campo di indagine.....	192
2. I documenti programmatici: i primi segnali dell'attenzione al tema dell'abuso... 193	
2.1. Le proposte della Commissione alla base degli strumenti giuridici del CEAS	197
2.2. Alcune preliminari considerazioni sulla concezione di abuso di diritto d'asilo	210
3. Gli strumenti giuridici che compongono il CEAS	211
3.1. Gli istituti di natura procedurale	212
3.1.1. Il sistema Dublino.....	212

3.1.2. Le procedure accelerate o di frontiera	222
3.1.3. Le domande inammissibili	230
3.1.4. La qualificazione di uno Stato come «sicuro».....	233
3.1.5. Le domande reiterate	243
3.1.6. L'analisi del concetto di abuso con riferimento alle condotte esaminate....	251
3.1.7. La (non) operatività del test sull'abuso	255
3.2. Le norme di natura sostanziale	259
3.2.1. Il bisogno di protezione internazionale <i>sur place</i>	259
3.2.2. Revoca, cessazione o rifiuto del rinnovo dello status di rifugiato e della ...	270
3.2.3. Riduzione o revoca delle condizioni materiali di accoglienza	272
4. Alcune considerazioni: c'è spazio per un principio generale di divieto di pratiche abusive?.....	279
SEZIONE II: IL PIANO GIURISPRUDENZIALE	282
1. Premessa: i primi segnali dalla giurisprudenza delle Corti europee sull'interpretazione degli strumenti giuridici del CEAS.....	282
1.1. Alcune considerazioni	294
2. La giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di abuso di diritto nel sistema asilo: la necessità di una delimitazione del campo d'indagine	294
3. Il concetto di abuso nei rinvii pregiudiziali dei giudici nazionali.....	296
4. Il concetto di abuso nelle pronunce della Corte di giustizia	301
5. Sull'operatività del concetto di abuso: un tentativo di risposta	310
CONCLUSIONI: LE PECULIARITÀ DELL'ABUSO DI DIRITTO NEL SISTEMA EUROPEO COMUNE DI ASILO: LA NECESSITÀ DI UN BILANCIAMENTO DEGLI INTERESSI IN GIOCO....	314
OSSERVAZIONI CONCLUSIVE.....	320
BIBLIOGRAFIA	326
INDICE DELLA GIURISPRUDENZA.....	346
Sentenze e ordinanze della Corte di giustizia	346
Conclusioni dell'Avvocato generale	351
Sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo.....	353

ABBREVIAZIONI

A.	autore / autrice
a.	altri
AG	Avvocato generale
AALCO	Asian-African Legal Consultative Organization
art.	articolo
artt.	articoli
co.	comma
c.d.	cosiddetto / cosiddetti
Cass. civ.	Cassazione civile
CCPR	UN International Covenant on Civil and Political Rights
CdFUE	Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea
CECA	Comunità europea del carbone e dell'acciaio
CEDU	Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali
CE	Comunità europea
CEE	Comunità economica europea
CEEA	Comunità europea dell'energia atomica
CEAS	Common European Asylum System
cfr.	confronta
CGUE	Corte di giustizia dell'Unione europea
CJEU	Court of Justice of the European Union
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
cit.	citato / citati

Corte EDU	Corte europea dei diritti dell'uomo
def.	definitiva
dir.	direttiva
ECJ	European Court of Justice
ECommHR	European Commission of Human Rights
ed.	edited by
es.	esempio
EASO	European Asylum Support Office
EU	European Union
EUAA	European Union Agency for Asylum
Euratom	European Atomic Energy Community
Fasc.	Fascicolo
GU	Gazzetta ufficiale
GUCE	Gazzetta ufficiale delle Comunità europee
GUUE	Gazzetta ufficiale dell'Unione europea
HRC	UN Human Rights Committee
<i>ibid.</i>	<i>ibidem</i>
lett.	lettera / lettere
n.	numero
nn.	numeri
no.	number
op.	opera
ord.	ordinanza
OUA	Organizzazione dell'Unità Africana

OAU	Organization of African Unity
p.	pagina
pp.	pagine
par.	paragrafo
parr.	paragrafi
PESC	Politica estera e di sicurezza comune
PPU	procedimento pregiudiziale di urgenza
reg.	regolamento
sent.	sentenza
SLSG	Spazio di libertà, sicurezza e giustizia
ss.	seguenti
TCE	Trattato istitutivo della Comunità europea
TFUE	Trattato sul funzionamento dell'Unione europea
TUE	Trattato sull'Unione europea
UE	Unione europea / Union européenne
UN	United Nations
UNHCR	United Nations High Commissioner for Refugees
v.	vedi
vol.	volume

ABSTRACT

Lo scopo della ricerca è comprendere se ed in che termini possa configurarsi la categoria giuridica del divieto di abuso di diritto rispetto alla politica di asilo europea.

L'obiettivo è quello di verificare la portata di tale concetto nell'ambito del sistema europeo comune di asilo (CEAS), per accertare se lo stesso abbia un proprio fondamento giuridico, ovvero se rappresenti esclusivamente una modalità attraverso la quale le istituzioni europee – e, di conseguenza, gli Stati membri – giustificano la predisposizione di strumenti legislativi che impongono limiti all'accesso e all'esercizio del diritto d'asilo.

Per realizzare tale analisi, una volta ricostruita la nozione di “abuso di diritto”, alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia e della dottrina che si è occupata del tema, si è resa necessaria l'elaborazione di un modello classificatorio e qualificatorio delle manifestazioni dell'abuso di diritto, da declinare poi anche nel contesto del diritto d'asilo. Questa classificazione, delineata a partire dalle pronunce della Corte di giustizia che hanno esaminato tale concetto con riferimento ad altri settori del diritto europeo, è basata su due criteri tassonomici: la tipologia della condotta abusiva e la natura giuridica del divieto di abuso di diritto.

Parallelamente, oggetto di esame è stato il diritto d'asilo in quanto tale, analizzato, in primo luogo, nella prospettiva del diritto internazionale e, in secondo luogo, alla luce degli strumenti di diritto derivato adottati nell'ambito del sistema europeo comune di asilo. Quest'approfondimento si è reso indispensabile in ragione delle complessità che caratterizzano tale diritto, tanto da un punto di vista soggettivo, con riferimento all'individuazione del titolare di siffatta posizione giuridica, quanto da un punto di vista oggettivo, rispetto alla definizione del suo contenuto.

Da ultimo, è stato possibile affrontare il tema del divieto di abuso di diritto nel contesto del CEAS, applicando il modello classificatorio e qualificatorio elaborato in precedenza. Attraverso una ricerca dei richiami testuali della nozione di “abuso di diritto” nel diritto UE e nella giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di asilo, si è cercato di individuare se e a quali condizioni il divieto di abuso non solo sia richiamato, ma abbia altresì operato e con quali esiti applicativi. Un interrogativo trasversale che ha accompagnato l'intero percorso di analisi ha riguardato l'effettivo attore della condotta qualificabile come “abusiva”: essendo prospettabili diverse concezioni del diritto d'asilo – che identificano alternativamente il titolare dello stesso diritto nello Stato, o

nell'individuo –, occorre identificare l'effettivo responsabile dell'abuso: il richiedente asilo o il legislatore (europeo o nazionale).

INTRODUZIONE

Secondo i dati raccolti dall'Alto Commissariato per i rifugiati delle Nazioni Unite (UNHCR), il numero delle persone costrette a fuggire dal proprio Paese di origine ha subito una crescita continua nell'ultimo decennio, e, a maggio del 2022, è stato raggiunto il dato più alto mai registrato: oltre 100 milioni di persone in fuga nel mondo a causa di persecuzioni, conflitti, violenze, violazioni di diritti umani o eventi che compromettono gravemente l'ordine pubblico¹. Come affermato dall'Alto Commissario per i rifugiati, Filippo Grandi, «[o]ne hundred million is a stark figure – sobering and alarming in equal measure. It's a record that should never have been set. (...) This must serve as a wake-up call to resolve and prevent destructive conflicts, end persecution, and address the underlying causes that force innocent people to flee their homes».

A fronte di tale situazione a livello globale, l'Unione europea è dunque chiamata in prima linea a adottare una strategia efficace per assicurare un'adeguata protezione per tutte le persone in fuga. L'UNHCR, nelle raccomandazioni alle presidenze svedese e spagnola del Consiglio dell'UE emanate ad inizio del 2023², ha sottolineato la necessità che l'Unione faccia passi avanti nell'adozione del Patto UE sulla migrazione e l'asilo e che tutti gli Stati membri rinnovino il proprio impegno nel sostenere il diritto di richiedere asilo.

Tuttavia, la legislazione e la politica dell'Unione in materia di asilo, almeno a partire dalla crisi dei rifugiati del 2015, sembrano essere “bloccate”, in assenza di visione politica e di volontà di un ripensamento radicale³. L'attenzione delle istituzioni, secondo quanto emerge proprio alla luce del contenuto del nuovo Patto sulla migrazione e sull'asilo, continua a focalizzarsi sulla gestione dei migranti irregolari e sul contenimento dei flussi, obiettivi da perseguire tramite la cooperazione con i paesi terzi di origine e di transito per la riduzione delle partenze, il rafforzamento della gestione delle frontiere esterne e l'intensificazione dell'azione sui rimpatri. L'intento appare principalmente quello di adottare strumenti volti a limitare gli ingressi nello spazio Schengen soltanto a coloro che

¹ Si veda UNHCR, *2022 Mid-Year Trends*, June 2022, p. 5.

² Si veda, UNHCR, *UNHCR's Recommendations for the Swedish and Spanish Presidencies of the Council of the European Union (EU)*, January 2023.

³ Cfr. E. L. TSOURDI, C. COSTELLO, *The evolution of EU law on refugees and asylum*, in P. CRAIG, G. DE BÚRCA, *The Evolution of EU Law Edited*, Oxford, 2021, p. 793 e ss., in particolare pp. 822-823.

possano “autenticamente” definirsi richiedenti protezione internazionale⁴, lasciando sullo sfondo qualsiasi tentativo di innalzamento degli standard di tutela del diritto d’asilo.

Un approccio, questo, che emerge dalla stessa retorica istituzionale. La Commissione, ad esempio, in fase di modifica della direttiva che regola le procedure di asilo, sottolinea la necessità di un esame rapido delle «domande di asilo con scarse probabilità di essere accettate», di quelle «presentate da richiedenti che tentino di ingannare le autorità, da richiedenti provenienti da paesi con bassi tassi di riconoscimento che probabilmente non necessitano di protezione o da richiedenti che rappresentano una minaccia per la sicurezza nazionale», escludendo, in simili casi, un diritto automatico di entrare nell'Unione europea.

Persiste poi una grande preoccupazione con riferimento alla questione del riparto e delle competenze ad esaminare delle responsabilità tra Stati membri e al correlato problema dei movimenti secondari. La Commissione ha evidenziato che, atteso che «[l]e attuali norme sul trasferimento tra Stati membri della competenza per l’esame di una domanda di protezione internazionale possono incentivare spostamenti non autorizzati, in particolare quando il trasferimento della competenza è dovuto al comportamento del richiedente (ad esempio la fuga di un richiedente)», la priorità è quella di perfezionare le norme sulla competenza per l’esame di una domanda di protezione internazionale «per rendere più efficiente il sistema, scoraggiare gli abusi e impedire spostamenti non autorizzati»⁵.

È in questo quadro, dunque, che è sorto l’interesse per il tema dell’“abuso di diritto”, categoria giuridica esaminata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e dalla dottrina con riferimento ad altri settori dell’ordinamento europeo, ma non approfondita con riferimento al sistema europeo comune di asilo. Anche in quest’ultimo settore, invero, sono diversi i riferimenti a tale concetto che è possibile rinvenire nel linguaggio delle istituzioni in sede di progettazione e riforma degli strumenti normativi che compongono

⁴ Si veda, ad esempio, la proposta volta all’adozione di una procedura di *pre-entry screening*, un meccanismo di controlli preliminari all’ingresso, connessi all’esigenza di individuare rapidamente chi necessita di protezione internazionale o, in alternativa, di garantire rimpatri effettivi per chi non ne ha bisogno. Cfr. Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che introduce accertamenti nei confronti dei cittadini di paesi terzi alle frontiere esterne e modifica i regolamenti (CE) n. 767/2008, (UE) 2017/2226, (UE) 2018/1240 e (UE) 2019/817, COM(2020) 612 def., 23 settembre 2020.

⁵ Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Un nuovo patto sulla migrazione e l’asilo*, COM(2020) 609 def., 23 settembre 2020, p. 6.

il CEAS, ma anche nelle argomentazioni degli Stati membri, che molto spesso richiamano il concetto di “abusività” per giustificare la predisposizione di legislazioni nazionali o di prassi interpretative delle disposizioni europee che impongono limiti all’accesso e all’esercizio del diritto d’asilo.

Se si tengono in considerazione le finalità perseguite dal legislatore europeo attraverso la creazione del CEAS, ovvero la tutela del diritto di asilo, intesa come riconoscimento di una forma di tutela per qualsiasi cittadino di un paese terzo che necessita di protezione internazionale, le conseguenze implicate dall’operatività di un concetto come l’abuso di diritto, soprattutto se concepito in termini di principio generale del diritto UE, finiscono per porsi in termini quasi antitetici rispetto al perseguimento degli stessi obiettivi alla base del sistema. Per questa ragione, occorre far luce sulla questione relativa alla configurabilità di un fondamento giuridico per la categoria dell’abuso di diritto nell’ambito del CEAS, per valutare se, al contrario, esso non rappresenti esclusivamente una modalità attraverso la quale le istituzioni europee – e, di conseguenza, gli Stati membri – giustificano la predisposizione di strumenti legislativi che impongono limiti all’accesso e all’esercizio del diritto d’asilo, rischiando di contraddire, nella sostanza, la *ratio* che informa gli strumenti giuridici che regolano questo settore.

PREMESSA METODOLOGICA

OBIETTIVI DELLA RICERCA E PROSPETTIVE D'INDAGINE: DALLA SISTEMATIZZAZIONE DEL CONCETTO DI “ABUSO DI DIRITTO” ALLA NECESSARIA RIDEFINIZIONE DEL “DIRITTO DI ASILO”

SOMMARIO: 1. Brevi cenni circa le origini della nozione di “abuso di diritto” nel contesto ordinamentale europeo quale punto di partenza per la sua concettualizzazione in materia di asilo. – 1.1. Il modello di integrazione europea alla base del concetto di abuso di diritto. – 2. L’abuso nel sistema europeo comune di asilo. – 2.1. Alcuni esempi dell’utilizzo del concetto di abuso di diritto nel sistema europeo comune di asilo. – 2.2. Le condotte abusive nel settore dell’asilo: un preliminare tentativo di identificazione. – 2.3. Tratti comuni (e distintivi) delle condotte abusive in materia di asilo. – 3. Peculiarità e problematicità della concettualizzazione dell’abuso di diritto nel sistema europeo comune di asilo. – 4. Illustrazione del metodo di ricerca: la delimitazione del campo di indagine e le categorie classificatorie per l’analisi del concetto di “abuso”. – 4.1. La definizione dell’oggetto dell’abuso. – 4.2. L’analisi delle condotte abusive con riferimento al sistema europeo comune di asilo.

1. Brevi cenni circa le origini della nozione di “abuso di diritto” nel contesto ordinamentale europeo quale punto di partenza per la sua concettualizzazione in materia di asilo

Allo stato dell’arte, non è possibile porre in discussione il fatto che l’ordinamento europeo conosca il concetto di “abuso di diritto”¹. Sono numerosi, infatti, i settori del

¹ Per una panoramica generale sull’interpretazione della nozione di abuso nel diritto europeo, si ricordano, tra gli altri: L. NEVILLE BROWN, *Is there a General Principle of Abuse of Rights in European Community Law?*, in D. CURTIN ET AL. (eds.), *Institutional Dynamics of European Integration: Essays in Honour of Henry G. Schermers*, Vol. II, Dordrecht-Boston-London, 1994, p. 511 e ss.; A. KJELLGREN, *On the border of Abuse: the Jurisprudence of the European Court of Justice on Circumvention, Fraud and Other Misuses of Community Law*, in *European Business Law Review*, 2000, p. 179 e ss.; D. TRIANTAFYLLOU, *L’interdiction des abus de droit en tant que principe général du droit communautaire*, in *Cahiers de droit européen*, 2002 p. 611 e ss.; S. CAFARO, *L’abuso del diritto nel sistema comunitario, dal caso van Binsbergen alla Carta dei diritti passando per gli ordinamenti nazionali*, in *Il Diritto dell’Unione europea*, 2003, p. 291 e ss.; M. GESTRI, *Abuso del diritto e frode alla legge nell’ordinamento comunitario*, Milano, 2003; F. LAGONDET, *L’abus de droit dans la jurisprudence communautaire*, in *Journal des tribunaux droit européen*, 2003, p. 8 e ss.; D. WAELBROECK, *La notion d’abus de droit dans l’ordre juridique*

diritto UE nei quali tale nozione è stata oggetto di specifico approfondimento – inizialmente, a livello giurisprudenziale e, in un secondo momento, anche a livello dottrinale –, nell’ottica di identificare in modo preciso le condizioni in presenza delle quali un comportamento possa essere considerato “abusivo”, in quanto diretto a minare la *ratio* stessa di una determinata disposizione.

Piuttosto, a fronte di un eterogeneo utilizzo del termine “abuso” nel contesto giuridico dell’Unione, non appare sempre semplice per l’interprete stabilire quali siano la natura e la funzione del concetto in questione. In particolare, i commentatori si sono a lungo interrogati in merito al funzionamento e alla qualificazione di suddetta categoria giuridica, la cui applicazione è volta a negare il riconoscimento di un diritto previsto

communautaire, in *Mélanges en hommages à J.-V. Louis*, Vol. I, Bruxelles, 2003, p. 595 e ss.; D. SIMON, A. RIGAUX, *La technique de la consécration d’un nouveau principe général du droit communautaire: l’exemple de l’abus de droit*, in M. BLANQUET (sous la direction), *Mélanges en hommage à Guy Isaac: 50 ans de droit communautaire*, Tolosa, 2004, p. 559 e ss.; N. GULLO, *L’abuso del diritto nell’ordinamento comunitario: un (timido) limite alla scelta del diritto*, in *Ragion pratica*, 2005, p. 181 e ss.; D. ANDERSON, *Abuse of Rights*, in *Judicial Review*, 2006, p. 348 e ss.; K. E. SØRENSEN, *Abuse of rights in community law: a principle of substance or merely rhetoric?*, in *Common Market Law Review*, 2006, p. 423 e ss.; C. AMAND, *Prohibition of Abusive Practices in European VAT, Court Aid to National Legislation Bugs?*, in *Intertax*, 2008, p. 189 e ss.; R. DE LA FERIA, *Prohibition of Abuse of (Community law): The Creation of a new general principle of EC law through Tax*, in *Common Market Law Review*, 2008, p. 395 e ss.; S. VRELLIS, *Abus et fraude dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, in H. GAUDEMET-TALLON, J.P. LANCET (a cura di), *Vers de Nouveaux Equilibres entre Ordres Juridiques: Liber Amicorum H. Gaudemet-Tallon*, Parigi, 2008, p. 633 e ss.; A. DE GRAAF, M. EVERS, *Limiting benefit shopping: use and abuse of EC law*, in *EC Tax Review*, 2009, p. 279 e ss.; L. CERIONI, *The “Abuse of Rights” in EU Company Law and EU Tax Law: A Re-reading of the ECJ Case Law and the Quest for a Unitary Notion*, in *European Business Law Review*, 2010 p. 783 e ss.; A. LENAERTS, *The General Principle of the Prohibition of Abuse of Rights: A Critical Position on Its Role in a Codified European Contract Law*, in *European Review of Private Law*, 2010, p. 1121 e ss.; S. CARBONE, *Brevi riflessioni sull’abuso del diritto comunitario: commercio internazionale e esercizio delle libertà individuali*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2011, p. 67 e ss.; L. CRUCIANI, *Clausole generali e principi elastici in Europa: il caso della buona fede e dell’abuso del diritto*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2011, p. 473 e ss.; R. DE LA FERIA, S. VOGENAUER, *Prohibition of abuse of law: a new general principle of EU law?*, Oxford, 2011; A. GAMBARO, *Note in tema di abuso del diritto ed ordine di mercato nel diritto italiano e comunitario*, in R. SACCO (a cura di), *Studi in ricordo di Pier Giusto Jaeger*, Milano, 2011, p. 93 e ss.; F. LOSURDO, *Il divieto dell’abuso del diritto nell’ordinamento europeo: storia e giurisprudenza*, Torino, 2011; A. ADINOLFI, *La nozione di “abuso di diritto” nell’ordinamento dell’unione europea*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2012, p. 329 e ss.; R. IONESCU, *L’abus de droit en droit de l’Union européenne*, Bruxelles, 2013; N. LETTIERI, G. MARINI, G. MERONE, *L’abuso del diritto nel dialogo tra corti nazionali ed internazionali*, Napoli, 2014; A. SAYDÉ, *Abuse of EU law and regulation of the internal market*, Oxford, 2014; F. MUNARI, *Il divieto di abuso del diritto nell’Unione europea*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, 2015, p. 519 e ss.; ; K. LENAERTS, *The concept of “abuse of law” in the case law of the European Court of justice on direct taxation*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2015, p. 329 e ss.

dall'ordinamento in ragione di una condotta, posta in essere da un individuo o da un'impresa, definibile, appunto, come "abusiva".

Orbene, rinviando al Capitolo I per un'analisi più approfondita dei suddetti aspetti, si intende in questa sede individuare un punto di partenza per approcciarsi allo studio dell'"abuso di diritto" nell'ambito del sistema europeo comune di asilo (di seguito, "CEAS", *Common European Asylum System*), anticipando alcune brevi considerazioni in merito alle ragioni che, in senso più ampio, hanno condotto allo sviluppo di questo concetto nel contesto europeo.

1.1. Il modello di integrazione europea alla base del concetto di abuso di diritto

Per comprendere la *ratio* del richiamo alla categoria dell'abuso di diritto nel sistema giuridico dell'Unione, è necessario prendere le mosse dal modello di integrazione promosso dai Trattati, il quale risulta finalizzato all'eliminazione delle barriere nazionali, per incentivare e valorizzare la circolazione non soltanto di merci, persone, servizi e capitali, ma anche delle norme nazionali e dei modelli giuridici di riferimento².

Lo schema di interazione tra sistemi normativi creato dall'impianto strutturale dell'ordinamento europeo, fondato sul principio del primato – conseguenza della (parziale) limitazione di sovranità a cui hanno acconsentito gli Stati membri con la creazione delle istituzioni comunitarie –, ha postulato un processo di armonizzazione tra legislazioni nazionali connotato da differenti intensità, dando vita, in determinati settori, a forme di omogeneizzazione delle normative interne, mentre, in altri, a forme di mero ravvicinamento delle stesse. Inoltre, le libertà previste dai trattati sono state strutturate come libertà di circolazione all'interno dello spazio giuridico europeo e, come tali, implicano la facoltà per i soggetti e gli operatori economici di transitare all'interno dei diversi sistemi giuridici dei vari Stati membri³.

² Sul processo di integrazione europea, si veda R. BARATTA, A. TIZZANO. *Il processo d'integrazione europea: un bilancio 50 anni dopo i trattati di Roma*, Torino, 2008.

³ Il riferimento a queste tre direttrici – principio del primato del diritto europeo sulle normative nazionali, forme di armonizzazione degli ordinamenti interni e libertà di circolazione – si rinviene in N. GULLO, *L'abuso del diritto nell'ordinamento comunitario*, cit., pp. 186-187. L'A. sottolinea come la conseguenza dell'impostazione del sistema ordinamentale dell'Unione non può che consistere nella disponibilità degli Stati membri «ad accettare una contaminazione della disciplina interna con regole, norme e principi di origine comunitaria, nonché provenienti da altri Stati membri, in virtù dei canali di collegamento attivati dallo stesso diritto comunitario».

In particolare, l'oggetto di questa "scelta" aperta ai privati o alle imprese, rispetto alla possibilità di applicare regole, norme e principi di origine sovranazionale o appartenenti a sistemi giuridici di altri Stati membri, può coincidere: a) direttamente con le norme del diritto dell'Unione che attribuiscono nuovi diritti (e doveri) ai cittadini (ed alle imprese) europee, nell'ambito di quei settori in cui sia intervenuto un processo di armonizzazione maggiormente incisivo; b) ovvero, nei settori di minima "convergenza" delle legislazioni interne, con le norme degli altri ordinamenti nazionali, ritenute, per i motivi più vari, più favorevoli o maggiormente vantaggiose.

Un simile modello ha quindi reso necessaria l'individuazione di alcune garanzie e clausole di salvaguardia – in alcuni casi codificati dai Trattati e dal diritto europeo derivato, in altri casi ricavati in via interpretativa dalla giurisprudenza della Corte di giustizia –, che disegnassero un confine alle libertà fondamentali e che ostacolassero un utilizzo distortivo del sistema, facendo prevalere la regolamentazione interna a protezione di particolari interessi nazionali e contrastando gli effetti negativi eventualmente riscontrabili per le politiche economiche e sociali nazionali. Ed è proprio in questa prospettiva che può essere spiegato l'atteggiamento degli Stati membri che hanno iniziato ad invocare il principio dell'abuso del diritto come limite alla "scelta del diritto", a fronte di comportamenti volti a conseguire un vantaggio illecito in violazione delle norme dell'ordinamento europeo o del diritto nazionale⁴.

In realtà, come si avrà modo di constatare, nella maggior parte dei casi, la Corte di giustizia ha ritenuto che la situazione nella quale una persona fisica o giuridica beneficia delle norme del Trattato, pur preconstituendo intenzionalmente le condizioni a tal fine

⁴ V. le conclusioni dell'Avvocato generale Poiares Maduro, presentate il 7 aprile 2005, cause C-255/02, C-419/02 e C-223/03, *Halifax e a., BUPA Hospitals Ltd e University of Huddersfield Higher Education Corporation c. Commissioners of Customs and Excise*, punto 63: esistono «due principali contesti in cui la Corte ha analizzato la nozione di abuso, quando s'invocano abusivamente le disposizioni del diritto comunitario per evadere la normativa nazionale e quando si invocano abusivamente le disposizioni del diritto comunitario per conseguire agevolazioni in una maniera che contrasta con gli scopi e le finalità di quelle stesse disposizioni». Si vedano, altresì, le conclusioni dell'Avvocato generale Maciej Szpunar, presentate il 20 maggio 2014 causa C-202/13, *Sean Ambrose McCarthy*, punto 111: «per quanto riguarda il diritto dell'Unione, poiché [la nozione di abuso] compare solo sporadicamente nel diritto derivato, ai fini del suo esame occorre fare riferimento alla giurisprudenza della Corte. Quest'ultima vi ravvisa, da un lato, un principio di diritto nazionale, nel contesto del quale un soggetto di diritto fa valere il diritto dell'Unione "al solo scopo di sottrarsi all'applicazione del diritto nazionale", e, dall'altro, un principio di diritto dell'Unione, nel contesto del quale un soggetto di diritto "utilizza in maniera fraudolenta o eccessiva un diritto conferitogli dal diritto dell'Unione"».

necessarie, rientra nella sfera dei vantaggi derivanti dall'ordinamento dell'Unione, valutando maggiormente rilevante tutelare l'esercizio delle libertà fondamentali, piuttosto che dare spazio ad una loro applicazione restrittiva in ragione di situazioni di abuso di difficile definizione e accertamento.

2. L'abuso nel sistema europeo comune di asilo

Tanto premesso a livello generale, facendo specifico riferimento alla politica europea sull'asilo, sia consentito sin d'ora considerare come il concetto di "abuso di diritto" – pur non essendo stato oggetto di indagine specifica a livello giurisprudenziale o dottrinale, relativamente alla sua qualificazione giuridica e, dunque, alla sua portata applicativa – non sia una nozione affatto estranea al contesto del CEAS. Come si avrà modo di illustrare (v. *amplius* Capitolo IV), sono svariate le occasioni in cui la nozione di "abuso" (e dei suoi derivati) è stata utilizzata a livello istituzionale, soprattutto in fase di progettazione degli strumenti giuridici che compongono il regime di questo settore, pur senza mai tradursi in disposizioni esplicitamente tese ad evitare condotte abusive.

2.1. Alcuni esempi dell'utilizzo del concetto di abuso di diritto nel sistema europeo comune di asilo

Durante il Consiglio europeo di Tampere del 1999, gli Stati membri si erano posti quale obiettivo primario la definizione di un programma politico volto alla determinazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, da realizzarsi all'interno del territorio dell'Unione, il quale costituisse un allargamento dell'integrazione fra Stati membri fino ad allora esistente, sempre alla luce dei principi e delle libertà democratiche, che ancora oggi costituiscono i valori fondanti il sistema comunitario⁵. Le quattro

⁵ Consiglio Europeo di Tampere 15 e 16 ottobre 1999, Conclusioni della Presidenza, par. 2.3: «L'Unione europea ha già posto in atto per i suoi cittadini i principali elementi di uno spazio comune di prosperità e pace: un mercato unico, un'unione economica e monetaria e la capacità di raccogliere le sfide politiche ed economiche mondiali. La sfida insita nel trattato di Amsterdam è ora quella di garantire che tale libertà, che comprende il diritto alla libera circolazione in tutta l'Unione, possa essere goduta in condizioni di sicurezza e di giustizia accessibili a tutti. Si tratta di un progetto che risponde alle preoccupazioni frequentemente espresse dai cittadini e che ha ripercussioni dirette sulla loro vita quotidiana. Tale libertà non dovrebbe, tuttavia, essere considerata appannaggio esclusivo dei cittadini dell'Unione. La sua stessa esistenza serve da richiamo per molti altri che nel mondo non possono godere della libertà che i cittadini dell'Unione danno

direttrici principali che avrebbero dovuto guidare l'azione dell'Unione nell'ambito di una politica comune in materia di asilo e immigrazione⁶ erano rappresentate dalla volontà di instaurare relazioni di partenariato con i paesi di origine dei migranti, di delineare un regime comune in materia di asilo, di assicurare l'equo trattamento dei cittadini dei paesi terzi e di delineare un approccio maggiormente efficace quanto alla gestione dei flussi migratori. Successivamente, nel 2004, si era passati ad un ulteriore momento di progettazione, grazie alla delineazione del c.d. Programma dell'Aia (2004-2009), che prevedeva l'istituzione di un vero e proprio sistema comune europeo di asilo, dotato di una procedura comune per la determinazione dello *status* di rifugiato e l'attribuzione della relativa qualifica. Dunque, a distanza di sei anni e a fronte della predisposizione dei primi strumenti giuridici attuativi del programma stilato⁷, i Capi di Stato e di Governo, riunitisi

per scontata. Sarebbe contrario alle tradizioni europee negare tale libertà a coloro che sono stati legittimamente indotti dalle circostanze a cercare accesso nel nostro territorio. Ciò richiede a sua volta che l'Unione elabori politiche comuni in materia di asilo e immigrazione, considerando nel contempo l'esigenza di un controllo coerente alle frontiere esterne per arrestare l'immigrazione clandestina e combattere coloro che la organizzano commettendo i reati internazionali ad essa collegati. Queste politiche comuni devono basarsi su principi che siano chiari per i nostri cittadini e offrano allo stesso tempo garanzie per coloro che cercano protezione o accesso nell'Unione europea».

⁶ Sulla nascita e l'evoluzione delle politiche europee di immigrazione, asilo e controlli delle frontiere nel quadro dello spazio di libertà sicurezza e giustizia, si vedano, *ex multis*, U. DRAETTA, N. PARISI, D. RINOLDI (a cura di), *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'Unione europea. Principi fondamentali e tutela dei diritti*, Napoli, 2008; M. DONY, C. KADDOUS (sous la direction de), *D'Amsterdam à Lisbonne. Dix ans d'espace de liberté, de sécurité et de justice*, Bâle- Bruxelles-Paris, 2010; K. HAILBRONNER, D. THYM (eds.), *EU Immigration and asylum Law, A Commentary*, 2nd edition, Monaco-Oxford-Baden Baden-Portland, 2016; B. NASCIMBENE, *The European Union: An Area for Freedom, Security and Justice*, in G. AMATO, E. MOAVERO-MILANESI, G. PASQUINO, L. REICHLIN (eds.), *The History of the European Union: Constructing Utopia*, Oxford-London-New York-New Delhi-Sidney, 2019, p. 357 ss.; L. DANIELE (con la collaborazione di S. AMADEO, G. BIAGIONI, R. CISOTTA, C. SCHEPISI, F. SPITALERI), *Diritto del mercato unico europeo e dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, Milano, 2019.

⁷ Si fa riferimento agli atti che posero le fondamenta per la nascita del regime d'asilo a livello europeo: la direttiva 2001/55/CE, che dà al Consiglio la facoltà di deliberare di volta in volta misure eccezionali, al fine di assicurare a soggetti sfollati provenienti da Paesi extra UE una tutela immediata, ma temporanea (della durata di un anno e rinnovabile per un altro anno); la direttiva 2003/09/CE, c.d. "direttiva accoglienza", che definiva le condizioni di accoglienza dei richiedenti asilo, che garantissero «un livello di vita dignitoso e condizioni di vita analoghe in tutti gli Stati membri»; la direttiva 2004/83/CE, c.d. "direttiva qualifiche", che fissava i criteri comuni per l'attribuzione dello *status* di rifugiato e di beneficiario di protezione sussidiaria; la direttiva 2005/85/CE, c.d. "direttiva procedure", che disciplinava i principi minimi delle norme di carattere procedurale per il riconoscimento e la revoca degli *status* di protezione internazionale. Attraverso queste quattro direttive, la disciplina dell'asilo in ambito comunitario ha trovato un livello minimo di armonizzazione, pur attribuendo comunque ad ogni Stato membro la possibilità di derogare in *melius* a quanto disposto a livello sovranazionale, predisponendo normative statali più favorevoli per i richiedenti asilo. In aggiunta, a completamento del sistema, furono emanati: una direttiva relativa allo strumento del ricongiungimento familiare (direttiva 2003/86/CE), e due regolamenti, il c.d. "regolamento

a Bruxelles, il 10 e 11 dicembre 2009, oltre ad aver rinnovato l'impegno «ad adoperarsi per l'obiettivo di stabilire uno spazio comune di protezione e solidarietà basato su una procedura comune in materia d'asilo e su uno status uniforme per coloro che hanno ottenuto la protezione internazionale», hanno iniziato a fare riferimento anche alla necessità di elaborare «procedure eque ed efficaci che consentano di prevenire gli abusi»⁸. Il Consiglio europeo riteneva necessario prediligere un approccio volto ad assicurare equità di trattamento, garantendo a tutti gli interessati, a prescindere dallo Stato membro in cui fosse presentata la domanda di asilo, un trattamento di livello equivalente quanto alle condizioni di accoglienza e di pari livello quanto alle disposizioni procedurali e alla determinazione dello *status*. La preoccupazione che si abusasse del sistema di asilo, compromettendo i principi del CEAS, aveva spinto il Consiglio europeo ad invitare la Commissione a sviluppare meccanismi di condivisione volontaria e coordinata delle responsabilità tra Stati membri⁹.

In effetti, la Commissione europea, nel contesto delle modifiche apportate agli strumenti più rilevanti del CEAS¹⁰, ha iniziato a richiamare il concetto di abuso nelle relazioni alle proposte dei diversi atti normativi (pur non menzionandolo all'interno dei considerando).

Si prenda, ad esempio, la proposta di modifica del regolamento Dublino, in cui la Commissione ha espressamente individuato un'esigenza di bilanciamento tra l'obiettivo di un accesso effettivo alle procedure di asilo e un rapido espletamento delle domande d'asilo perseguito con l'istituzione del meccanismo di determinazione della competenza per l'esame di una domanda d'asilo presentata negli Stati membri, e l'esigenza di «prevenire abusi in relazione alle procedure di asilo, come le domande multiple presentate

Dublino” in tema di determinazione dello Stato competente all'esame delle domande di asilo (regolamento (CE) n. 343/2003), e il regolamento Eurodac, istitutivo di una banca dati per la raccolta delle impronte digitali dei richiedenti asilo (regolamento (CE) n. 2725/2000).

⁸ Cfr. Programma di Stoccolma, *Un'Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini*, adottato dal Consiglio europeo dell'11 dicembre 2009, *GUUE* C 115, 4 maggio 2010, pp. 1-38, par. 6.2.

⁹ Programma di Stoccolma, cit., par. 6.2.2.

¹⁰ In particolare, sono state approvate le nuove “direttiva qualifiche” (direttiva 2011/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011), “direttiva accoglienza” (direttiva 2013/33/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013), “direttiva procedure” (direttiva 2013/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013), accanto al nuovo regolamento Dublino (c.d. “regolamento Dublino III”, ossia il regolamento (UE) n. 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013) e il nuovo regolamento Eurodac (regolamento (UE) n. 603/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, che istituisce l'«Eurodac»).

da uno stesso richiedente in diversi Stati membri all'unico scopo di prolungare il soggiorno negli Stati membri»¹¹.

Parimenti, nella proposta di modifica della procedura comune d'asilo, la Commissione ha delineato in una serie di strumenti procedurali – quali i motivi di inammissibilità e il concetto di paese terzo sicuro, le procedure accelerate e le domande manifestamente infondate, la nozione di domanda reiterata e il concetto di paese di origine sicuro –, per prevenire gli abusi o reagire agli stessi e trattare rapidamente le domande manifestamente infondate o meno complesse¹². Inoltre, la decisione di introdurre il principio di un'unica autorità accertante è stata ritenuta «indispensabile per garantire una competenza istituzionale e decisioni solide, prese sulla scorta di circostanze fattuali complete e correttamente accertate», così da assicurare anche un deterrente contro eventuali abusi.

Il tema è stato quindi riproposto nel *nuovo patto sulla migrazione e l'asilo*. Uno dei problemi su cui la Commissione ha concentrato la propria attenzione concerne proprio la necessità di riformare le norme sulla suddivisione di competenze in ordine all'esame delle domande di protezione internazionale «per rendere più efficiente il sistema, scoraggiare gli abusi e impedire spostamenti non autorizzati»¹³.

¹¹ Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide, COM(2008) 820 def., 3 dicembre 2008.

¹² Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio recante norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca della protezione internazionale (rifusione), COM(2009) 554 def., 21 ottobre 2009.

¹³ Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Un nuovo patto sulla migrazione e l'asilo*, COM(2020) 609 def., 23 settembre 2020, p. 6. Per un approfondimento in merito ai differenti profili del patto, si vedano gli speciali *New Migration Pact*, in *eumigrationlawblog.eu* e *Focus La proposta di Patto su immigrazione e asilo*, in *aisdue.eu*. Per un'analisi dei profili di criticità delle proposte, si vedano S. CARRERA, *Whose Pact? The Cognitive Dimensions of the New EU Pact on Migration and Asylum*, in *CEPS Policy Insights*, September 2020; A. DI PASCALE, *Il nuovo patto per l'immigrazione e l'asilo: scontentare tutti per accontentare tutti*, in *Eurojus*, 28 settembre 2020; C. FAVILLI, *Il patto europeo sulla migrazione e l'asilo: "c'è qualcosa di nuovo, anzi di antico"*, in *Questione Giustizia*, 2 ottobre 2020; D. THYM, *European Realpolitik: Legislative Uncertainties and Operational Pitfalls of the 'New' Pact on Migration and Asylum*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 28 settembre 2020; M. BORRACCETTI, *Il nuovo Patto europeo sull'immigrazione e l'asilo: continuità o discontinuità col passato?*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, Fascicolo n. 1/2021, p. 1 e ss.

2.2. Le condotte abusive nel settore dell'asilo: un preliminare tentativo di identificazione

Orbene, alla luce di quanto emerso da una prima esemplificazione dei richiami fatti al concetto di abuso nell'ambito del CEAS – e considerando che un comportamento “abusivo” può essere genericamente descritto come l'atto di creare una situazione artificiosa al solo scopo di soddisfare formalmente le condizioni previste dalla normativa dell'Unione europea o da una normativa nazionale e, in tal modo, beneficiare dei vantaggi connessi –, è possibile constatare come la nozione di “richiedente asilo abusivo” possa (almeno astrattamente) assumere diverse connotazioni, nonché implicare la realizzazione di svariate condotte elusive del sistema.

In via di prima approssimazione, potrebbe ipotizzarsi la sussistenza di un comportamento abusivo quando un cittadino di un Paese terzo, benché non rispondente alle condizioni poste dal diritto secondario dell'Unione ai fini del riconoscimento dello *status* di rifugiato o della protezione sussidiaria – i due *status* di protezione internazionale regolati dalla direttiva qualifiche –, cerchi ugualmente di ottenere la qualificazione di «richiedente», ai sensi dell'articolo 2, lett. i) della direttiva qualifiche¹⁴, al fine di beneficiare dei diritti ad esse connessi. Ad esempio, un cittadino straniero, la cui domanda di asilo sia già stata esaminata e rigettata da un determinato Stato membro, potrebbe decidere di ri-presentare un'istanza di riconoscimento di protezione internazionale, al solo scopo di prolungare il soggiorno negli Stati membri ed evitare provvedimenti di espulsione. Occorre infatti considerare che, a seguito della presentazione e della registrazione di una domanda di protezione internazionale, gli Stati membri sono tenuti al rilascio di un permesso che consenta al richiedente asilo di rimanere sul loro territorio per tutta la durata della procedura di esame della relativa istanza, in un'ottica di effettività della tutela (v. *amplius* Capitolo III). Alla medesima logica, poi, potrebbe essere ricondotta l'ipotesi in cui venga creata una situazione di afflusso massiccio, al fine di eludere altri canali di accesso al territorio di uno Stato diverso da quello di appartenenza.

¹⁴ La norma stabilisce che «richiedente» è «qualsiasi cittadino di un paese terzo o apolide che abbia presentato una domanda di protezione internazionale sulla quale non sia stata ancora adottata una decisione definitiva». I richiedenti protezione internazionale, in quanto tali, vedono garantirsi una serie di prerogative espressamente dettate dalla direttiva qualifiche e dalla direttiva procedure. Si veda, in proposito, S. AMADEO, F. SPITALERI, *Il diritto dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione europea*, Torino, 2019, p. 96 e ss.

Inoltre, non deve dimenticarsi che il settore dell'asilo e dell'immigrazione rientra nell'ambito delle competenze concorrenti tra l'Unione europea e gli Stati membri¹⁵, rispetto al quale sono state adottate, nel rispetto dei principi di proporzionalità e sussidiarietà, misure di armonizzazione delle legislazioni interne, senza che però sia stato realizzato un sistema unitario, completamente omogeneo. Questo dato ha consentito che permanessero delle discrepanze tra gli ordinamenti dei diversi Stati membri in materia, discrepanze che, talvolta, finiscono per incentivare la possibilità di ritenere maggiormente “vantaggioso” un ordinamento nazionale, piuttosto che un altro.

Nel settore dell'asilo, quindi, l'abuso potrebbe presupporre l'elusione della normativa dell'Unione da parte del cittadino di un Paese terzo, realizzata per poter beneficiare direttamente del regime giuridico posto da uno Stato membro, piuttosto che di quello che, di regola, sarebbe competente ad occuparsene. In questo senso, appare certamente esemplificativo il fenomeno dei c.d. “movimenti secondari”, intesi come la tendenza dei migranti a spostarsi tra i diversi Stati membri, dopo il loro primo arrivo nel territorio dell'Unione Europea¹⁶. In questi casi, infatti, in violazione dei criteri di determinazione della competenza all'esame delle domande di asilo, il cittadino di un Paese terzo, pur legittimato a presentare la domanda di asilo, non si conforma alle disposizioni dettate dal c.d. “sistema Dublino”¹⁷, in base alla quale viene determinato lo Stato membro

¹⁵ In tale settore, peraltro, l'Europa appare a geometria variabile, sia dal punto di vista degli Stati coinvolti, sia per la natura giuridica degli obblighi vigenti. Infatti, alcuni Stati membri dell'Unione non sono vincolati dalle norme Ue, salvo una decisione in tal senso (Irlanda e, prima dell'uscita dall'Unione, anche il Regno Unito); uno Stato membro, la Danimarca, risulta vincolato solo a titolo di diritto internazionale; ci sono Stati terzi che partecipano grazie alla conclusione di specifici accordi internazionali (Svizzera, Liechtenstein, Norvegia e Islanda).

¹⁶ Il tema è stato riportato in auge anche in occasione della presentazione del Nuovo Patto sulla Migrazione e sull'Asilo. In proposito, D. THYM, *Secondary Movements: Overcoming the Lack of Trust among the Member States?*, in *eumigrationlawblog.eu*, October 2020. L'A. evidenzia come la Commissione, pur non facendo espressamente riferimento ai “movimenti secondari”, allude indirettamente alla questione nel titolo del comunicato stampa di accompagnamento con il suo appello per un “equilibrio tra responsabilità e solidarietà”. Quando si tratta di dibattiti politici tra gli Stati membri in seno al Consiglio, il rafforzamento delle regole di ricollocazione (solidarietà) e la prevenzione dei movimenti secondari (responsabilità) sono due facce della stessa medaglia.

¹⁷ Con tale espressione si fa riferimento al quadro giuridico relativo alla determinazione dell'unico Stato membro dell'Unione competente per il trattamento di una domanda di asilo presentata da un cittadino di un paese terzo. La denominazione del sistema e, in particolare, il riferimento a “Dublino”, prende origine dal fatto che il primo strumento adottato a livello europeo per regolare siffatta ripartizione di competenze è stato rappresentato dalla Convenzione del 15 giugno 1990, adottata a Dublino (per questa ragione, dunque, nota come “Convenzione di Dublino”). Successivamente, la Convenzione è stata sostituita dal Regolamento

competente ad esaminare la domanda di protezione internazionale¹⁸, e, muovendosi all'interno del territorio europeo, presenta l'istanza per il riconoscimento della protezione ad un Paese non formalmente competente¹⁹.

2.3. Trattati comuni (e distintivi) delle condotte abusive in materia di asilo

A questo punto, è possibile identificare alcuni tratti comuni alle condotte sopra richiamate, che potranno rappresentare un punto di partenza in una prospettiva di raffronto con le fattispecie di abusi identificabili in altri settori dell'ordinamento del diritto UE. In particolare, è necessario dare rilievo a tre profili distinti, tutti riconducibili alla casistica sommariamente richiamata nel paragrafo precedente: un profilo soggettivo, inerente alle qualità degli individui che pongono in essere le condotte asseritamente abusive; un profilo oggettivo, legato alle caratteristiche delle condotte qualificabili come tali; un terzo profilo, connesso alle possibili conseguenze implicate dal riconoscimento dell'esistenza di una situazione di abuso.

Innanzitutto, occorre sottolineare che, nel contesto in esame, i soggetti che agiscono e che, potenzialmente, pongono in essere comportamenti abusivi non sono – e non possono

(CE) n. 343/2003 (c.d. “regolamento Dublino II”), più tardi ulteriormente modificato dal Regolamento (UE) n. 604/2013.

¹⁸ La competenza viene determinata in applicazione di una gerarchia di otto criteri; quando l'ingresso sul territorio europeo avviene mediante attraversamento illegale della frontiera (e ciò succede nella stragrande maggioranza dei casi) lo Stato competente risulta essere (almeno per i 12 mesi successivi all'attraversamento) quello di primo ingresso.

¹⁹ Il fenomeno richiamato risulta strettamente connesso alla circostanza in base al quale il godimento dei diritti connessi alle varie forme di protezione è limitato al territorio dello Stato che, accordando la protezione, se ne fa carico: il beneficiario non può infatti circolare e soggiornare ovunque sul territorio dell'Unione europea. In merito, si vedano gli articoli 24 e 33 della direttiva 2011/95/UE. Tale previsione comporta non poche iniquità, se valutato alla luce della normativa prevista dal Regolamento Dublino, poiché genera una sproporzionata pressione sui Paesi di confine che, vedendo il proprio sistema di accoglienza barcollare, finiscono per allentare i controlli alle frontiere esterne, lasciando che i migranti si rechino (senza essere identificati) in altri Paesi europei (sono questi i c.d. “*movimenti secondari*”). In merito si vede C. PANZERA, *Il diritto all'asilo. Profili costituzionali*, Napoli, 2020, pag. 43 e ss. Per un approfondimento sulle critiche mosse al regolamento Dublino III, con riferimento alla necessità di definire criteri di collegamento sulla base della ricorrenza di un legame sostanziale o effettivo tra un richiedente asilo e lo Stato competente, si rinvia a: M. DI FILIPPO, *Unione europea, migrazioni e sistema Dublino: qualche proposta non convenzionale*, Policy Brief, Osservatorio sul diritto europeo dell'immigrazione, Pisa, settembre 2015; E. GUILD, C. COSTELLO, M. GARLICK, V. MORENO-LAX, *Enhancing the Common European Asylum System and Alternatives to Dublin*, in *CEPS Paper in Liberty and Security in Europe*, September 2015; S. PEERS, *Relocation of Asylum-Seekers in the EU: Law and Policy*, in *EU Law Analysis*, 24 September 2015.

essere – cittadini europei, ma, specificatamente, cittadini provenienti da paesi terzi, che lamentino (almeno astrattamente) un timore fondato di essere perseguitati per motivi di razza, religione, nazionalità, opinione politica o appartenenza a un determinato gruppo sociale²⁰, ovvero abbiano fondati motivi di correre un rischio effettivo di subire un grave danno²¹, qualora rimpatriati nel Paese di origine, di provenienza o nel quale abbiano avuto la loro ultima dimora²².

Quanto al profilo oggettivo, è possibile prendere atto del fatto che, nel contesto del sistema comune di asilo, l’atteggiamento abusivo rispetto al quale le istituzioni e, in particolare, la Commissione individua la necessità di porre dei rimedi pare concernere, per lo più, un utilizzo distorto dei diritti discendenti dalla normativa europea da parte di potenziali beneficiari dei diritti stessi. Sostanzialmente, viene lamentato il rischio che cittadini di paesi terzi, astrattamente legittimati a fare ingresso nel territorio degli Stati membri al fine di accedere alle procedure di riconoscimento del diritto di asilo – godendo, quindi, di tutte le garanzie riconosciute dalla legislazione europea a coloro che vengono qualificati come “richiedenti protezione internazionale” –, possano, da un lato, porre in essere comportamenti in elusione della normativa europea stessa, e, dall’altro, possano preconstituire una situazione tale da consentire loro di godere di tutti i diritti cui si è fatto cenno, non avendone, però, effettivo e reale titolo.

Infine, con riferimento alle implicazioni che possono discendere dall’operatività di un simile concetto, occorre considerare che il divieto di abuso, nel contesto in esame, potrebbe portare all’esclusione di un diritto fondamentale, quale il diritto d’asilo, che non trova formulazione solo all’interno dell’ordinamento dell’Unione europea – precisamente, all’articolo 18 della Carta dei diritti fondamentali –, ma si rinviene anche nelle tradizioni costituzionali dei diversi Stati membri, nonché a livello internazionale e,

²⁰ Articolo 2, par. 1, lett. d) direttiva 2011/95/UE e Capo III della medesima direttiva.

²¹ Articolo 2, par. 1, lett. f) direttiva 2011/95/UE e Capo V della medesima direttiva.

²² Per un’analisi più ampia della disciplina europea in materia di asilo, si vedano E. BENEDETTI, *Il diritto di asilo e la protezione dei rifugiati nell’ordinamento comunitario dopo l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, Padova, 2010; F. CHERUBINI, *Asylum Law in the European Union*, London, 2015; S. PEERS, V. MORENO-LAX, M. GARLICK, E. GUILD, *EU Immigration and Asylum Law (Text and Commentary): Second Revised Edition, Volume 3: EU Asylum Law*, Lieden-Boston, 2015; V. CHETAIL, P. DE BRUYCKER, F. MAIANI (eds), *Reforming the Common European Asylum System: The New European Refugee Law*, Leiden-Boston, 2016; K. HAILBRONNER, D. THYM (eds.), *EU Immigration and asylum Law, A Commentary*, cit.; S. AMADEO, F. SPITALERI, *Il diritto dell’immigrazione e dell’asilo dell’Unione europea*, cit.

in particolare, nella Convenzione di Ginevra del 1951²³. Infatti, al momento dell'attribuzione di competenza all'Unione in materia di asilo, gli Stati membri erano vincolati anche da altri obblighi di matrice internazionale, sia di natura pattizia, sia di natura consuetudinaria, incidenti sullo status giuridico soggettivo del richiedente asilo. Si pensi, oltre alla Convenzione di Ginevra, già richiamata, al Patto sui diritti civili e politici²⁴, alla Convenzione delle Nazioni unite contro la tortura²⁵, alla Convenzione europea contro la tortura o, ancora, alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo²⁶. Strumenti internazionali, questi, di cui l'Unione europea non è direttamente parte, ma che vengono comunque espressamente o implicitamente richiamati dall'articolo 78 TFUE, in base al quale la politica comune in materia di asilo deve essere «conforme alla Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 e al protocollo del 31 gennaio 1967, e agli altri trattati pertinenti». Ciò implica, evidentemente, la necessità che le istituzioni ne rispettino il contenuto nell'approvazione degli atti derivati, anche al fine di evitare che gli Stati membri si trovino vincolati da obblighi tra loro incompatibili, con il rischio che emergano profili di responsabilità per la violazione dell'uno a causa del rispetto dell'altro²⁷.

²³ Convenzione sullo status dei rifugiati, adottata il 28 luglio 1951 dalla Conferenza dei plenipotenziari sullo status dei rifugiati e degli apolidi, convocata dalle Nazioni Unite, ed entrata in vigore il 22 aprile 1954.

²⁴ Patto internazionale sui diritti civili e politici, adottato dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 16 dicembre 1966, entrata in vigore il 23 marzo 1976.

²⁵ Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti, adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1984 ed entrata in vigore il 27 giugno 1987.

²⁶ È necessario evidenziare che, sebbene la CEDU non contempli esplicitamente una norma volta al riconoscimento del diritto d'asilo, è ormai pacificamente ammesso che la Corte europea dei diritti dell'uomo abbia enucleato un diritto d'asilo *de facto*, accanto all'affermazione del principio di non respingimento, desunto dall'articolo 3 CEDU, nonché una serie di garanzie procedurali per i richiedenti asilo, desumibili dagli articoli 5 e 13 CEDU e dell'articolo 4 del protocollo 4. In proposito, v. M. MORARU, *The EU Fundamental Right to Asylum: In Search of Its Legal Meaning and Effects*, in S. IGLESIAS SÁNCHEZ, M. GONZÁLEZ PASCUAL (eds.), *Fundamental Rights in the EU Area of Freedom, Security and Justice*, Cambridge, 2021, p. 155. Come ricordato anche dall'A., in ragione di quanto previsto dall'articolo 52, paragrafo 3, della Carta dei diritti fondamentali – che prevede che «[l]addove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla [CEDU], il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione», senza che sia precluso «che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa» –, ciò implica che gli orientamenti della Corte di Strasburgo possano (e debbano) avere un impatto anche sull'interpretazione da parte della Corte di giustizia della legislazione derivata del CEAS.

²⁷ C. FAVILLI, *L'Unione che protegge e l'Unione che respinge. Progressi, contraddizioni e paradossi del sistema europeo di asilo*, in *Questione Giustizia*, n. 2/2018, p. 30.

Va da ultimo considerato che, quanto alla *ratio* connessa all'esito dell'applicazione del concetto di abuso, ossia all'apposizione di un limite alla corretta applicazione del diritto dell'Unione europea, nel contesto in esame, oltre alla necessità di escludere qualsiasi tipo di elusione delle norme europee in materia, si pone altresì l'esigenza di porre un freno ad ipotetiche situazioni "abusive" che possano alterare il funzionamento interno dei singoli sistemi di asilo nazionali, accanto a questioni legate all'esercizio da parte dei singoli Stati membri delle responsabilità su di loro incombenti per il mantenimento dell'ordine pubblico e la salvaguardia della sicurezza interna²⁸.

3. Peculiarità e problematicità della concettualizzazione dell'abuso di diritto nel sistema europeo comune di asilo

Alla luce delle considerazioni preliminari sin qui condotte, occorre prendere atto delle peculiarità che caratterizzano la concettualizzazione dell'"abuso di diritto" nell'ambito del CEAS.

²⁸ Articolo 72 TFUE. Si veda anche l'articolo 4, par. 2, del TUE ai sensi del quale l'Unione rispetta le funzioni essenziali dello Stato, in particolare le funzioni di salvaguardia dell'integrità territoriale, di mantenimento dell'ordine pubblico e di tutela della sicurezza nazionale. Quanto alla natura dell'articolo 72 del TFUE, la Corte di giustizia ha affermato che esso non può essere considerato una norma di conflitto di leggi, che dà priorità alla competenza degli Stati membri rispetto alle misure adottate dal legislatore dell'Unione, quanto, piuttosto, un principio di coesistenza, alla luce del quale la competenza ad agire in questo specifico settore risulta spettante allo Stato Membro, ma richiede di essere esercitata nel rispetto dei principi generali, delle norme dei trattati e del diritto europeo derivato, che il medesimo Stato ha sottoscritto al momento della sua adesione al sistema dell'Unione. Cfr. le conclusioni dell'Avvocato generale Eleanor Sharpston, presentate il 31 ottobre 2019, cause riunite C-715/17, C718/17 e C-719/17, *Commissione europea c. Repubblica di Polonia, Repubblica di Ungheria e Repubblica ceca*, punto 212. L'Avvocato richiama altresì, al punto 243, Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 6 marzo 2018, causa C-284/16, *Achmea*, nella quale si afferma: «Il diritto dell'Unione poggia, infatti, sulla premessa fondamentale secondo cui ciascuno Stato membro condivide con tutti gli altri Stati membri, e riconosce che questi condividono con esso, una serie di valori comuni sui quali l'Unione si fonda, così come precisato all'articolo 2 TUE. Tale premessa implica e giustifica l'esistenza della fiducia reciproca tra gli Stati membri quanto al riconoscimento di tali valori e, dunque, al rispetto del diritto dell'Unione che li attua. È proprio in tale contesto che spetta agli Stati membri, segnatamente, in virtù del principio di leale cooperazione enunciato all'articolo 4, paragrafo 3, primo comma, TUE, garantire, nei loro rispettivi territori, l'applicazione e il rispetto del diritto dell'Unione e adottare, a tal fine, ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai Trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione» (punto 34).

i) Innanzitutto, come si è avuto modo di constatare, la nozione di “richiedente asilo abusivo”²⁹ può assumere varie connotazioni e derivare dalla realizzazione di diverse condotte.

ii) In secondo luogo, come si è dato modo di intuire, l’utilizzo del concetto di “abuso” nell’ambito del sistema europeo comune di asilo – date le conseguenze che ne potrebbero derivare, soprattutto con riferimento al rischio di “sospendere” un diritto fondamentale, che trova contestuale riconoscimento in strumenti di diritto internazionale, vincolanti per gli Stati membri e le istituzioni – sembrerebbe porsi in contraddizione rispetto alla *ratio* che sottende alla creazione dell’intero sistema, quanto soprattutto all’impegno assunto di rispettare gli obblighi della Convenzione di Ginevra sullo *status* dei rifugiati e di altri importanti strumenti internazionali per i diritti umani.

In effetti, a ben guardare, il richiamo al concetto di abuso con riferimento alla politica di asilo finisce quasi per contraddire le originarie intenzioni emerse nelle conclusioni del Consiglio europeo di Tampere, sopra richiamate. In quell’occasione, si era preso atto del fatto che la libertà, tipica dello spazio europeo, non potesse che costituire un motivo di attrazione per tutte quelle persone che altrove non possono godere di analoga libertà, e, pertanto, era stato fissato come obiettivo la creazione di «un’Unione aperta, sicura, pienamente impegnata a rispettare gli obblighi della Convenzione di Ginevra sullo status dei rifugiati e di altri importanti strumenti internazionali per i diritti umani e capace di rispondere ai bisogni umanitari con la solidarietà»³⁰.

Tuttavia, è evidente come a quella logica di apertura sia venuta man mano sostituendosi una prospettiva diversa, certamente influenzata dalla situazione geo-politica esistente – si pensi agli attentati terroristici dell’11 settembre 2001 e dell’11 marzo 2004, nonché dalla cd. “crisi migratoria” – e l’agenda di lavoro concordata a Tampere è stata

²⁹ È stato inoltre evidenziato come la tendenza alla stereotipizzazione di alcune categorie di richiedenti protezione internazionale come “abusivi” risulta un’indiretta conseguenza della concettualizzazione del presupposto generale della vulnerabilità giuridica dei richiedenti asilo stessi. Il riconoscimento dell’esistenza di una vulnerabilità specifica con riferimento ad alcune categorie di richiedenti, se, certamente, è generalmente considerato un elemento che contribuisce alla creazione di un quadro giuridico maggiormente garantista per il funzionamento dei sistemi di asilo, per altro verso può determinare anche implicazioni negative involontarie per i richiedenti asilo. Per un’analisi dei rischi inerenti al concetto di vulnerabilità, come elaborato dalla Corte europea dei diritti dell’uomo, si veda L. PERONI, A. TIMMER, *Vulnerable groups: The promise of an emerging concept in European Human Rights Convention law*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2013, p. 1056 e ss.

³⁰ Consiglio Europeo di Tampere 15 e 16 ottobre 1999, Conclusioni della Presidenza, par. 4.

quindi radicalmente modificata, qualificando come prioritari la lotta al terrorismo e alla criminalità internazionale e considerando tutte le restanti misure, soprattutto quelle in materia di asilo e immigrazione, tendenzialmente funzionali ad essa³¹.

iii) In terzo luogo, non può escludersi che siffatte condotte possano trovare una spiegazione differente rispetto allo stigma dell'abusività. Si pensi, ad esempio, alla circostanza per cui, molto frequentemente, la decisione di un soggetto di reiterare la propria domanda d'asilo è il risultato dello svolgimento di una precedente procedura di esame dell'istanza di protezione condotta senza garanzie. Ovvero al fatto che, talvolta, i movimenti secondari, in elusione delle regole che fondano il sistema Dublino, sono frutto di condizioni di detenzione illegali, di disumane condizioni di accoglienza, che spingono i richiedenti asilo a spostarsi all'interno del territorio europeo.

Peraltro, la puntualizzazione svolta circa le diversificate spiegazioni che possono attribuirsi all'agire asseritamente "abusivo" dei soggetti nell'ambito del CEAS può condurre ad una riflessione ulteriore, che merita di essere quanto meno tratteggiata – con riserva di un più ampio approfondimento nel proseguo – in questa fase di primaria individuazione delle peculiarità dell'"abuso di diritto" in questo settore. In particolare: se, come si è avuto modo di constatare, nel sistema europeo comune di asilo, ciò che viene descritto in termini di "abusività" può trovare una giustificazione differente rispetto ad un intento meramente elusivo sotteso al comportamento del soggetto interessato, i richiami – espliciti a livello programmatico ed impliciti a livello normativo – al concetto di "abuso" potrebbero svelare motivazioni divergenti rispetto ad una reale esigenza di assicurare effettività e completezza al sistema ordinamentale, tanto dell'Unione europea in sé, quanto dei singoli Stati membri. Ci si potrebbe domandare se, piuttosto, l'evocazione del concetto di "abuso" non rappresenti un mero *escamotage* per traslare la

³¹ C. FAVILLI, *La politica dell'Unione in materia d'immigrazione e asilo. Carenze strutturali e antagonismo tra gli Stati membri*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 2/2018, p. 367-388, in particolare p. 364. L'A. evidenzia altresì la differenza strutturale tra la normativa sull'immigrazione negli ordinamenti nazionali, che è costituita da una legislazione organica, talvolta completata da disposizioni specifiche o di attuazione, e quella delineata all'interno del sistema dell'Unione, in cui le istituzioni hanno optato per l'adozione di disposizioni settoriali, volte a disciplinare singoli segmenti della condizione giuridica dello straniero. Tale scelta, sicuramente riconducibile alla necessità di attenuare i contrasti tra gli Stati, permettendo negoziazioni su aspetti specifici onde pervenire ad un compromesso accettabile, ha comportato, tuttavia, conseguenze negative a livello generale nella politica di questo settore, soprattutto in termini di coerenza, potendo i singoli negoziati sfociare in soluzioni dettate esclusivamente dalla situazione contingente, piuttosto che dalla ricerca della soluzione più adeguata alla disciplina della fattispecie.

responsabilità di determinate scelte normative in capo ai singoli, in un'ottica di negazione, piuttosto che di riconoscimento di determinati diritti. In una prospettiva siffatta, invero, l'interrogativo relativo alla categoria giuridica dell'abuso di diritto con riferimento al sistema asilo meriterebbe una diversa formulazione. Non basterebbe domandarsi se tale categoria giuridica sia configurabile e, in caso di risposta positiva, in quali termini, ma occorrerebbe altresì chiedersi a chi sia riferibile, di volta in volta, l'abuso: al richiedente asilo, ovvero al legislatore, sia esso europeo, o nazionale.

4. Illustrazione del metodo di ricerca: la delimitazione del campo di indagine e le categorie classificatorie per l'analisi del concetto di "abuso"

Alla luce delle considerazioni sin qui condotte, sarà necessario, innanzitutto, cercare di individuare dei parametri di riferimento, che possano consentire un'analisi del concetto di "abuso" nel contesto del sistema europeo comune di asilo.

In questo senso, si renderà indispensabile, in primo luogo, un esame della nozione di "abuso", alla luce dei risultati cui la giurisprudenza e la dottrina sono giunte con riferimento ad altri settori del diritto. Il punto di partenza sarà rappresentato dalle pronunce della Corte di giustizia che hanno indagato la questione dell'abuso, pronunce che verranno esaminate attraverso l'aiuto della letteratura che, negli anni, si è occupata diffusamente della sistematizzazione di tale concetto. Senza pretesa di esaustività, verranno richiamati solamente alcuni dei casi giurisprudenziali che hanno riguardato il tema, dando rilevanza a quelli che possono risultare maggiormente esemplificativi dei singoli aspetti di tale concetto, che si andrà di volta in volta ad indagare. Inoltre, la scelta della casistica ricalcherà, per lo più, la selezione della giurisprudenza effettuata dagli autori che si sono occupati del tema, al fine di illustrare più agevolmente le diverse ricostruzioni dogmatiche del concetto di asilo che verranno richiamate.

Tale ricostruzione consentirà quindi di individuare, attraverso un metodo induttivo, alcune categorie classificatorie, che saranno utili per sistematizzare la casistica qualificabile in termini di "abusività" che si prenderà in esame con riferimento al settore dell'asilo. Nello specifico, si cercherà di individuare, da un lato, le diverse tipologie di condotte qualificate come "abusive" e, dall'altro, la qualificazione giuridica che è stata

attribuita a tale concetto, alla luce delle elaborazioni dogmatiche che lo hanno variamente definito.

Peraltro, occorre precisare sin d'ora quale tipologia di condotte si prenderanno in considerazione nell'ambito del presente elaborato, quali estrinsecazioni del concetto di "abuso di diritto". Come si avrà modo di evidenziare, infatti, la Corte non ha fatto un uso univoco di tale nozione, utilizzando altresì una terminologia diversificata per riferirsi ad essa. In particolare, ha fatto uso dei termini "abuso" e "frode" in maniera alternativa ed intercambiabile.

Dunque, per chiarezza espositiva, occorre tracciare una linea di demarcazione tra le due espressioni, intendendo: a) con il termine "abuso", la condotta di chi, pur nel rispetto formale delle condizioni previste dalla norma per l'ottenimento di un diritto da essa derivante, agisca perseguendo un obiettivo diverso da quello posto a fondamento della norma stessa; b) con il termine "frode" in senso stretto, un comportamento che, per definizione, sia qualificabile come contrario al diritto, in quanto formalmente non rispettoso dei presupposti legislativi richiesti ai fini del godimento di un determinato vantaggio giuridico.

Orbene, solamente la prima tipologia di condotte verrà fatta oggetto di analisi, e, di conseguenza, dovranno essere considerati esclusi dal campo di indagine tutti i comportamenti che assurgano ad una vera e propria violazione formale di legge (tra i quali, ad esempio, l'utilizzo di documentazione o di informazioni false), rispetto ai quali non occorre ragionare in termini di "abusività" ed è certamente giustificata la condotta dello Stato che decida di escludere, a fronte di essi, il riconoscimento di un determinato diritto.

4.1. La definizione dell'oggetto dell'abuso

In parallelo, occorrerà chiedersi quale sia, nello specifico, il diritto oggetto dell'abuso che viene lamentato con riferimento al settore dell'asilo. Risulterà infatti indispensabile tratteggiare le peculiarità del diritto di cui si andrà a discutere, prima di poter valutare come interpretare il concetto di abuso di diritto in rapporto ad esso.

La soluzione a siffatto interrogativo, pur apparendo scontata ad una prima considerazione, risulta, nella sostanza, estremamente problematica, dal momento che

impone di considerare una molteplicità di fonti, tanto di matrice europea, quanto di natura internazionale. Quale sia il contenuto del diritto d'asilo è, in effetti, ad oggi, una questione non del tutto risolta e sulla quale non vi è un completo accordo tra i commentatori. La complessità del tema è connessa *inter alia* al dilemma interpretativo legato alla natura legale del diritto d'asilo e all'individuazione di quale dei tre "volti" del diritto d'asilo, indentificati dalla dottrina internazionalistica, debba essere considerato più adeguato a descrivere il relativo diritto: un diritto di asilo inteso come «*right of a state to grant asylum*», come «*right of an individual to seek asylum*», ovvero come «*right of an individual to be granted asylum*»³². Questa tripartizione è frutto dell'elaborazione dottrinale da parte di alcuni autori che, pur non mettendo in discussione l'esistenza di un diritto d'asilo inteso come mero atto sovrano degli Stati, consistente nel concedere siffatta garanzia, nell'esercizio della loro sovranità, hanno delineato una diversa concezione di asilo, che vede quale soggetto attivo di questo diritto non più solo lo Stato, ma l'individuo.

Pertanto, si effettuerà preliminarmente una ricognizione delle posizioni della dottrina internazionalistica sulla natura del diritto di asilo, al fine di approfondire il filone di pensiero che ha affiancato alla tradizionale lettura "statalista" del diritto d'asilo, una concezione maggiormente "personalista", incentrata, come si anticipava, sull'individuo quale soggetto attivo dei benefici connessi ad un diritto d'asilo, inteso, quindi, come prerogativa individuale.

Successivamente, sarà opportuno tentare di individuare il contenuto del concetto di asilo ricostruito alla luce degli strumenti giuridici che compongono il sistema europeo comune di asilo³³. In particolare, ci si domanderà se sia opportuno limitare l'estensione del diritto d'asilo esclusivamente al riconoscimento di una forma di protezione, ovvero

³² Per la tripartizione delle concezioni del diritto d'asilo, v. A. GRAHL-MADSEN, *Territorial Asylum*, Stockholm-London-Rome-New York, 1980, p. 2. Per maggiori richiami di dottrina sul tema, si veda il Capitolo II.

³³ Occorre considerare che alcuni aspetti relativi alla disciplina della situazione giuridica dei cittadini di paesi terzi che siano irregolari sul territorio degli Stati membri trova esplicita regolamentazione all'interno di altri strumenti normativi, diversi da quelli inquadrabili nell'ambito del CEAS. Tra essi, è opportuno ricordare la direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2008, recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare (c.d. "direttiva rimpatri"), e il Regolamento (UE) 2016/399 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2016, che istituisce un codice unionale relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone (codice frontiere Schengen, da ultimo modificato dal Regolamento (UE) 2019/817 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2019). Si precisa sin d'ora che tali atti normativi non saranno oggetto della presente analisi.

se sia necessario ricomprendere al suo interno, altresì, ulteriori diritti, come il rispetto del divieto di respingimento, il diritto fondamentale di accedere a procedure per la valutazione delle esigenze di protezione dei richiedenti asilo, nonché una serie di diritti che il richiedente può rivendicare dal momento in cui entra nella sfera di competenza dello Stato, fino a che non sia terminato l'esame della sua domanda di asilo e, dunque, sia stata meglio definita la sua posizione³⁴. In questa prospettiva, peraltro, sarà essenziale effettuare una ricognizione della giurisprudenza tanto della Corte di giustizia, quanto della Corte europea dei diritti dell'uomo, le cui decisioni possono rappresentare una "cartina di tornasole" utile per individuare i tratti peculiari del diritto d'asilo.

4.2. L'analisi delle condotte abusive con riferimento al sistema europeo comune di asilo

Una volta circoscritti i limiti del diritto d'asilo posto alla base degli strumenti giuridici che compongono il CEAS, sarà dunque possibile introdurre il tema del divieto di pratiche abusive. Non essendo disponibili approfondimenti dottrinali che abbiano affrontato il tema in maniera sistematica, si effettuerà un esame prettamente basato sui testi normativi e sulle pronunce della Corte di giustizia. In particolare, si procederà in maniera analitica, partendo da una ricerca testuale dei richiami alla nozione di abuso, così da selezionare alcune fattispecie astrattamente inquadrabili nella categoria dell'"abuso di diritto". A quel punto, si analizzeranno i singoli istituti individuati, attraverso le categorie classificatorie elaborate per sistematizzare il concetto dell'abuso. In sostanza, si cercherà di individuare se e a quali condizioni il divieto di pratiche abusive non solo sia affermato, ma possa anche operare, e quale sia la *ratio* posta a fondamento dell'operatività di suddetto principio; e ciò in una prospettiva di ragionevolezza dell'intero sistema europeo.

Lo scopo che il presente studio si prefigge concerne, in definitiva, un'indagine sull'esistenza e l'operatività della categoria dell'"abuso di diritto" nel contesto della legislazione e della giurisprudenza europea in materia di asilo, con l'obiettivo di valutare se un simile principio trovi una propria giustificazione all'interno del sistema, ovvero venga utilizzato unicamente per traslare la responsabilità delle scelte statali in capo ai

³⁴ Sul punto, si veda V. MORENO-LAX, *The Right to Asylum: An Individual Entitlement to (Access) International Protection*, V. MORENO-LAX (ed.), *Accessing Asylum in Europe: Extraterritorial Border Controls and Refugee Rights under EU Law*, Oxford Studies in European Law, October 2017, p. 337 e ss.

singoli, nell'ottica di attribuire prevalenza agli interessi propri degli Stati, rispetto alla tutela dei diritti individuali.

CAPITOLO I

LO STATO DELL'ARTE SULL'ABUSO DI DIRITTO: ALLA RICERCA DI PUNTI FERMI

SOMMARIO: 1. Premessa. La funzionalità dell'analisi dell'abuso di diritto elaborato dalla giurisprudenza e dalla dottrina nei diversi settori di diritto europeo, in un'ottica di sistematizzazione del concetto nell'ambito del settore del diritto d'asilo. – 2. Il concetto di “abuso di diritto”: ratio e definizione del divieto di pratiche abusive. – 2.1. (*segue*): la definizione del concetto di abuso attraverso la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea. – 3. Alcune considerazioni: la dinamicità del concetto di abuso e la necessità di una classificazione della casistica giurisprudenziale. – 3.1. (*segue*): la definizione della metodologia di classificazione. – SEZIONE I. LA PRIMA DIRETTRICE CLASSIFICATORIA: LA TIPOLOGIA DELLA CONDOTTA ABUSIVA. – 1. Il diritto dell'Unione come strumento di elusione del diritto nazionale. – 2. L'abuso del diritto dell'Unione europea. – 3. Alcune considerazioni. – SEZIONE II. LA SECONDA DIRETTRICE CLASSIFICATORIA: LA NATURA DELL'ABUSO. – 1. Una premessa circa la nozione di “principio generale di diritto europeo” posta alla base della presente analisi. – 1.1. Sull'esistenza di un principio generale di divieto di abuso di diritto: la posizione della Corte di giustizia. – 1.2. (*segue*): Alcuni casi emblematici in materia di fiscalità. – 1.3. (*segue*): la posizione favorevole della dottrina. – 1.4. Rilievi critici. – 2. Un diverso approccio ermeneutico al tema dell'abuso di diritto. – 2.1. La casistica giurisprudenziale. – 2.1.1. La rilevanza della nozione di «lavoratore». – 2.1.2. Il diritto alla libera circolazione dei cittadini europei e dei loro familiari. – 2.2. Alcune considerazioni. – CONCLUSIONI. Alla ricerca delle ragioni di un approccio diversificato.

1. Premessa. La funzionalità dell'analisi dell'abuso di diritto elaborato dalla giurisprudenza e dalla dottrina nei diversi settori di diritto europeo, in un'ottica di sistematizzazione del concetto nell'ambito del settore del diritto d'asilo

Una premessa fondamentale per procedere a delineare la nozione di “abuso di diritto” nel contesto del sistema europeo comune di asilo concerne la necessità di definire questa categoria giuridica, nonché di individuare la *ratio* sottostante al relativo divieto. Come si avrà modo di illustrare, pur nella difficoltà di individuare una nozione unitaria di abuso di diritto, risulterà imprescindibile il tentativo di delineare le peculiarità del concetto in esame, così come le ragioni giuridiche poste a suo fondamento, al fine di trarre alcuni

“punti fermi”, utili nell’analisi che si svolgerà con riferimento al settore di primario interesse. In particolare, nel presente capitolo, si procederà ad un primo esame del divieto di condotte abusive e dell’evoluzione del relativo concetto all’interno delle pronunce della Corte di giustizia, rese soprattutto in sede pregiudiziale. Attraverso un *excursus* relativo ai passaggi fondamentali di suddetta evoluzione giurisprudenziale – esame che non pretende di essere esaustivo, ma meramente ricognitivo dello sviluppo del concetto di abuso a livello giurisprudenziale –, si cercheranno di evidenziare le complessità riscontrate dalla dottrina circa la categorizzazione di questo istituto e, di conseguenza, si tenterà di individuare alcuni parametri classificatori da utilizzare per ordinare la materia in esame. Tali categorie saranno utili, da un lato, ad identificare le tipologie di condotte che la giurisprudenza – e conseguentemente la dottrina – ha ricondotto nell’alveo del concetto di “abuso di diritto”, e, dall’altro, a ricostruire la teorizzazione elaborata in letteratura circa la qualificazione riconosciuta dalla dottrina stessa a suddetto concetto. Esse costituiranno, quindi, i principali strumenti attraverso i quali procedere all’interpretazione e alla tassonomia delle condotte identificate – espressamente o implicitamente – come “abusive” nell’ambito della legislazione e della giurisprudenza in materia di diritto di asilo.

2. Il concetto di “abuso di diritto”: *ratio* e definizione del divieto di pratiche abusive

È necessario innanzitutto evidenziare come parte della dottrina abbia inizialmente mostrato alcune riserve nell’affermare l’operatività del concetto di “abuso di diritto” a livello dell’Unione, in ragione, per lo più, del timore che essa potesse dare il “là” ad un’attività giurisdizionale arbitraria¹. Invero, nonostante l’indubbia ambiguità e problematicità implicata dal concetto in esame, la sua configurabilità ha trovato sempre maggior consenso, in forza tanto dell’accoglimento della teoria dell’abuso a livello nazionale, da parte della maggior parte degli Stati membri², quanto in ragione di una

¹ In senso critico, v. P. RESCIGNO, *L’abuso del diritto*, Bologna, 1998, p. 213 e ss.

² Non possono nascondersi, comunque, le difficoltà che si riscontrano anche a livello nazionale nel fornire un’univoca definizione al concetto di abuso, soprattutto considerando le differenze intercorrenti tra le tecniche di protezione predisposte dai singoli Stati membri a fronte di situazioni qualificabili come abusive. Per un’analisi dell’approccio degli Stati membri con riferimento all’abuso del diritto, si veda, ad esempio, L. NEVILLE BROWN, *Is there a General Principle of Abuse of Rights in European Community Law?*, in D.

crescente consapevolezza rispetto al ruolo dell'interprete nell'applicazione del diritto³. Occorre infatti considerare che in ciascuna vicenda giuridica sussiste una scissione derivante dall'esistenza necessaria di uno spazio indeterminato tra la norma e il caso della vita, che consente di individuare un momento statico, coincidente con il suo astratto riconoscimento, e di un momento dinamico, che si sostanzia nel concreto esercizio della stessa da parte del suo titolare⁴. Pertanto, valutare se il concreto esercizio di un diritto sia abusivo, oppure no, significa essenzialmente delimitare, sul piano sostantivo, la portata del diritto stesso⁵. Come affermato dall'Avvocato generale Tesauro nelle conclusioni rese nella causa *Kefalas*⁶, «ogni ordinamento che aspiri ad un minimo di completezza deve contenere delle misure, per così dire, di autotutela, al fine di evitare che i diritti da esso attribuiti siano esercitati in maniera abusiva, eccessiva o distorta. Una tale esigenza non è affatto estranea all'ordinamento comunitario».

In via di prima approssimazione, l'abuso di diritto può essere definito come una categoria giuridica che si riferisce all'esercizio anomalo od oltre i limiti di un diritto da parte del suo titolare, nel senso che tale diritto viene formalmente esercitato in conformità alle condizioni previste dalla disposizione che lo configura, ma il risultato cui si giunge è contrario all'obiettivo della norma⁷. Elemento centrale dell'istituto è rappresentato, dunque, dall'alterazione del fattore causale: una norma o, più in generale, un diritto vengono invocati per un fine diverso da quello in ragione del quale la norma è predisposta o il diritto è attribuito. In un certo senso, quindi, è possibile constatare come l'abuso di diritto risponda ad una logica non sconosciuta all'ordinamento europeo, in quanto non

CURTIN ET AL. (eds.), *Institutional Dynamics of European Integration: Essays in Honour of Henry G. Schermers*, The Hague, 1994, pp. 513-515.

³ M. GESTRI, *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, Milano, 2003, pp. 13-14.

⁴ In questi termini, si veda F. LOSURDO, *Il divieto dell'abuso del diritto nell'ordinamento europeo: storia e giurisprudenza*, Torino, 2011, p. 1-2. Secondo l'A., questa impostazione consente di superare l'obiezione sollevata dalla scienza giuridica relativa alla configurabilità, in generale, della figura giuridica del divieto di abuso di diritto. Obiezione che può essere riassunta nella formula: "*Le droit cesse où l'abus commence*" (cfr. M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, Paris, 1949, p. 337).

⁵ Conclusioni dell'Avvocato generale Antonio La Pergola, presentate il 16 luglio 1998, causa C-212/97, *Centros*, punto 20.

⁶ Conclusioni dell'Avvocato generale Giuseppe Tesauro, presentate il 4 febbraio 1998, causa C- 367/96, *Kefalas*, punto 24.

⁷ A. LENAERTS, *The General Principle of the Prohibition of Abuse of Rights: A Critical Position on Its Role in a Codified European Contract Law*, in *European Review of Private Law*, 2010, p. 1122 e ss.

lontana da quella posta alla base della categoria dello sviamento di potere, poiché, in entrambi i casi, si condanna l'uso distorto di un potere conferito dalla legge⁸.

In sostanza, il divieto di abuso diviene un meccanismo correttivo, il quale, sulla base di una forte interconnessione con la *ratio* della norma giuridica che si assume abusata, funge da strumento per ricondurre l'esercizio della situazione giuridica di vantaggio attribuita da tale norma ad un uso normale. Infatti, la considerazione esclusiva dell'apparente conformità di un comportamento posto in essere da un soggetto rispetto al contenuto di un suo diritto rischia di ignorare totalmente i riflessi negativi che quello stesso comportamento può generare nei confronti della collettività⁹.

La questione, peraltro, assume una connotazione peculiare nel contesto del diritto dell'Unione europea, nell'ambito del quale l'abuso finisce per interferire con il tema del rapporto tra il diritto UE e i diritti nazionali e incide, in particolar modo, sull'individuazione dei criteri che consentono di stabilire quale sia la normativa di volta in volta applicabile alle situazioni giuridiche soggettive dei privati¹⁰. Proprio per questa ragione, infatti, l'interesse per l'abuso del diritto è stato per lo più stimolato da rinvii pregiudiziali sollevati nell'ambito di procedimenti giurisdizionali nazionali, attraverso i quali i giudici degli Stati membri hanno interrogato la Corte di giustizia in merito all'esistenza di un principio generale di divieto di abuso di diritto, ovvero alla compatibilità con il diritto dell'Unione di quelle disposizioni interne che, contenendo clausole anti-abuso, sono in grado di circoscrivere l'efficacia e la portata di diritti soggettivi di matrice europea.

⁸ A. GAMBARO, *Abuso del diritto (diritto comparato e straniero)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1988, p. 1. L'A. chiarisce che elemento di differenziazione tra il concetto di abuso di diritto e quello di sviamento di potere si rinvia nella qualificazione del soggetto a cui è imputato il comportamento abusivo: nel primo caso esso coincide con ogni titolare di diritti, nel secondo è il titolare di pubblici poteri.

⁹ F. LOSURDO, *Il divieto dell'abuso del diritto nell'ordinamento europeo: storia e giurisprudenza*, cit., p. 2.

¹⁰ Così, espressamente, N. GULLO, *L'abuso del diritto nell'ordinamento comunitario: un (timido) limite alla scelta del diritto*, in *Ragion pratica*, 2005, p. 182.

2.1. (segue): la definizione del concetto di abuso attraverso la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea

Originariamente, come già evidenziato, il concetto di abuso di diritto è stato oggetto di attenzione soprattutto da parte della Corte di giustizia, mentre il legislatore europeo e la dottrina¹¹ hanno giocato un ruolo marginale, interessandosi alla questione solo in un secondo momento. È di origine pretoria, infatti, il precetto in base al quale i privati «non possono avvalersi abusivamente o fraudolentemente del diritto comunitario»¹² e il principio in forza del quale «uno Stato membro ha il diritto di adottare misure volte ad impedire che, grazie alle possibilità offerte dal Trattato, taluni dei suoi cittadini tentino di sottrarsi all'impero delle leggi nazionali, e che gli interessati non possono avvalersi abusivamente o fraudolentemente del diritto comunitario»¹³.

In particolare, è a partire dal 1974, con la sentenza *van Binsbergen*¹⁴, che la Corte di giustizia ha iniziato ad avvertire l'esigenza di indagare il tema dell'abuso, dapprima nell'ambito della libera circolazione di servizi, e, successivamente, con riferimento a molteplici settori del diritto europeo¹⁵. Nel caso citato, un cittadino olandese, legale in una causa davanti a un tribunale nazionale, aveva perso la possibilità di rappresentare in giudizio il proprio assistito, poiché, in corso di causa, aveva abbandonato i Paesi Bassi per trasferirsi in Belgio. La Corte di giustizia, pur ritenendo la legge olandese che limitava la facoltà di esercitare la rappresentanza legale ai soli residenti una restrizione, in linea di principio, della libera circolazione dei servizi, aveva stabilito che è legittimo per uno Stato

¹¹ Ad eccezione di un articolo di Neville Brown del 1974 (cfr. L. NEVILLE BROWN, *Is there a General Principle of Abuse of Rights in European Community Law?*, in D. CURTIN ET AL. (eds.), *op. cit.*, p. 511 ss.), il dibattito dottrinale sul tema ha iniziato ad accendersi a partire dall'inizio del ventunesimo secolo, concentrandosi soprattutto sull'analisi dell'evoluzione giurisprudenziale in materia.

¹² Cfr., ad esempio, le sentenze della Corte di giustizia del 23 marzo 2000, causa C-373/97, *Diamantis*, punto 33; e del 5 luglio 2007, causa C-321/05, *Kofoed*, punto 38.

¹³ Cfr. Corte di giustizia, sentenza del 9 marzo 1999, causa C-212/97, *Centros*, punto 24, in cui vengono richiamati precedenti giurisprudenziali, tra cui, nel settore della libera prestazione dei servizi, le sentenze del 3 dicembre 1974, causa C-33/74, *van Binsbergen*, punto 13, del 3 febbraio 1993, causa C-148/91, *Veronica*, punto 12, e del 5 ottobre 1994, causa C-23/93, *TV10*, punto 21; in materia di libertà di stabilimento, la sentenza del 3 ottobre 1990, causa C-61/89, *Bouchoucha*, punto 14, e la sentenza del 7 febbraio 1979, causa C-115/78, *Knoors*, punto 25; in materia di libera circolazione dei lavoratori, la sentenza 21 giugno 1988, causa C-39/86, *Lair*, punto 43.

¹⁴ Corte di giustizia, *van Binsbergen*, cit.

¹⁵ Per un'analisi dell'evoluzione giurisprudenziale della Corte di giustizia in tema di abuso di diritto, si veda, per tutti, R. DE LA FERIA, S. VOGENAUER, *Prohibition of abuse of law: a new general principle of EU law?*, Oxford, 2011.

membro imporre restrizioni a tale libertà, qualora una persona la eserciti al fine di eludere il diritto nazionale, che preveda regole di condotta professionale più severe¹⁶. Dunque, pur non utilizzando espressamente il termine “abuso”, la Corte aveva preso in considerazione una peculiare tipologia di condotta: il beneficiare delle libertà fondamentali per uno scopo – che, nel caso concreto, coincideva con la volontà di sottrarsi a determinate regole di condotta professionale – differente da quello posto dai Trattati a fondamento delle medesime libertà.

A questa pronuncia sono poi seguite numerose altre decisioni, non solamente nell’ambito della libera circolazione dei servizi, ma anche con riferimento ad altre aree del diritto – come la libera circolazione dei beni¹⁷, dei lavoratori¹⁸ e libertà di

¹⁶ Corte di giustizia, *van Binsbergen*, cit., punti 12-13.

¹⁷ Corte di giustizia, sentenza del 10 gennaio 1985, causa C-229/83 *Leclerc e a.* La Corte si è occupata di una questione relativa alla compatibilità con il diritto comunitario di una legge francese che obbligava tutti i rivenditori al dettaglio a rispettare i prezzi di vendita dei libri fissati dall’editore o dall’importatore. La normativa in questione prevedeva che il prezzo al dettaglio dei libri editi in Francia, ma reimportati previa esportazione in altro stato membro, non dovesse essere inferiore a quello fissato dall’editore. La Corte ha ritenuto che tale disposizione, pur non facendo alcuna distinzione tra libri nazionali e libri importati, «sfavorisce lo smercio dei libri reimportati in quanto priva l’importatore di tali libri della possibilità di ripercuotere sul prezzo al minuto il vantaggio ricavato da un prezzo più favorevole spuntato nello stato membro esportatore» (punto 26). Tuttavia, la conclusione secondo cui essa violerebbe l’art. 28 CE (ora art. 34 TFUE) non dovrebbe trovare applicazione «ai casi in cui elementi oggettivi comprovino che i libri siano stati esportati al solo fine di reimportarli, nell’intento di eludere una legge come quella di cui trattasi nel caso di specie» (punto 27). La Corte ha poi dichiarato la disposizione francese sul prezzo dei libri reimportati non giustificabile ai sensi dell’art. 30 CE (ora art. 36 TFUE), in quanto non rispondente a motivi di protezione dei consumatori, adottati dal governo francese a sua giustificazione.

¹⁸ Corte di giustizia, *Lair*, cit. Nel caso di specie, una cittadina francese, residente in Germania, aveva cercato di accedere ad alcuni sussidi previsti dallo Stato ospitante per alcune categorie di studenti-lavoratori, pur non svolgendo effettivamente attività lavorativa. Essa lamentava il rifiuto da parte dell’Università di Hannover di concederle un sussidio destinato, a norma della disciplina tedesca, oltre ai cittadini tedeschi, a talune categorie di stranieri, tra cui coloro che: a) avessero soggiornato sul territorio federale per un periodo complessivo di cinque anni prima dell’inizio del ciclo d’istruzione legittimante all’assegno, esercitandovi una regolare attività lavorativa; b) non disponessero di altri mezzi per assicurare la loro sussistenza e finanziare la loro formazione. L’Università aveva contestato alla ricorrente di non aver svolto attività lavorativa nei cinque anni precedenti alla richiesta e, quindi, non soddisfare i requisiti previsti per poter beneficiare del sussidio. La Corte di giustizia, pur senza alcun richiamo al divieto di pratiche abusive, aveva risolto la questione attraverso un’operazione ermeneutica volta a delineare i presupposti applicativi della norma asseritamente elusa, per verificare la sussumibilità rispetto ad essa del caso di specie. In particolare, i giudici si erano concentrati sull’individuazione del *discrimen* tra la figura del lavoratore, legittimato, in quanto tale, a ricevere i suddetti vantaggi, e quella dello studente che avesse creato una situazione tale da farlo apparire un lavoratore, al solo fine di accedere a quei benefici. Avendo rinvenuto tale elemento distintivo nella durata del periodo di attività lavorativa svolta, la Corte aveva quindi escluso che l’esercizio di attività professionale per un tempo “brevissimo” fosse idoneo a inquadrare l’individuo nella categoria del lavoratore “comunitario”.

stabilimento¹⁹ –, le quali hanno consentito di affermare l’esistenza di un principio in forza del quale gli Stati membri sono autorizzati, a certe condizioni, ad adottare misure per prevenire situazioni di elusione delle norme nazionali simili a quella prese in considerazione nel caso *van Binsbergen*, o per prevenire ipotesi di utilizzo distortivo dei diritti conferiti dai Trattati. Ed è con riferimento a suddetta casistica, in particolare, che la Corte ha iniziato ad utilizzare il termine “abuso”.

Successivamente, ulteriori sentenze, non tanto riguardanti l’elusione di leggi nazionali, ma, piuttosto, l’esercizio di diritti conferiti da disposizioni di diritto comunitario, hanno fornito l’occasione per un ulteriore sviluppo della giurisprudenza della Corte in materia di abuso di diritto: in alcuni di questi casi²⁰, infatti, il giudice europeo, nel decidere se il comportamento in questione costituisse un abuso, ha tenuto conto dell’esistenza di un’eventuale divergenza tra gli obiettivi delle previsioni normative di cui le parti interessate intendevano beneficiare e il comportamento dei soggetti stessi. La Corte, pur riconoscendo l’ammissibilità di norme anti-abuso nazionali anche con riferimento a diritti garantiti da disposizioni di diritto europeo, ne ha circoscritto l’operatività, sottolineando come le stesse non possano pregiudicare la piena efficacia e l’applicazione uniforme del

¹⁹ Corte di giustizia, *Knoors*, cit. La vicenda riguardava un cittadino olandese, residente in Belgio, al quale era stata negata l’autorizzazione a svolgere nei Paesi Bassi la professione di installatore di impianti di riscaldamento che aveva svolto per sette anni in Belgio, poiché ritenuto non in possesso della preparazione professionale richiesta dalle leggi olandesi. La Corte di giustizia aveva affermato che, in via di principio, lo Stato membro ha un interesse legittimo ad impedire che, grazie alle possibilità offerte dal trattato, taluni dei suoi cittadini, tentino di sottrarsi abusivamente all’impero delle leggi nazionali in materia di preparazione professionale (punto 25). Tuttavia, aveva ritenuto che, nel caso esaminato, l’eventualità che il soggetto coinvolto potesse realizzare un abuso era da ritenersi esclusa in ragione delle condizioni previste dal diritto derivato (nel caso di specie, il riferimento era la direttiva 64/427 in materia di industria e artigianato), che imponevano stringenti requisiti circa la durata dei periodi d’occupazione professionale per consentire lo svolgimento di attività nei settori di interesse.

²⁰ Il riferimento concerne le cosiddette “cause greche”, originate da una serie di quesiti pregiudiziali sollevati, nei primi anni Novanta, da parte dei tribunali greci e vertenti, tutte, in linea generale, sulla medesima questione, ossia la richiesta da parte di ex azionisti di riconoscere l’invalidità degli aumenti di capitale decisi dagli amministratori di alcune società per azioni che attraversavano un periodo di difficoltà finanziarie e previsti dall’art. 8 della legge greca n. 1386/1983, disposizione che si poneva in aperto contrasto con l’art. 25 della seconda direttiva societaria, ai sensi del quale un aumento di capitale deve essere deciso dall’assemblea generale degli azionisti. Si tratta, in particolare, delle sentenze della Corte di giustizia del 12 marzo 1996, causa C-441/93, *Panagis Pafitis e a. c. Trapeza Kentrikis Ellados A.E. e a.*; del 12 maggio 1998, causa C-367/96, *Kefalas*; del 23 marzo 2000, causa C-373/97, *Diamantis*. Si veda, in proposito, V. KARAYANNIS, *L’abus de droits découlant de l’ordre juridique communautaire. A propos de l’arrêt C-367/96 Alexandros Kefalas e.a./Elliniko Dimosio (Etat hellénique)*, in *Cahiers de droit européen*, 1999, p. 521 e ss.

diritto comunitario, alterare la portata delle disposizioni europee e compromettere l'obiettivo perseguito da queste ultime.

È sulla base di queste premesse, dunque, che ha trovato spazio la formulazione, nella sentenza *Emsland-Starke* del 2000²¹, relativa al settore della politica agricola comune, del cosiddetto *abuse test*, volto espressamente a fornire i parametri necessari all'identificazione del concetto di abuso. In particolare, secondo la Corte di giustizia, può riscontrarsi abuso di diritto laddove sussista «un insieme di circostanze dalle quali risulti che, nonostante il rispetto formale delle condizioni previste dalla normativa comunitaria, l'obiettivo perseguito dalla detta normativa non è stato raggiunto» e «un elemento soggettivo che consiste nella volontà di ottenere un vantaggio derivante dalla normativa comunitaria mediante la creazione artificiosa delle condizioni necessarie per il suo ottenimento»²². Nel caso di specie, peraltro, era venuta a configurarsi una condotta peculiare, consistente nella creazione artificiale delle condizioni necessarie per ottenere un beneficio concesso direttamente dal diritto comunitario. Quanto alla valutazione di un siffatto comportamento, la Corte aveva evidenziato l'importanza del legame intercorrente tra l'elemento soggettivo e il concreto risultato conseguente alla condotta del soggetto, legame che potrebbe determinare una dissociazione tra un dato comportamento e la sostanza del comportamento stesso, così da non soddisfare realmente i requisiti imposti dalla disposizione europea al fine di riconoscere un determinato beneficio.

È la giurisprudenza successiva ad aver poi chiarito la portata dei due fattori individuati quale componenti dell'*abuse test*. Quanto all'elemento soggettivo, in particolare, è stato evidenziato come esso non possa essere ricercato presuntivamente, ma debba essere confermato da elementi di fatto e, dunque, provato innanzi al giudice interno, conformemente alle norme del diritto nazionale. Tuttavia, non possono ignorarsi le notevoli difficoltà implicate dal suo accertamento, che comporta un'indagine circa l'intenzione fraudolenta del soggetto interessato e, dunque, circa un dato psicologico, interno all'individuo²³. Per tale ragione, nella maggior parte dei casi, la Corte ha

²¹ Corte di giustizia, sentenza del 14 dicembre 2000, causa C-110/99, *Emsland-Stärke*.

²² *Ibid.*, punti 52-53.

²³ Si veda, in questi termini, A. ADINOLFI, *La nozione di "abuso di diritto" nell'ordinamento dell'Unione europea*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2012, p. 334. L'A. richiama una pronuncia della Corte in cui risulta ben evidenziata tale difficoltà, il caso *Gunaydin* (Corte di giustizia, sentenza del 30 settembre 1997, causa C-36/96, *Gunaydin*), relativo ad un lavoratore turco che aveva ottenuto il permesso di soggiorno in Germania dichiarando la propria intenzione di far ritorno in Turchia dopo aver esercitato nello Stato ospite

valorizzato tale elemento per escludere, piuttosto che per accertare il ricorrere dell'abuso, soprattutto nell'ipotesi della frode alla legge. E sembra proprio che sia questa la ragione per cui, talvolta, la Corte, pur senza disconoscere la rilevanza dell'elemento soggettivo, abbia tentato di riferirlo a circostanze di carattere oggettivo, valorizzando dati fattuali che potessero essere utili nella ricostruzione dell'intento del soggetto²⁴.

Può inoltre richiamarsi, in proposito, il correttivo apportato dalla Corte di giustizia nella sentenza *Halifax*, relativa ad una questione concernente il settore della fiscalità e, nello specifico, il sistema di detrazioni dell'imposta sul valore aggiunto (IVA)²⁵. In quell'occasione, la Corte ha precisato che l'operatività del principio del divieto di pratiche abusive presuppone la coesistenza di tre requisiti: *i*) l'osservanza formale della norma: la persona fisica o giuridica che invoca una particolare disposizione è tenuta a soddisfare tutti i requisiti da essa richiesti; *ii*) la frustrazione dello scopo: l'applicazione della norma richiamata al comportamento del soggetto condurrebbe ad un risultato contrario alla *ratio* sottesa alla norma stessa; *iii*) il comportamento abusivo: al fine di beneficiare dell'applicazione della norma, il soggetto interessato ha preconstituito la situazione integrante i suoi presupposti applicativi²⁶. La Corte ha così ricondotto il concetto di

un'attività lavorativa al fine di perfezionare la propria qualifica professionale. Secondo la Corte, «il fatto che un lavoratore turco voglia prolungare il suo soggiorno nello Stato membro ospitante, pur avendone espressamente accettato il carattere limitato, non costituisce un abuso. La circostanza che tale lavoratore abbia espresso l'intenzione di far ritorno in Turchia dopo aver esercitato in tale Stato membro un'attività lavorativa subordinata al fine di perfezionare le sue qualifiche professionali, sarebbe tale da privare l'interessato della possibilità di fruire dei diritti sanciti dall'art. 6, n. 1, della decisione n. 1/80, soltanto qualora venisse accertato dal giudice nazionale che questa dichiarazione era stata resa al solo scopo di ottenere indebitamente titoli di lavoro e di soggiorno nello Stato membro ospitante» (punto 61).

²⁴ M. GESTRI, *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, cit., p. 216-127. Un esempio di tale atteggiamento è rinvenibile nel già citato caso *Leclerc e a.*, cit., in cui era stata contestata la compatibilità con il diritto europeo di una norma francese che obbligava tutti i dettaglianti ad osservare il prezzo fissato dall'editore o dall'importatore per la vendita di libri. La Corte ritiene che per affermare la sussistenza di una frode debbano sussistere «elementi oggettivi [che] comprovino che i libri siano stati esportati al solo fine di reimportarli, nell'intento di eludere una legge come quella di cui trattasi nel caso di specie».

²⁵ Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 21 febbraio 2006, cause riunite C-255/02, C-419/02 e C-223/03, *Halifax*. Per un approfondimento circa la vicenda oggetto della pronuncia richiamata, si veda *infra* § 2.1 in premessa al presente capitolo.

²⁶ S. VOGENAUER *The Prohibition of Abuse of Law: An Emerging General Principle of EU Law*, in R. DE LA FERIA, S. VOGENAUER (eds.), *op. cit.*, p. 530. Quanto al primo elemento – l'osservanza formale della regola –, l'A. precisa che il divieto di abuso del diritto può assumere rilevanza sia che esso si riferisca a una norma nazionale, sia che esso dia attuazione ad una direttiva, sia che sia stato adottato in forza di una deroga espressamente consentita da una direttiva, sia che si tratti di una disposizione applicabile in una situazione

“abusività”, a quello di “artificiosità”, pur guardandosi, in ogni caso, dall’elaborare regole eccessivamente rigide rispetto all’astratta qualificazione di una condotta come artificiosa o meno. Pertanto, suddetta valutazione dipenderà, di volta in volta, dal settore di diritto preso in considerazione e dalle peculiarità delle circostanze del caso concreto.

Come si avrà modo di illustrare, quanto alle concrete applicazioni del test sull’abuso, la casistica maggiormente rilevante si rinviene in materia di politica agricola comune²⁷, in materia di diritto tributario²⁸, nonché in tema di libertà di stabilimento delle società²⁹; settori, questi, nei quali la dottrina³⁰ ha riscontrato le condizioni per poter affermare l’esistenza di una nozione unitaria di abuso, qualificabile, secondo alcuni, come principio generale di diritto dell’Unione (*amplius, infra* Sezione II, § 1). Al contrario, in altre aree del diritto europeo – si pensi, ad esempio, alla libera circolazione dei lavoratori o delle merci – la giurisprudenza privilegerà un approccio differente, inteso a ritenere irrilevante

dotata di una dimensione di diritto europeo. Pertanto, occorre considerare come il “divieto di abuso del diritto” nell’ordinamento europeo vada al di là di un semplice “divieto di abuso del diritto dell’Unione”.

²⁷ Si veda la giurisprudenza richiamata da P. KOUTRAKOS, *The Emsland-Stärke Abuse of Law Test in the Law of Agriculture and Free Movement of Goods*, in R. DE LA FERIA, S. VOGENAUER (eds.), *op. cit.*, p. 203 e ss.

²⁸ Corte di giustizia, *Halifax*, cit.

²⁹ Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 12 settembre 2006, causa C-196/04, *Cadbury Schweppes*. Nel caso di specie, una società madre britannica aveva stabilito una filiale in Irlanda, dove era soggetta a un regime fiscale più favorevole rispetto a quello previsto nel Regno Unito; tuttavia, la legislazione britannica sulle società estere controllate (le «SEC») aveva contrastato questa presunta evasione fiscale imponendo un onere fiscale alla società madre britannica sugli utili realizzati dalla sua filiale irlandese. La Corte di giustizia, dunque, si era occupata di verificare la compatibilità della legislazione britannica sulle SEC con le disposizioni del Trattato sulla libertà di stabilimento. Sul punto, i giudici di Lussemburgo, pur qualificando la suddetta legislazione come restrittiva della libertà di stabilimento – libertà che consente ad un cittadino di uno Stato membro di creare uno stabilimento secondario in un altro Stato membro per esercitarvi le sue attività e favorire così l’interpenetrazione economica e sociale nel territorio della Comunità nel settore delle attività indipendenti –, ne ha riconosciuto l’ammissibilità nella misura in cui essa risulta essere giustificata «da motivi di lotta alle costruzioni di puro artificio e, eventualmente, se sia proporzionata a tale obiettivo». Per valutare l’esistenza di un “puro artificio” teso ad eludere tale normativa, i giudici dell’Unione hanno richiamato il test sull’abuso, richiedendo una verifica da parte del giudice nazionale circa, oltre alla sussistenza di un elemento soggettivo consistente nella volontà di ottenere un vantaggio fiscale, «l’esistenza di elementi oggettivi dai quali risulti che, nonostante il rispetto formale delle condizioni previste dall’ordinamento comunitario, l’obiettivo perseguito dalla libertà di stabilimento (...) non è stato raggiunto» (punto 51). In particolare, se si giungesse alla constatazione che la SEC non è altro che un’installazione fittizia che non esercita alcuna attività economica effettiva sul territorio dello Stato membro di stabilimento, la creazione di tale SEC dovrebbe essere ritenuta costruzione di puro artificio, diversamente «la circostanza che la società sia stata creata in uno Stato membro per fruire di una legislazione più vantaggiosa non costituisce per se stessa un abuso di tale libertà» (punto 64).

³⁰ V. L. CERIONI, *The “Abuse of Rights” in EU Company Law and EU Tax Law: A Re-reading of The ECJ Case Law and the Quest for a Unitary Notion*, in *European Business Law Review*, 2010, p. 783 e ss.

la precostituzione delle condizioni poste per l'operatività di una determinata disposizione, ovvero a ricondurre l'"artificiosità" alla mancanza dei presupposti per l'applicazione della norma stessa, pur non richiamando il concetto di "abuso di diritto".

3. Alcune considerazioni: la dinamicità del concetto di abuso e la necessità di una classificazione della casistica giurisprudenziale

Premesso quanto sopra, occorre rilevare come l'evoluzione giurisprudenziale sul concetto di abuso sia risultata tutt'altro che lineare: l'istituto elaborato e sviluppato dalla Corte di giustizia, infatti, è stato caratterizzato da particolare dinamicità, finendo per assumere una connotazione sempre differente a seconda dei settori della normativa europea di volta in volta considerati³¹. Come si avrà modo di approfondire di seguito, le ipotesi prese in esame dalla giurisprudenza della Corte di giustizia si sono differenziate in ragione di numerosi fattori: la tipologia di condotta realizzata, il soggetto agente, la normativa oggetto dell'elusione posta in essere, il soggetto che lamenta siffatta condotta asseritamente abusiva, la presenza o meno di clausole anti-abuso legislativamente determinate e, in questo caso, l'esistenza di clausole siffatte soltanto nell'ordinamento nazionale, ovvero, in generale, a livello europeo.

Inoltre, il quadro interpretativo della nozione di abuso è stato ulteriormente oggetto di complicazione in virtù del fatto che essa è stata spesso utilizzata alternativamente e/o congiuntamente al concetto di "frode al diritto", pur sussistendo una sostanziale differenza tra le due nozioni, come si è cercato di evidenziare (v. Premessa metodologica, § 4). E a ciò si aggiunge la natura "ossimorica" della formula "abuso di diritto", che postula, da un lato, il riferimento ad una situazione giuridica soggettiva di vantaggio attribuita da una norma a un soggetto nei confronti di altri soggetti, ma implica, dall'altro, l'idea che l'esercizio di un diritto, di per sé atto lecito, se utilizzato in chiave abusiva, sia

³¹ S. M. CARBONE, *Brevi riflessioni sull'abuso del diritto comunitario: commercio internazionale e esercizio delle libertà individuali*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2011, p. 79 ss. rileva come dalla giurisprudenza comunitaria emerga una differente intensità dell'impiego della nozione di abuso in funzione delle differenti materie ricomprese nelle competenze dell'Unione, che può essere in primis giustificata dall'esplicito riconoscimento delle libertà e dei principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

fonte di responsabilità³². Senza contare che, se talvolta la Corte si è espressa in modo netto sull'esistenza o inesistenza dell'abuso, in altre occasioni ha lasciato il compito di individuare la configurabilità o meno di situazioni elusive al giudice nazionale, riconoscendogli un margine di discrezionalità variabile, a volte molto ampio, altre ristretto entro indicazioni precise e dettagliate. La necessità di imporre limitazione a tale discrezionalità si pone, come ovvio, in ragione del fatto che un margine di manovra troppo ampio lasciato ai giudici nazionali, unitamente alla diversità delle configurazioni dell'abuso di diritto negli Stati membri, rischierebbe di generare un'applicazione eccessivamente differenziata del diritto stesso³³.

Peraltro, un fattore che non deve essere trascurato concerne gli esiti che tale categoria giuridica porta con sé: l'applicazione del divieto di abuso di diritto postula, e si sostanzia in una limitazione all'esercizio di un diritto e comporta la non applicazione di norme che, diversamente, dovrebbero essere applicabili³⁴. La sua operatività, pertanto, non può che essere considerata eccezionale, oltre che esigere un'adeguata giustificazione, non essendo sufficienti argomentazioni di carattere ipotetico per consentire eccezioni all'uniforme applicazione del diritto dell'Unione.

Di conseguenza, risulta particolarmente complessa l'identificazione della natura della categoria giuridica presa in considerazione. In dottrina, infatti, sono state prospettate varie soluzioni: alcuni lo hanno qualificato come principio generale dell'ordinamento europeo³⁵ (v. *infra* Sezione II, § 1), ovvero, più genericamente, come criterio

³² In questi termini, N. LETTIERI, G. MARINI, G. MERONE, *L'abuso del diritto nel dialogo tra corti nazionali ed internazionali*, Napoli, 2014, pp. 15-16.

³³ Conclusioni dell'Avvocato generale Antonio Saggio, presentate il 28 ottobre 1999, causa C-373/97, *Diamantis* punto 22, in cui si legge «la Corte ha consentito al giudice nazionale di applicare una norma interna al fine di decidere se un diritto conferito da una disposizione comunitaria sia esercitato in maniera abusiva. Ciò, tuttavia, a condizione che il ricorso a detta norma non comprometta la piena efficacia e l'applicazione uniforme del diritto comunitario, ed in particolare non comporti una modifica del contenuto della disposizione comunitaria né comprometta gli scopi che la disposizione persegue». Anche S. CAFARO, *L'abuso di diritto nel sistema comunitario: dal caso Van Binsbergen alla Carta dei diritti, passando per gli ordinamenti nazionali*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2003, p. 291 e ss., in particolare a p. 307, precisa che «Il giudice interno, nell'applicare la norma che sanziona l'abuso non può giungere ad alterare la portata del diritto comunitario. Può quindi applicarla solamente per riscontrare come nel caso concreto non ricorrano le circostanze atte a qualificare abusiva la fattispecie, oppure per giungere alla conclusione che l'alterazione del fattore causale è tale che il diritto comunitario non ha vocazione ad essere applicato».

³⁴ A. ADINOLFI, *La nozione di "abuso di diritto" nell'ordinamento dell'unione europea*, cit., p. 330.

³⁵ Cfr. T. TRIDIMAS, *Abuse of Right in EU Law: Some Reflections with particular Reference to Financial Law*, in R. DE LA FERIA, S. VOGENAUER (eds.), *op. cit.*, p. 169 e ss. L'A. richiama due accezioni differenti del concetto in esame: da un lato, l'abuso che si sostanzia nel tentativo di trarre un vantaggio sproporzionato

interpretativo; altri, invece, hanno ridotto la questione relativa alla sussistenza o meno di una condotta abusiva ad un problema di stretta interpretazione delle norme prese in considerazione (v. *infra* Sezione II, § 2).

4. La definizione della metodologia di classificazione

A fronte di ciò, come precisato in premessa, si ritiene necessario individuare un metodo classificatorio che renda più agevole la sistematizzazione del concetto in esame, al fine di condurre più efficacemente l'analisi della nozione di abuso anche con riferimento al settore d'interesse. Saranno dunque due le direttrici che verranno seguite al fine di procedere alla classificazione delle situazioni di abuso che hanno fatto oggetto di giudizio da parte della Corte di giustizia. Innanzitutto, verrà attuata una classificazione sulla base dell'esame dei due principali contesti nell'ambito dei quali la nozione di abuso è stata analizzata dai giudici europei: da un lato, i casi in cui disposizioni di matrice europea sono state invocate al fine di eludere l'applicazione del diritto nazionale; e, dall'altro, le ipotesi di abuso o frode nell'applicazione della normativa dell'Unione stessa, in cui le condizioni richieste per l'operatività della disciplina di matrice europea siano state create in modo artificioso³⁶. In secondo luogo, si prenderanno in considerazione, da un lato, la giurisprudenza della Corte – e la relativa dottrina – che si è esplicitamente espressa in favore della configurabilità di un principio generale di divieto di abuso di diritto e, dall'altro, i casi in cui il richiamo ad attività abusiva ha condotto i giudici di Lussemburgo non tanto a riconoscere l'applicabilità del concetto di abuso, quanto, piuttosto, a

facendo leva su un diritto, causando così un danno ad altri, e, dall'altro, l'abuso che consiste nell'uso improprio di una regola. Mentre la prima categoria di abuso assume una connotazione prettamente privatistica e si pone quale obiettivo quello di limitare l'esercizio di diritti individuali alla luce degli obiettivi sociali e, in definitiva, di frenare gli eccessi dell'individualismo, nella seconda accezione, l'abuso è inteso come "elusione" o "evasione" e si pone quale obiettivo quello di proibire «a person from deriving a benefit which although may result from formal compliance with a rule pursues in fact ends which are beyond its objectives» (p. 169).

³⁶ Cfr. S. VOGENAUER, *The Prohibition of Abuse of Law: An Emerging General Principle of EU Law*, cit., p. 526. L'A. ha definito i casi rientranti nella prima categoria come "*abusive rule avoidance*", mentre i secondi come "*abusive rule appropriation*". Questa ripartizione risulterebbe anche dalla giurisprudenza della Corte: «i cittadini di uno Stato membro non possono tentare, grazie alle possibilità offerte dal Trattato, di sottrarsi abusivamente all'impero delle loro leggi nazionali, né possono avvalersi abusivamente o fraudolentemente del diritto comunitario» (v. Corte di giustizia, *Cadbury Schweppes*, cit., punto 35).

circoscrivere la portata della norma asseritamente abusata, esplicitandone contenuto e portata, così da restringerne l'ambito applicativo.

Chiaramente, la casistica giurisprudenziale di volta in volta presa in considerazione potrà essere qualificata tanto secondo il primo parametro che verrà preso in considerazione – afferente alla situazione in cui si prospetta una situazione di abusività e, quindi, alla tipologia di condotta abusiva –, quanto in ragione della seconda chiave di lettura che verrà utilizzata a fini classificatori, ossia la natura riconosciuta al concetto di “abuso”. Tale procedimento classificatorio assumerà una rilevanza cruciale nell'ottica di individuare le chiavi di lettura essenziali per poter analizzare il fenomeno dell'“abuso” anche nel settore dell'asilo.

SEZIONE I

LA PRIMA DIRETTRICE CLASSIFICATORIA: LA TIPOLOGIA DELLA CONDOTTA ABUSIVA

Prendendo le mosse dalla prima chiave tassonomica che si intende utilizzare al fine di fare chiarezza nell'ambito della casistica giurisprudenziale della Corte di giustizia sull'abuso di diritto, si distingueranno, come anticipato, i casi in cui il diritto dell'Unione viene utilizzato come strumento di elusione del diritto nazionale, o come strumento atto a rientrare nell'ambito di applicazione del diritto interno di uno Stato membro diverso da quello di cui il soggetto agente ha la cittadinanza, e i veri e propri casi di abuso del diritto europeo (o, meglio, come si chiarirà in seguito, di matrice europea). In questo senso, non saranno da trascurare le conseguenze che possono astrattamente derivare dalla considerazione dell'esistenza di un abuso in siffatte situazioni: nell'una e nell'altra ipotesi, infatti, potrà concludersi per la non applicazione del diritto dell'Unione che sarebbe altrimenti applicabile. Nel primo caso, un'applicazione formalmente corretta del diritto dell'Unione potrà incontrare un limite nell'esigenza che un richiamo di carattere "strumentale" al diritto europeo non vanifichi l'applicazione delle norme interne che regolano (in conformità con il diritto UE) lo svolgimento di un'attività economica o l'esercizio di una determinata libertà, mentre nel secondo, un diritto conferito da norme dell'Unione non sarà riconosciuto poiché le condizioni che ne determinano l'attribuzione non sussistono o sono state create in modo abusivo³⁷.

L'analisi dei suddetti aspetti assumerà una rilevanza fondamentale per due ordini di ragioni: da un lato, agevolerà la delineazione dei tratti distintivi delle situazioni in cui sia stato invocato il concetto di abuso, e, dall'altro, consentirà di attuare un raffronto tra le ipotesi astrattamente qualificate come abusive e quelle che, in concreto, siano state poi effettivamente ricondotte nell'alveo applicativo della categoria dell'abuso.

1. Il diritto dell'Unione come strumento di elusione del diritto nazionale

Nella prima categoria di situazioni asseritamente "abusive", devono essere ricomprese le ipotesi in cui un soggetto si avvalga del diritto dell'Unione quale strumento di

³⁷ A. ADINOLFI, *La nozione di «abuso di diritto» nell'ordinamento dell'Unione europea*, cit., p. 335-336.

aggiramento del diritto nazionale. Rispetto a questa casistica, in particolare, verranno presi in considerazione due diversi profili: *i)* il profilo più strettamente connesso alle peculiarità della condotta posta in essere dal soggetto, al fine di individuare se ed in quali situazione le ipotesi di astratta abusività ricomprese nella categoria in esame siano state effettivamente qualificate come tali dalla Corte di giustizia; e *ii)* il profilo relativo alle norme nazionali poste in essere dagli Stati membri per ostacolare le condotte abusive dei soggetti, al fine di verificarne la legittimità nell'ottica del diritto europeo.

1.1. Le peculiarità della condotta abusiva

Quanto al primo profilo, occorre fin da subito precisare che possono essere ricomprese nella categoria in discussione le ipotesi in cui l'obiettivo della persona fisica o giuridica che pone in essere il comportamento asseritamente elusivo non consiste tanto nell'aggiramento della normativa nazionale fine a se stesso, ma, piuttosto, nell'intenzione di assicurare l'operatività della normativa disposta da un altro Stato membro, di regola (considerata) maggiormente vantaggiosa, invocando a tal fine il diritto dell'Unione. Si pensi, a titolo esemplificativo, al caso in cui il regime giuridico di un altro Stato membro preveda oneri legali minori per le attività svolte da una persona, come un'imposizione fiscale più bassa³⁸, regole sull'immigrazione o sui diritti dei lavoratori meno stringenti o un minore capitale iniziale per creare una società³⁹. In questo modo si determina una sorta di triangolazione tra le norme degli ordinamenti nazionali e quelle dell'ordinamento dell'Unione, che consente l'"attrazione" o l'"acquisto" delle norme di un altro ordinamento interno, evitando l'applicazione della disciplina dell'ordinamento d'origine⁴⁰.

³⁸ Cfr., ad esempio, Corte di giustizia, sentenza del 27 settembre 1988, causa C-81/87, *Daily Mail* e Corte di giustizia, *Cadbury Schweppes*, cit.

³⁹ V., ad esempio, Corte di giustizia, *Centros*, cit.

⁴⁰ N. GULLO, *L'abuso del diritto nell'ordinamento comunitario: un (timido) limite alla scelta del diritto*, cit., p. 185. L'A. precisa che una simile operazione di "triangolazione" presuppone la sussistenza di tre elementi: "1) l'esistenza di una differenza (un «dislivello») tra le regolamentazioni (od altri elementi) di due (o più) ordinamenti giuridici; 2) la presenza di uno strumento di collegamento (come una norma ad hoc) che consente ai soggetti interessati di scegliere la norma o le altre condizioni favorevoli dell'ordinamento considerato; 3) la possibilità per i soggetti interessati di riuscire «ad «attrarre» (o «catturare») il diritto di un altro ordinamento, continuando ad operare nel proprio ordinamento»".

In particolare, nell'ambito di questa casistica, sono stati individuati i fenomeni di c.d. “*u-turn constructions*”, ossia situazioni nelle quali una persona fisica o una persona giuridica si stabilisce in un dato Stato, per eludere le norme più severe del Paese nel cui territorio intende svolgere la maggior parte delle attività⁴¹.

In proposito, un ambito che ha rappresentato “terreno fertile” per la diffusione di simili pratiche, comportanti un abuso del diritto alla libera circolazione all'interno dell'Unione europea, al fine di eludere la legislazione meno favorevole di uno Stato membro, è stato rappresentato dal settore relativo alle norme in tema radiodiffusione. Si fa riferimento ai c.d. *broadcasting cases*⁴², che hanno visto coinvolte una serie di emittenti televisive, le quali avevano collocato la loro sede sociale in un altro Stato membro rispetto a quello d'origine, pur continuando a prestare la totalità dei propri servizi in quest'ultimo, così da evitare l'applicazione delle normative più rigorose vigenti nello Stato di destinazione delle emissioni.

Sul punto, inizialmente, la giurisprudenza si era mostrata propensa a riconoscere l'esistenza di pratiche abusive, rimettendo al potere discrezionale degli Stati membri la facoltà di adottare misure per combattere siffatte forme di elusione delle normative nazionali. Si pensi al caso *TV10*⁴³, in cui un'emittente televisiva aveva fissato la propria sede in uno Stato membro diverso da quello destinatario delle trasmissioni così da eludere l'applicazione di norme, vigenti nello Stato destinatario, che imponevano limitazioni, ad esempio, ai messaggi pubblicitari e ai contenuti dei programmi trasmessi. In quell'occasione, la Corte ha ritenuto sussistente un esercizio abusivo del diritto di stabilimento, perché in frode alla legge, giungendo a negare la possibilità di avvalersi del diritto comunitario per creare fuori dai confini nazionali un'emittente televisiva le cui trasmissioni sono rivolte esclusivamente allo Stato di cui si vuole aggirare una normativa posta a salvaguardia del pluralismo delle trasmissioni. In sostanza, era stata riconosciuta la possibilità per lo Stato di destinazione dell'attività di radiodiffusione di applicare le proprie norme imperative all'impresa protagonista dell'abuso, in virtù di una *fiction iuris* tale per cui l'impresa poteva considerarsi stabilita in quello stesso Stato.

⁴¹ In questi termini, A. LOOIJENSTIJN-CLEARIE, *Centros Ltd, a Complete U-Turn in the Right of Establishment for Companies?*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2000, p. 636 ss.

⁴² Sul punto, D. DOUKAS, *Free Movement of Broadcasting Services and Abuse of Law*, in R. DE LA FERIA, S. VOGENAUER (eds.), *op. cit.*, p. 63 e ss.

⁴³ Corte di giustizia, *TV10*, cit.

Invero, successivamente, si è assistito ad un differente approccio da parte della Corte, certamente influenzata dall'adozione della c.d. direttiva "televisione senza frontiere"⁴⁴. Quest'ultima, con l'obiettivo primario di garantire la libera diffusione dei programmi televisivi, ma con l'intento di realizzare una maggiore armonizzazione nella lotta ai comportamenti abusivi, ha consentito allo Stato membro verso il quale è diretta in tutto o in parte l'attività di un'emittente televisiva, di adottare misure anti-abuso, purché necessarie e applicate in modo non discriminatorio e proporzionate agli obiettivi perseguiti. Dunque, la Corte, da un lato, ha iniziato ad utilizzare il divieto di abuso quale parametro interpretativo della direttiva stessa e, dall'altro, ha adottato un'interpretazione più restrittiva del potere discrezionale riconosciuto alle autorità nazionali nell'adozione delle misure anti-abuso, al fine di evitare di compromettere la corretta applicazione della normativa.

Un richiamo alla tecnica di aggiramento delle norme nazionali sopra descritta si rinviene altresì nella casistica relativa alla libera circolazione dei lavoratori⁴⁵, che si richiamerà anche di seguito (v. Sezione II, § 2). In tale settore, in particolare, sono astrattamente configurabili due forme di abuso: una inerente all'elemento soggettivo della motivazione, che si configura, ad esempio, nei casi in cui un soggetto si sia recato in un diverso Stato membro proprio al fine di accedere a prestazioni sociali ed assistenziali riconosciute ai lavoratori⁴⁶; l'altra legata al fattore tempo, che si verifica in ipotesi in cui un soggetto che abbia lavorato, seppur per un brevissimo tempo, in un altro Stato membro, richieda di poter beneficiare di una serie di diritti coesenziali allo status di lavoratore⁴⁷. Come si avrà modo di dimostrare, in merito a questa tipologia di situazioni, la Corte ha per lo più escluso l'operatività del divieto di abuso del diritto come tecnica autonoma di tutela a contrasto degli abusi denunciati dagli Stati membri, preferendo focalizzarsi sull'interpretazione – restrittiva o estensiva, a seconda dei casi – da attribuire all'ambito applicativo delle norme di matrice europea. Ad esempio, la giurisprudenza si è

⁴⁴ Direttiva 89/552 del Consiglio, del 3 ottobre 1989, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti l'esercizio delle attività televisive, in *GUCE*, L 298, p. 23.

⁴⁵ V. in proposito, K. S. ZIEGLER, 'Abuse of Law' in the Context of the Free Movement of Workers, in R. DE LA FERIA, S. VOGENAUER (eds.), *op. cit.*, p. 295 e ss.

⁴⁶ Cfr. S. AMADEO, *Il principio di eguaglianza e la cittadinanza dell'Unione: il trattamento del cittadino europeo 'inattivo'*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2011, p. 59 e ss.

⁴⁷ Si veda il caso *Lair*, già citato.

concentrata, sulla definizione di cosa debba intendersi per “attività reali ed effettive” o, ancora, sul significato della locuzione “sufficiente grado di integrazione”.

Parimenti, in molteplici situazioni, la Corte ha ricordato che il conferimento della facoltà di scegliere tra più ordinamenti può coincidere con l’oggetto stesso di una disposizione e di conseguenza, in simili casi, non sarebbe possibile invocare un abuso di diritto da parte del privato che consapevolmente ne approfittasse⁴⁸. Si pensi al caso *Centros*⁴⁹, relativo alla scelta di due coniugi danesi di costituire una società di diritto inglese destinata ad operare attraverso una succursale in Danimarca, al solo scopo di eludere la più stringente normativa danese in materia di capitale sociale. La Corte ha affermato che «il fatto che un cittadino di uno Stato membro che desideri creare una società scelga di costituirlo nello Stato membro le cui norme di diritto societario gli sembrino meno severe e crei succursali in altri Stati membri non può costituire di per sé un abuso del diritto di stabilimento. Infatti, il diritto di costituire una società in conformità alla normativa di uno Stato membro e di creare succursali in altri Stati membri è inerente all’esercizio, nell’ambito di un mercato unico, della libertà di stabilimento garantita dal Trattato»⁵⁰.

Ovvero, ancora, alla vicenda *Torresi*⁵¹, in cui si contestava la condotta di cittadini italiani che, invece di sostenere l’esame di Stato per l’ottenimento della qualifica professionale di avvocato previsto in Italia, avvalendosi della direttiva 98/5/CE⁵², dopo aver conseguito una laurea, si erano recati in un altro Stato membro al fine di ottenere l’abilitazione all’esercizio della professione, per poi fare ritorno, immediatamente dopo, nello Stato d’origine ed esercitare come avvocati. Anche in questa situazione, la Corte ha

⁴⁸ In siffatte ipotesi, la sussistenza dell’elemento soggettivo, coincidente con la volontà di approfittare di una normativa nazionale più favorevole di quella applicabile nel proprio Stato, non assume alcuna rilevanza nell’ottica dell’operatività del divieto di pratiche abusive, in assenza dell’altrettanto, se non più, importante elemento oggettivo che si concretizza nell’alterazione del fattore causale.

⁴⁹ Corte di giustizia, *Centros*, cit.

⁵⁰ *Ibid.*, punto 27.

⁵¹ Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 17 luglio 2014, cause riunite C-58/13 e C-59/13, *Torresi*. Il giudice nazionale, richiamandosi esplicitamente al divieto di abuso, che viene ricostruito in termini di principio generale di origine pretoria, domandava al Giudice di Lussemburgo se le competenti autorità italiane potessero rifiutare, a causa di un abuso del diritto, l’iscrizione del laureato italiano che consegue in Spagna il titolo di *abogado*, per poi esercitare in Italia la professione, nell’albo degli avvocati stabiliti previsto dalla direttiva 98/5.

⁵² Direttiva 98/5/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 febbraio 1998 volta a facilitare l’esercizio permanente della professione di avvocato in uno Stato membro diverso da quello in cui è stata acquistata la qualifica, in *GUCE*, L 077/1998, p. 36.

escluso la sussistenza di un abuso, considerando che «il fatto che il cittadino di uno Stato membro abbia scelto di acquisire un titolo professionale in un altro Stato membro, diverso da quello in cui risiede, allo scopo di beneficiare di una normativa più favorevole non consente, di per sé, come rilevato dall'Avvocato generale ai paragrafi 91 e 92 delle conclusioni, di concludere nel senso della sussistenza di un abuso del diritto»⁵³.

Da ultimo, paradigmatico dell'approccio interpretativo assunto dalla Corte con riferimento a siffatte condotte abusive è certamente il caso *Chen*⁵⁴, in cui la circostanza per cui una cittadina cinese avesse deciso di partorire la figlia in Irlanda del Nord fosse motivata esclusivamente dalla necessità di far ottenere alla nascita la cittadinanza europea, così da poter poi beneficiare della normativa dell'Unione sul diritto di soggiorno, non ha condotto la Corte ad affermare l'esistenza di un abuso, ma, piuttosto, a sottolineare l'esigenza che gli Stati membri non escludano i cittadini europei dal godimento delle libertà fondamentali «per il solo fatto che l'acquisto della cittadinanza di uno Stato membro mira in realtà a procurare ad un cittadino di uno Stato terzo un diritto di soggiorno ai sensi del diritto comunitario»⁵⁵.

⁵³ Corte di giustizia, *Torresi*, cit., punto 50.

⁵⁴ Corte di giustizia, sentenza del 19 ottobre 2004, causa C-200/02, *Chen*.

⁵⁵ Corte di giustizia, *Chen*, cit., punto 40. A differenza di quanto sostenuto dalle autorità britanniche, che avevano rigettato la richiesta di permesso di soggiorno avanzata dall'interessata, invocando un presunto abuso del diritto comunitario, la Corte ha sostenuto l'applicazione al caso di specie dell'art. 18 TCE e della direttiva 90/364, che «conferi[va]no al cittadino minorenne in tenera età di uno Stato membro, coperto da un'adeguata assicurazione malattia ed a carico di un genitore, egli stesso cittadino di uno Stato terzo, le cui risorse siano sufficienti affinché il primo non divenga un onere per le finanze pubbliche dello Stato membro ospitante, un diritto di soggiorno a durata indeterminata sul territorio di quest'ultimo Stato» (punto 41). Secondo i giudici dell'Unione, non poteva ritenersi dirimente il fatto che la madre avesse artificialmente creato le condizioni per far acquisire la cittadinanza irlandese alla figlia, decidendo di partorire in Irlanda, poiché «non spetta ad uno Stato membro limitare gli effetti dell'attribuzione della cittadinanza di un altro Stato membro, pretendendo un requisito ulteriore per il riconoscimento di tale cittadinanza al fine dell'esercizio delle libertà fondamentali previste dal Trattato» (punto 39). Infatti, come ben chiarito dall'Avvocato generale Tizzano nelle proprie conclusioni, il comportamento dei coniugi Chen non aveva in alcun modo travisato le finalità e gli obiettivi dell'articolo 18 del TCE; anzi, «quando un futuro genitore decida, come nel caso di specie, che il bene della propria figlia minore richiede che essa acquisti la cittadinanza comunitaria per poter poi godere dei relativi diritti, ed in particolare del diritto di stabilimento di cui all'art. 18 CE, non c'è nulla di "abusivo" nel fatto che egli si attivi, nel rispetto delle leggi, per far sì che la bambina soddisfi, al momento della nascita, le condizioni per l'acquisto della cittadinanza di uno Stato membro» (conclusioni dell'Avvocato generale Antonio Tizzano, presentate il 18 maggio 2004, causa C-200/02, *Chen*, punto 120). Per un'evoluzione della giurisprudenza della Corte con riferimento al processo di ampliamento del campo di applicazione della cittadinanza europea e dei diritti ad essa collegati, si veda R. PALLADINO, *Il diritto di soggiorno nel "proprio" Stato membro quale (nuovo) corollario della cittadinanza europea?*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2011, p. 331 ss.

1.2. L'ammissibilità di misure nazionali anti-abuso

Il secondo profilo di cui ci si occupa, come anticipato, risulta attinente alle misure specificamente predisposte dagli Stati membri per contrastare comportamenti posti in essere al solo fine di poter invocare una disposizione del Trattato che consenta di eludere l'applicazione di normative interne e alla loro compatibilità con il diritto europeo.

Sul punto, occorre evidenziare che, all'esito della prima giurisprudenza della Corte⁵⁶ sembrava emergere una concezione molto ampia dell'abuso di diritto, in grado di ricomprendere nel suo ambito applicativo tutti i casi di elusione di norme europee o nazionali, senza che le misure nazionali anti-abuso fossero sottoposte a particolari restrizioni applicative. Successivamente, tuttavia, sono stati individuati alcuni limiti all'applicabilità di manovre anti-elusive nazionali, soprattutto in presenza di un'armonizzazione dei requisiti minimi per ottenere il riconoscimento di un determinato diritto.

Si pensi, ad esempio, al caso *Koller*⁵⁷, in occasione del quale la Corte ha statuito che lo Stato membro ospitante non può negare ad un soggetto di accedere ad una prova attitudinale che ha specificamente lo scopo di consentire la verifica della sua idoneità ad esercitare la professione regolamentata in tale Stato membro, pur avendone i requisiti, per il solo fatto che questi non abbia effettuato il tirocinio richiesto dalla normativa di detto Stato membro. Ribadendo che «la circostanza che un cittadino dell'Unione abbia voluto approfittare dell'accesso più vantaggioso ad una professione in uno Stato membro diverso da quello in cui ha seguito i suoi studi non può essere interpretata de plano come abuso del diritto», essa ha escluso la configurabilità di un atteggiamento abusivo del soggetto, proprio in ragione del fatto che fosse già stato accertato che il signor Koller aveva conseguito una qualifica professionale corrispondente ad un ciclo di studi post-secondari. Dunque, la Corte di giustizia, avendo a che fare con misure nazionali dirette a prevenire possibili manovre elusive di norme interne⁵⁸, ha ritenuto le misure statali anti-elusive non

⁵⁶ Si consideri, in proposito, la giurisprudenza richiamata in tema di radiodiffusione (i c.d. *broadcasting cases*; v. § 1.2 della premessa al presente capitolo).

⁵⁷ Corte di giustizia, sentenza 22 dicembre 2010, causa C-118/09, *Koller*.

⁵⁸ S. CAFARO, *cit.*, p. 313. L'A. precisa che, alla luce della giurisprudenza, il vero e proprio abuso di diritto andrebbe circoscritto all'ipotesi in cui vi sia un'alterazione del fattore causale nell'impiego della norma di matrice europea, consentendo allo Stato di mettere in atto misure funzionali a evitare che tale impiego del diritto generi pregiudizio a un interesse pubblico rilevante, che devono però essere proporzionali e congrue rispetto all'interesse che lo Stato stesso vuole tutelare.

in linea con le norme europee, riconoscendo solo eccezionalmente che comportamenti individuali, fondati su norme comunitarie direttamente efficaci, potessero trovare un limite nella disciplina nazionale dell'abuso di diritto.

Occorre infatti considerare che l'applicazione da parte di un giudice nazionale di disposizioni anti-abuso interne, consentendo deroghe al diritto dell'Unione, rischia di inficiare il carattere assoluto del principio di supremazia del diritto dell'Unione sugli ordinamenti nazionali. Pertanto, è necessario che il principio che vieta l'abuso di diritto trovi un bilanciamento nell'esigenza che venga rispettato l'obbligo per gli Stati membri di assicurare l'applicazione uniforme e la piena efficacia del diritto europeo. Secondo la Corte, nei settori in cui esiste una normativa di armonizzazione⁵⁹, non sarebbe ammissibile l'imposizione, da parte degli Stati membri, di condizioni più rigorose per l'esercizio di una determinata attività, dal momento che il rischio di abusi risulta specificatamente evitato attraverso l'omogenizzazione delle discipline nazionali.

2. L'abuso del diritto dell'Unione europea

Passando all'esame della seconda categoria di ipotesi di condotte abusive delineata in premessa, in essa devono essere incluse fattispecie in cui vengono invocate abusivamente le disposizioni del diritto europeo – ovvero una norma interna posta in attuazione di una direttiva comunitaria – per conseguire agevolazioni in una maniera che contrasta con gli scopi e le finalità di quelle stesse disposizioni⁶⁰. In particolare, all'interno di questo gruppo di ipotesi, occorre distinguere tra due diverse modalità di realizzazione del comportamento abusivo: *i*) i casi in cui vengono artificialmente create le condizioni per poter beneficiare di una disposizione di matrice europea; e *ii*) le ipotesi in cui vengono utilizzati dati o documenti falsi al fine di beneficiare dell'applicazione di disposizioni di matrice europea.

⁵⁹ Diversamente, quindi, in assenza di una normativa di matrice europea di armonizzazione, «non si può non tener conto dell'interesse legittimo che uno Stato membro può avere ad impedire che, grazie alle possibilità offerte dal Trattato, taluni dei suoi cittadini tentino di sottrarsi all'impero delle leggi nazionali in materia di preparazione professionale» (Corte di giustizia, *Bouchoucha*, cit., punto 14).

⁶⁰ Conclusioni dell'Avvocato generale Poiares Maduro, *Halifax*, cit., punto 63.

2.1. La precostituzione artificiosa dei requisiti applicativi della norma europea

Quanto al primo gruppo di situazioni, vengono in considerazione quei casi in cui sia stato posto in essere un comportamento formalmente rispondente ai dettami della norma di riferimento, ma precostituito in modo artificioso, al solo fine di poter trarre un (indebito) vantaggio dall'applicazione di una norma dell'Unione⁶¹.

Si consideri, ad esempio, il caso *Cremer*⁶², in cui la Corte si è occupata di esaminare una questione inerente al regime delle restituzioni all'esportazione⁶³, per valutare la sussistenza del diritto alla restituzione, anche a fronte dell'esportazione di un alimento contenente solo in piccolissima parte, un prodotto tra quelli che davano accesso a tale beneficio. Sul punto, i giudici hanno statuito che «l'applicazione del regolamento [n. 166/64], unitamente al regolamento della Commissione n. 171/64, non potrebbe in alcun caso estendersi fino a farvi rientrare pratiche abusive di operatori economici, grazie alle valutazioni forfettarie di cui si fa impiego per il calcolo delle restituzioni»⁶⁴.

Ancora, si prenda in considerazione un altro caso in materia di politica agricola comune, deciso con la sentenza *General Milk Products GmbH*⁶⁵. La vicenda riguardava una società che importava in Germania prodotti caseari neozelandesi, al fine di smerciarne una parte nel Paese importatore e per riesportarne un'altra verso altri Stati membri dell'allora Comunità europea, così da poter beneficiare dell'applicazione di importi compensativi monetari ("ICM"). La Corte, occupatasi di interpretare le disposizioni comunitarie che fissavano gli importi compensativi monetari e le condizioni per la loro applicazione, ha dichiarato che quando sia provato che l'importazione e la riesportazione

⁶¹ A. ADINOLFI, *La nozione di "abuso di diritto" nell'ordinamento dell'Unione europea*, cit., p. 339. L'A. ha ricollegato l'impostazione della giurisprudenza della Corte all'esigenza di non opporre ostacoli all'applicazione delle norme dell'Unione. La stessa ha altresì evidenziato come l'interpretazione estensiva accolta in relazione alle libertà fondamentali previste nel Trattato renda difficilmente configurabile come condotta abusiva, il comportamento di coloro che si avvalgono di siffatte libertà.

⁶² Corte di giustizia, sentenza dell'11 ottobre 1977, causa C-125/76, *Cremer*.

⁶³ A norma del regolamento del Consiglio n. 166/1964 e del regolamento della Commissione n. 171/64, la restituzione all'esportazione di un alimento composto per animali contenente cereali o prodotti a base di cereali potrà essere attribuita solo se la miscela contiene effettivamente ed in quantità non trascurabile cereali o prodotti cui si applicherà il regolamento del Consiglio n. 19/1962, relativo alla graduale attuazione di una organizzazione comune dei mercati nel settore dei cereali.

⁶⁴ Corte di giustizia, *Cremer*, cit., punto 21.

⁶⁵ Corte di giustizia, sentenza del 3 marzo 1993, causa C-8/92, *General Milk Products GmbH*. Per un commento, si veda M. GESTRI, *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, cit., pp. 130-131.

di determinati prodotti «non sono state effettuate nell’ambito di operazioni commerciali normali, ma soltanto per beneficiare illegittimamente della concessione di ICM», il pagamento di tali sovvenzioni non è dovuto⁶⁶.

Alla medesima *ratio* possono essere altresì ricondotte quelle forme di abusi “mediati” del diritto europeo, che abbiano quale oggetto specifico una norma nazionale, attuativa di una disposizione di una direttiva dell’Unione – che risulta, quindi, elusa solo indirettamente. Si richiami, in questo senso, la causa *Halifax*⁶⁷, riguardante una società che aveva messo in atto un sistema che le aveva permesso di recuperare interi importi IVA su alcuni lavori di costruzione, in forza di una norma attuativa della direttiva sul sistema comune dell’IVA⁶⁸, attraverso una serie di operazioni che coinvolgevano diverse società del gruppo cui la stessa apparteneva – il gruppo Halifax, appunto –, presumibilmente concluse con il solo scopo di evadere le tasse. La Corte, dunque, ribadendo che «l’applicazione della normativa comunitaria non può, infatti, estendersi fino a comprendere i comportamenti abusivi degli operatori economici, vale a dire operazioni realizzate non nell’ambito di transazioni commerciali normali, bensì al solo scopo di beneficiare abusivamente dei vantaggi previsti dal diritto comunitario», ha espressamente riconosciuto l’operatività del “principio di divieto di comportamenti abusivi” anche nel settore dell’IVA.

2.2. Le ipotesi di frode

Nel secondo gruppo di ipotesi, invece, rientrano le situazioni di utilizzo di dati falsi, al fine di ottenere l’ingresso e il soggiorno in uno dato Stato membro, ovvero il conseguimento di altri benefici. Rispetto a tali fattispecie, la Corte ha piuttosto agevolmente riconosciuto l’esistenza di una pratica contraria al diritto dell’Unione.

Si pensi al caso *Kol*⁶⁹, in cui un lavoratore turco aveva ricevuto un permesso di soggiorno, avendo falsamente dichiarato che lui e la moglie – cittadina tedesca –

⁶⁶ Corte di giustizia, *General Milk Products GmbH*, cit., punti 21-22.

⁶⁷ Corte di giustizia, *Halifax*, cit.

⁶⁸ Direttiva del Consiglio 17 maggio 1977, 77/388/CEE, in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative alle imposte sulla cifra di affari – Sistema comune di imposta sul valore aggiunto: base imponibile uniforme, *GU L* 145, pag. 1, come modificata dalla direttiva del Consiglio 10 aprile 1995, 95/7/CE, *GU L* 102, pag. 18.

⁶⁹ Corte di giustizia, sentenza del 6 marzo 1997, causa C-285/95, *Kol*.

conducevano una vita familiare in comune nel domicilio coniugale (quando, invece, i due erano divorziati e non convivevano da tempo), e grazie a ciò, aveva ottenuto un'occupazione. In proposito, la Corte ha ritenuto che la frode che ha consentito al cittadino turco di svolgere un'occupazione escludesse la possibilità di far sorgere diritti in suo vantaggio o giustificare un legittimo affidamento in capo ad esso⁷⁰.

Ovvero alla sentenza *Kondova*⁷¹, in cui i giudici dell'Unione hanno affermato che «un cittadino bulgaro che, intendendo avviare attività lavorativa dipendente o autonoma in uno Stato membro, eluda i pertinenti controlli delle autorità nazionali, dichiarando falsamente di recarsi in tale Stato a fini di lavoro stagionale, si colloca al di fuori della sfera di tutela riconosciutagli in base all'accordo di associazione»⁷².

In simili situazioni, tuttavia, occorre ragionare dell'esistenza non tanto di una “condotta abusiva”, quanto, piuttosto di una “frode” in senso stretto. Va notato che, in effetti, la Corte fa indifferentemente riferimento ai due concetti nel momento in cui qualifica il principio generale di divieto di pratiche abusive, affermando che «gli interessati non possono avvalersi abusivamente o fraudolentemente del diritto comunitario». Invero, la nozione di frode si riferisce più specificatamente ad un comportamento che già a livello di forma, senza necessità di scendere alla sostanza, si qualifica come non corretto e contrario, per definizione, al diritto. E, come già anticipato, siffatte condotte non verranno prese in considerazione ai fini della presente analisi.

⁷⁰ Corte di giustizia, *Kol*, cit., punto 28.

⁷¹ Corte di giustizia, sentenza del 27 settembre 2001, causa C-235/99, *Kondova*, relativa all'interpretazione degli articoli 45 e 59 dell'accordo di associazione tra le (allora) Comunità europee e la Repubblica di Bulgaria. La causa richiamata concerne la vicenda di una cittadina bulgara, la quale aveva fatto ingresso nel Regno Unito, adducendo quale motivazione lo svolgimento di attività lavorativa, ma avendo, in realtà, l'intenzione di avanzare domanda per l'ottenimento dello status di rifugiato politico. Avendo ottenuto un rigetto della propria domanda di asilo, la sig.ra Kondova aveva contratto matrimonio con un cittadino della Repubblica di Mauritius in possesso del permesso di soggiorno nel Regno Unito a tempo indeterminato, e, così, aveva presentato domanda di permesso di soggiorno *iure uxorio*. Successivamente, la stessa, dopo aver iniziato un'attività di lavoro autonomo come donna delle pulizie, aveva presentato una domanda al fine di essere autorizzata a rimanere nel Regno Unito in base all'accordo di associazione, dichiarando di volersi stabilire per svolgere attività lavorativa nel settore dei servizi domestici generici, potendo contare sul sostegno economico del coniuge. Le competenti autorità britanniche, tuttavia, le avevano negato il suddetto permesso di soggiorno, in ragione dell'illegalità del suo ingresso.

⁷² Corte di giustizia, *Kondova*, cit., punto 80.

3. Le prime conclusioni: le astratte tipologie di condotte abusive a fronte del loro accerciamento in concreto.

All'esito dell'analisi dei vari profili sopra richiamati possono dunque trarsi alcune considerazioni preliminari, utili in un'ottica di sistema.

Quanto alla questione relativa alla tipologia di condotta considerata integrante una forma di abuso, si è avuto modo di sottolineare le differenze intercorrenti tra le due macrocategorie di ipotesi che sono state individuate a fini classificatori. Da un lato, devono essere presi in considerazione i comportamenti posti in essere da soggetti privati o persone giuridiche caratterizzati da tre elementi: *i*) l'esistenza di un "dislivello" tra la normativa interna delineata all'interno di due (o più) ordinamenti giuridici diversi; *ii*) l'intenzione dell'agente di beneficiare dell'applicazione di una normativa diversa rispetto a quella che, formalmente, dovrebbe trovare applicazione nei suoi confronti, in quanto ritenuta più vantaggiosa; *iii*) lo "sfruttamento" di una norma di collegamento di matrice europea che consente al soggetto interessato di "attrarre" il diritto di un altro ordinamento e, quindi, di "scegliere" la norma o le altre condizioni cui sottoporsi. Dall'altro lato, assumono rilevanza comportamenti che vengono messi in atto in modo tale da poter beneficiare – direttamente o indirettamente, nei termini sopra illustrati – di una norma di matrice europea, perseguendo tuttavia una finalità divergente rispetto allo scopo sotteso alla disposizione stessa. Si tratta di verificare, in sostanza, se le condizioni per l'applicazione della norma dell'Unione – o della norma interna di trasposizione – siano state create in modo fraudolento o artificioso.

Orbene, prendendo in considerazione il profilo della concreta qualificazione di siffatte condotte come "abusive" da parte della giurisprudenza, si è avuto modo di accertare come la Corte, salvo alcune eccezioni, tenda a non considerare rilevante il carattere artificioso della situazione preconstituita per beneficiare di un determinato diritto, finendo per escludere, in simili ipotesi, forme di abuso. Ciò, in ogni caso, con le dovute precisazioni.

Innanzitutto, nei casi in cui sia configurabile un comportamento elusivo di una norma dell'Unione, si è avuto modo di accertare come la Corte dimostri di non avere dubbi nell'affermare che non potrà essere riconosciuto il diritto conferito da quella stessa disposizione (si pensi, ai casi di frode posti in essere attraverso l'utilizzo di documenti falsi).

Diversamente, a fronte di un comportamento che integri i presupposti di applicazione di una determinata norma, la giurisprudenza della Corte appare oscillante. Vi sono casi in cui i giudici di Lussemburgo hanno effettivamente fatto applicazione del test sull'abuso, pur rimettendo, nella maggior parte di essi, ai giudici nazionali il concreto accertamento circa l'esistenza o meno di pratiche abusive. In altre situazioni, invece, la Corte non ha considerato se la condotta sia stata o meno posta in essere per ottenere uno scopo diverso da quello astrattamente sotteso alla disposizione in questione, privilegiando interpretazioni estensive delle libertà fondamentali previste dai Trattati, che rendono sostanzialmente ininfluenza la descrizione della condotta come abusiva o meno. In effetti, risulta spesso complesso accertare forme di abuso quando un privato o un ente pongono in essere comportamenti formalmente corretti e conformi alla disciplina europea, ma, in realtà, realizzati al solo fine di trarre un indebito vantaggio dalla stessa normativa dell'Unione. E la difficoltà di ricostruire il carattere artificioso o meno di una determinata condotta rischierebbe di comportare la non applicazione del diritto dell'Unione esclusivamente sulla base di requisiti incerti e indeterminati⁷³.

Peculiare, poi, è risultato l'approccio della Corte in presenza di condotte realizzate al fine di rendere applicabile la normativa di un diverso Stato membro – applicabile, peraltro, proprio per effetto del diritto europeo –, in quanto ritenuta più vantaggiosa di quella che, di regola, dovrebbe operare nel caso di specie. In queste ipotesi, infatti, la Corte ha riconosciuto – almeno a livello astratto – una certa rilevanza all'interesse dei singoli Stati membri ad evitare che sia aggirata una determinata normativa interna, interesse che è stato così equiparato alle “esigenze imperative” che rendono lecite limitazioni alle libertà riconosciute dai Trattati. Tuttavia, la Corte ha comunque delimitato lo spazio di legittimità delle normative nazionali anti-elusive entro limiti piuttosto stringenti. Infatti, se, inizialmente, veniva riconosciuto un margine di discrezionalità piuttosto ampio in capo ai diversi Stati membri quanto alla predisposizione di misure anti-abuso, in un secondo momento, i giudici di Lussemburgo hanno assunto un approccio più restrittivo, circoscrivendo maggiormente le ipotesi in cui ammettere una limitazione dell'applicazione del diritto europeo in nome del divieto di pratiche abusive. Tale impostazione, in particolare, può essere spiegata attraverso due ordini di ragioni. Innanzitutto, è stata evidenziata l'esigenza di evitare di consentire deroghe

⁷³ A. ADINOLFI, *La nozione di “abuso di diritto” nell'ordinamento dell'Unione europea*, cit., p. 349.

eccessivamente ampie al diritto dell'Unione, che derivassero dall'applicazione di disposizioni anti-abuso nazionali, in grado di inficiare l'uniforme applicazione e l'effettività del diritto europeo stesso. In secondo luogo, in altre ipotesi, come si è avuto modo di dimostrare con riferimento ai c.d. *broadcasting cases*⁷⁴, tale approccio ha rappresentato il riflesso dell'entrata in vigore, nei diversi settori del diritto europeo, di forme di armonizzazione delle legislazioni nazionali, che hanno determinato l'introduzione di norme di diritto derivato volte a dettare esaustivamente i criteri per stabilire l'applicazione di una determinata normativa nazionale. In sostanza, la Corte di giustizia ha cercato di delineare in maniera più precisa la portata sostanziale del concetto di abuso di diritto, così da restringere, di conseguenza, il margine di discrezionalità lasciato agli Stati membri quanto all'applicazione di misure anti-abuso nazionali.

In definitiva, dunque, benché sia stato più volte invocato il divieto di abuso in via di principio, le ipotesi in cui la Corte ha poi dato concreta applicazione al suddetto divieto non sono numerose e ineriscono, per lo più, settori specifici, come il campo della fiscalità (*infra* Sezione II, § 1)⁷⁵.

⁷⁴ Giova segnalare che, a partire dagli anni '90, in diverse aree del diritto europeo, gli organi legislativi dell'Unione hanno iniziato ad emanare disposizioni specificamente volte ad introdurre divieti di forme abuso (o legittimanti l'introduzione di clausole nazionali anti-abuso). In particolare, tra i settori interessati, possono richiamarsi quello della tassazione degli scambi di azioni tra società di diversi Stati membri, l'uso di risorse del bilancio dell'UE, la trasmissione transfrontaliera di servizi, il diritto di risiedere in un altro Stato membro, le misure per garantire il rispetto dei diritti di proprietà intellettuale e della normativa sull'imposta sul valore aggiunto.

⁷⁵ A. SAYDÉ, *Abuse of EU law and regulation of the internal market*, Oxford, 2014, p. 47.

SEZIONE II

LA SECONDA DIRETTRICE CLASSIFICATORIA: LA QUALIFICAZIONE GIURIDICA DELL'ABUSO

A seguito della disamina effettuata con riferimento alla prima direttrice classificatoria individuata come strumento di sistematizzazione del concetto di abuso di diritto, occorre a questo punto affrontare la questione richiamata in premessa, concernente la natura di suddetto istituto. L'evoluzione giurisprudenziale tratteggiata, infatti, ha rappresentato, oltre che uno strumento fondamentale nell'ottica dell'evoluzione del concetto di asilo di per sé considerato, anche il punto di partenza per una riflessione giuridica più ampia, tesa ad indagare la possibilità di ricomprendere tra i principi generali del diritto comunitario un vero e proprio principio dell'abuso del diritto. In particolar modo, ci si è domandati se «l'esercizio di un diritto, riconosciuto da una disposizione comunitaria in capo ad un soggetto privato, possa essere ritenuto immeritevole di tutela in applicazione delle nozioni generali di abuso del diritto o di frode alla legge»⁷⁶.

Nei paragrafi che seguono, si esamineranno le impostazioni ermeneutiche utilizzate dalla dottrina per qualificare il concetto di abuso del diritto: da un lato, si prenderà in considerazione la teoria secondo la quale esso possa essere considerato un vero e proprio principio generale di diritto UE⁷⁷; dall'altro, si analizzeranno una serie di ipotesi nelle quali, in presenza di astratte esigenze di lotta all'abuso, la Corte ha utilizzato un approccio interpretativo diverso, consistente nell'individuazione dell'ambito applicativo della norma asseritamente "abusata", per verificare la riconducibilità ad essa del caso di specie, senza, dunque, ricorrere al divieto di pratiche abusive inteso come principio generale di diritto.

1. Breve premessa circa la nozione di "principio generale di diritto europeo" posta alla base della presente analisi

Prima di addentrarsi nell'analisi della concezione del divieto di pratiche abusive come principio generale di diritto, occorre premettere alcune indicazioni in merito al concetto

⁷⁶ M. GESTRI, *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, cit., p. 4.

⁷⁷ R. DE LA FERIA, *On Prohibition of Abuse of Law as a General Principle of EU Law*, in *EC Tax Review*, n. 4/2020, p. 142 e ss.

di “principio generale”, come concepito nel contesto ordinamentale dell’Unione, utili a comprendere le posizioni giurisprudenziali e dottrinali di cui si darà conto in seguito.

Non essendo questa la sede per un approfondimento circa la vasta tematica relativa ai principi generali di diritto europeo⁷⁸, basti evidenziare che essi possono essere descritti come una fonte specifica, non scritta, che non rappresenta l’esito dell’attività normativa delle istituzioni dell’Unione, ma un risultato normativo etero-determinato, definito dal richiamo a realtà normative esterne al diritto europeo stesso. Quanto al processo di individuazione di tali principi generali, alcuni di essi sono contenuti in o ricavabili da disposizioni dei Trattati o da una loro interpretazione globale (si pensi al principio di proporzionalità, di efficacia diretta, dell’effetto utile, ecc.); altri, invece, vengono dedotti da contesti ordinamentali diversi da quello dell’Unione, per poi essere adattati alle specificità dell’ordinamento europeo⁷⁹, grazie al lavoro di elaborazione giurisprudenziale realizzato dalla Corte di giustizia.

I principi generali, dunque, rappresentano un riflesso di valori costituzionali e, come tali, non si applicano solo in specifiche aree del diritto, ma permeano l’Unione nel suo

⁷⁸ Gli unici riferimenti testuali ai principi generali si rinvencono all’art. 6, par. 3 TUE, il quale annovera i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, tra le fonti di diritto dell’Unione «in quanto principi generali»; e all’art. 340, par. 2 TFUE, in forza del quale, in materia di responsabilità extracontrattuale, l’Unione è tenuta a risarcire i danni cagionati dalle sue istituzioni o dai suoi agenti nell’esercizio delle loro funzioni «conformemente ai principi generali comuni ai diritti degli Stati membri» (salvo quanto previsto dal par. 3 per la Banca centrale europea, tenuta a risarcire, sempre in conformità ai principi generali comuni al diritto degli Stati membri, i danni cagionati da essa stessa o dai suoi agenti nell’esercizio delle loro funzioni). Tuttavia, la Corte di giustizia ha applicato tale concetto anche in altri settori del diritto dell’Unione, enucleando un gran numero di principi generali del diritto dell’Unione sulla base dell’articolo 220 TCE (ora sostituito nella sostanza dall’articolo 19 TUE), secondo il quale la Corte deve garantire il rispetto del diritto nell’interpretazione e nell’applicazione dei Trattati. In particolare, i giuridici dell’Unione hanno interpretato il termine “diritto”, ricomprendendovi anche i principi generali. Occorre altresì ricordare che la fonte principale (benchè non unica) dei principi generali di origine pretoria consiste nelle leggi degli Stati membri, senza che, in ogni caso, un principio sia comune a tutti gli Stati membri per poter assurgere a principio generale dell’Unione. I principi generali, proprio in ragione della loro origine, rivestono il medesimo valore dei Trattati e sono vincolanti per le istituzioni dell’Unione e per gli Stati membri. Per un approfondimento generale sul tema, si vedano, tra gli altri, X. GROUSSOT, *General Principles of Community Law*, Groningen, 2006; T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, Oxford, 2006; U. BERNITZ, J. NERGELIUS, *General Principles of European Community Law*, The Hague, 2008; C. AMALFITANO, M. CONDINANZI, *Unione europea: fonti, adattamento e rapporti tra ordinamenti*, Torino, 2015; C. AMALFITANO, *General Principles of EU Law and the Protection of Fundamental Rights*, Cheltenham, 2018.

⁷⁹ Si parla, in proposito, di funzione normativa o di “legislazione giurisprudenziale” della Corte di giustizia. Si veda, in questi termini, G. STROZZI, R. MASTROIANNI, *Diritto dell’Unione Europea. Parte istituzionale*, Torino, 2020, p. 225 e ss.

complesso e i singoli sistemi giuridici nazionali, fornendo uno standard di legittimità tanto dell'azione pubblica, quanto delle condotte private. La nozione di “principio generale” può pertanto essere ricondotta ad un principio dotato di valore fondamentale per il sistema giuridico nel suo complesso, o, quantomeno, in grado di trascendere una specifica area, finendo per trovare applicazione in diverse aree del diritto. Ciò non toglie, in ogni caso, che esistano alcuni principi generali che possono trovare applicazione solo in alcuni settori giuridici.

Il ricorso a detti principi si è reso specialmente necessario a fronte del carattere generale o parziale delle norme di funzionamento dell'ordinamento europeo, rendendo possibile, da un lato, una più compiuta ricostruzione del relativo dettato normativo e, dall'altro, una più adeguata interpretazione di disposizioni che si prestavano a diverse letture, tutte ugualmente e astrattamente fondate. Inoltre, i principi generali hanno consentito di individuare ulteriori parametri di legittimità del comportamento delle istituzioni e degli Stati membri (si pensi, nello specifico, alla tutela dei diritti fondamentali della persona umana⁸⁰), i quali sono peraltro tenuti ad interpretare gli atti derivati di diritto dell'Unione proprio in armonia con i suddetti principi generali⁸¹.

Un'ultima precisazione che merita di essere premessa concerne il processo di identificazione degli elementi che permettono di qualificare come tale un principio generale. Invero, pur non esistendo sul punto uniformità di opinioni in letteratura, possono comunque elencarsi tre requisiti che vengono universalmente riconosciuti come necessari al fine di ammettere la configurabilità di un principio generale: *i*) l'incorporazione di un contenuto minimo, accertabile e giuridicamente vincolante, anche in assenza di legislazione; *ii*) il carattere generale che gli consente di operare ad un livello di astrazione tale da essere distinto da una regola specifica; *iii*) il fatto di essere espressione di un valore caratterizzato da una certa rilevanza nell'ambito di un determinato sistema giuridico⁸².

⁸⁰ Per un approfondimento sul tema, si rimanda a C. AMALFITANO, *General Principles of EU Law and the Protection of Fundamental Rights*, cit.

⁸¹ Cfr. in tal senso la giurisprudenza costante della Corte di giustizia e, in particolare: Corte di giustizia, sentenza del 6 novembre 2003, causa C-101/01, *Lindqvist*, punto 87 e Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 26 giugno 2007, causa C-305/05, *Ordre des barreaux francophones et germanophone e a.*, punto 28

⁸² Si veda T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, cit., pp. 5-7.

1.1. Sull'esistenza di un principio generale di divieto di abuso di diritto: l'esplicitazione da parte della Corte di giustizia

Venendo al quesito circa l'esistenza di un principio generale di abuso di diritto all'interno dell'ordinamento dell'Unione, è necessario innanzitutto rilevare come esso non trovi alcuna menzione nei Trattati, ma costituisca esclusivamente un'elaborazione di natura giurisprudenziale, che può prendere le mosse dalle tradizioni giuridiche dei diversi Stati membri, in quanto elemento appartenente al comune sostrato giuridico dell'ordinamento integrato.

Sebbene la prima giurisprudenza sul concetto di abuso di diritto risalga alla metà degli anni '70 (v. caso *van Binsbergen*), è nella causa *Emsland-Stärke*⁸³ che, per la prima volta, il divieto di abuso del diritto viene definito un principio generale di diritto comunitario. Il caso di specie riguardava alcune operazioni di esportazione realizzate da un'impresa tedesca verso la Svizzera, poi seguite dall'immediata reimportazione nell'area doganale comunitaria – più nello specifico in Italia –, attuate al solo fine di godere dei benefici all'esportazione previsti dal regolamento n. 2730/79⁸⁴. Si trattava, evidentemente, di una condotta puramente artificiosa, priva di una reale logica economica, posta in essere in modo tale da realizzare una *fictio* che consentisse di ottenere restituzioni sulle operazioni di esportazione. Con riferimento ad essa, pertanto, la Commissione, nelle proprie osservazioni scritte, aveva ritenuto che l'articolo 4, n. 3, del regolamento n. 2988/85⁸⁵ – secondo cui «gli atti per i quali si stabilisce che hanno per scopo il conseguimento di un vantaggio contrario agli obiettivi del diritto comunitario applicabile nella fattispecie, creando artificialmente le condizioni necessarie per ottenere detto vantaggio, comportano, a seconda dei casi, il mancato conseguimento oppure la revoca del vantaggio stesso» – doveva ritenersi «espressione di un principio generale del diritto già vigente nell'ordinamento giuridico comunitario», il quale «esisterebbe in quasi tutti gli Stati membri ed avrebbe già trovato applicazione nella giurisprudenza della Corte, benché la Corte non l'abbia espressamente riconosciuto come principio generale del diritto

⁸³ Corte di giustizia, *Emsland-Stärke*, cit.

⁸⁴ Regolamento n. 2730/79 della Commissione, del 29 novembre 1979, recante modalità comuni di applicazione del regime delle restituzioni all'esportazione per i prodotti agricoli, in *GUCE* L 75, p. 32.

⁸⁵ Regolamento (CE, Euratom) del Consiglio 18 dicembre 1995, n. 2988, relativo alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità, in *GU* L 312, pag. 1.

comunitario»⁸⁶. I giudici di Lussemburgo, in Grande Sezione, si sono dunque preoccupati di elaborare un test di portata generale, che potesse essere applicato dai giudici nazionali in tutti i casi in cui si fosse reso necessario fare applicazione del concetto di “abuso di diritto”⁸⁷. Come già anticipato, tale test si compone di due momenti valutativi: il primo riferito all’esistenza di un elemento oggettivo, coincidente con l’esistenza di «un insieme di circostanze oggettive dalle quali risulti che, nonostante il rispetto formale delle condizioni previste dalla normativa comunitaria, l’obiettivo perseguito dalla detta normativa non è stato raggiunto»⁸⁸; il secondo relativo all’accertamento di un profilo soggettivo, afferente all’intenzionalità del soggetto rispetto all’ottenimento di «un vantaggio derivante dalla normativa comunitaria mediante la creazione artificiosa delle condizioni necessarie per il suo ottenimento. L’esistenza di un simile elemento soggettivo può essere dimostrata, in particolare, dalla prova di una collusione tra l’esportatore comunitario, beneficiario delle restituzioni, e l’importatore della merce nel paese terzo»⁸⁹. In sostanza, si richiede al giudice *a quo*, anche in virtù del principio di leale collaborazione, innanzitutto, di verificare se sia o meno stato perseguito lo scopo sotteso alla norma dell’Unione presa in considerazione; solo in caso negativo, sarà altresì necessario, ai fini dell’affermazione dell’esistenza di un abuso, prendere in considerazione le intenzioni del soggetto agente. Al contrario, quando lo scopo della norma è stato osservato, i motivi che spingono il soggetto ad agire non rilevano. Dunque, la Corte ha statuito che «[l]a constatazione che si tratta di una pratica abusiva presuppone l’esistenza di una volontà, in capo al detto esportatore comunitario, di beneficiare di un vantaggio derivante dall’applicazione della normativa comunitaria mediante la creazione di condizioni artificiali per il suo conseguimento. La prova deve essere prodotta innanzi

⁸⁶ Corte di giustizia, *Emsland-Stärke*, cit., punto 37.

⁸⁷ Rispetto al caso di specie, la Corte ha distinto una «normale operazione commerciale» da quelle poste in essere al fine di beneficiare indebitamente di sussidi previsti dal diritto europeo, affermando che quando sia provato che determinate attività «non sono state effettuate nell’ambito di operazioni commerciali normali, ma soltanto per beneficiare illegittimamente delle concessioni di ICM», il pagamento di tali sovvenzioni non è dovuto. Si veda, a proposito, P. KOUTRAKOS, *The Emsland-Stärke Abuse of Law Test in the Law of Agriculture and Free Movement of Goods*, cit. e J. SNELL, *The Notion of and a General Test for Abuse of Rights: Some Normative Reflections*, in R. DE LA FERIA, S. VOGENAUER (eds.), *op. cit.*, p. 219 e ss.

⁸⁸ Corte di giustizia, *Emsland-Stärke*, cit., punto 52

⁸⁹ *Ibid.*, punto 53.

al giudice nazionale in conformità delle norme nazionali, per esempio dimostrando una collusione tra il detto esportatore e l'importatore della merce nel paese terzo»⁹⁰.

Siffatta metodologia interpretativa ha poi trovato una progressiva applicazione e affinamento (si veda, in particolare, il correttivo introdotto dal caso *Halifax*; cfr. § 2.1 in premessa al presente capitolo) in alcuni specifici settori del diritto dell'Unione, in particolare nel campo della politica agricola comune, in tema di libertà di stabilimento delle società, nonché nell'ambito fiscalità⁹¹. Soprattutto quest'ultimo settore, in particolare, ha rivestito un ruolo preponderante nell'ottica dell'affermazione del principio generale di divieto di pratiche abusive: è in relazione ad esso, infatti, che si rinvengono le indicazioni più esplicite da parte della giurisprudenza in merito all'esistenza di siffatto principio.

1.2. (segue): Alcuni casi emblematici in materia di fiscalità

La Corte, in alcune pronunce, è quindi giunta ad operare un'assimilazione tra il carattere abusivo della condotta – apprezzato secondo i parametri fissati nel test elaborato dalla sentenza *Emsland-Stärke*, poi precisati dalla giurisprudenza successiva – e la mancanza dei presupposti oggettivi di operatività di una determinata disposizione, qualificando siffatta elaborazione come principio generale di divieto di pratiche abusive. Come tale, un siffatto divieto è considerato in grado di operare, ricorrendone i presupposti, in modo del tutto automatico, non necessitando di alcuna esplicitazione normativa, dato il suo riconoscimento nell'ordinamento giuridico della quasi totalità degli Stati membri e, dunque, data la sua riferibilità al fondamento stesso dell'ordinamento europeo.

Come si anticipava, il settore in cui maggiormente si rinvengono riferimenti espliciti al “principio generale di divieto di pratiche abusive” è il settore della fiscalità

In particolare, i giudici di Lussemburgo per la prima volta riconosciuto il divieto di abuso come principio generale in materia in occasione della sentenza *Koefed*⁹². Il caso

⁹⁰ *Ibid.*, punto 59.

⁹¹ Si vedano i riferimenti giurisprudenziali richiamati nelle note nn. 27, 28, 29 del presente capitolo.

⁹² Corte di giustizia, sentenza del 5 luglio 2007, causa C-321/05, *Hans Markus Koefed*.

concerneva l'interpretazione della direttiva 90/434⁹³ – destinata all'eliminazione delle restrizioni fiscali nazionali che ostacolano le fusioni, le scissioni, i conferimenti d'attivo e gli scambi d'azioni concernenti società di Stati membri diversi – e, in particolare, della clausola anti-abuso ivi contenuta⁹⁴. Nel caso di specie, i giudici europei si erano occupati di verificare l'applicabilità della suddetta disciplina, pur in assenza di una sua trasposizione a livello nazionale, all'operazione attuata da due azionisti danesi, i quali, dopo aver conferito le quote da essi detenute in una società danese ad una società irlandese, avevano acquistato, in cambio, azioni di quest'ultima e, pochi giorni dopo, la medesima società irlandese, come già programmato, aveva effettuato una distribuzione di utili a favore dei due soggetti passivi danesi. In termini generali, la Corte è giunta ad affermare che «l'articolo 11 (1) (a) della direttiva 90/434 (...) riflette il principio generale di diritto comunitario, secondo il quale (...) i singoli non possono avvalersi fraudolentemente o abusivamente delle norme di diritto comunitario. L'applicazione di queste ultime non può essere estesa sino a comprendere pratiche abusive, ossia operazioni effettuate non nell'ambito di normali transazioni commerciali, ma unicamente allo scopo di beneficiare abusivamente dei vantaggi previsti dal diritto comunitario»⁹⁵.

⁹³ Direttiva 90/434/EEC del Consiglio del 23 luglio 1990, relativa al regime fiscale comune da applicare alle fusioni, alle scissioni, ai conferimenti d'attivo ed agli scambi d'azioni concernenti società di Stati membri diversi, in *GUCE*, L 225 p. 1.

⁹⁴ A tal proposito, il considerando n. 9 della direttiva richiamata stabilisce che «occorre prevedere la facoltà per gli Stati membri di rifiutare il beneficio dell'applicazione della presente direttiva allorché l'operazione di fusione, di scissione, di conferimento di attivo o di scambio di azioni ha come obiettivo la frode o l'evasione fiscale». Si consideri, altresì, l'articolo 11, il quale autorizza lo Stato membro a non applicare le disposizioni della direttiva quando l'operazione posta in essere dalla società abbia come obiettivo principale la frode o l'evasione fiscale, obiettivo, che, peraltro, viene fatto oggetto di presunzione nei casi in cui una delle operazioni in questione «non sia effettuata per valide ragioni economiche, quali la ristrutturazione o la razionalizzazione delle attività delle società partecipanti all'operazione». La clausola di cui all'art. 11 è stata in seguito trapposta nell'art. 15 della direttiva 2009/133/CE, in *GUUE* L 310, p. 34, che ha sostituito la direttiva 90/434.

⁹⁵ Invero, nel caso di specie, i giudici dell'Unione, pur avendo riconosciuto espressamente l'esistenza di un principio generale di divieto di pratiche abusive, ne avevano comunque escluso l'operatività, in considerazione del fatto che una direttiva, non trasposta, non poteva di per sé imporre obblighi ai singoli. Di conseguenza, parte della dottrina era stata indotta a ritenere che l'affermazione della Corte fosse in realtà più formale, che rivoluzionaria da un punto di vista sostanziale, dal momento che, nei fatti, la stessa aveva negato a suddetto divieto quel carattere *self-executing*, proprio dei principi generali del diritto. Cfr., in particolare, Corte di giustizia, sentenza del 22 novembre 2005, causa C-144/04, *Mangold*, in cui la Grande Sezione della Corte di giustizia aveva invece stabilito che il divieto di discriminazione per motivi di età fosse un principio generale di diritto non scritto e perciò dotato di un effetto diretto orizzontale pieno. Le spiegazioni fornite dai commentatori sul punto sono differenti. A. ARNULL, *What is a general principle of EU law?*, in R. DE LA FERIA, S. VOGENAUER (eds.), *Prohibition of abuse of law: a new general principle of*

Un altro caso emblematico è poi rappresentato dal caso *Cussens*⁹⁶, in occasione del quale la Corte di giustizia ha dichiarato *apertis verbis* che il concetto di “abuso di diritto” trascende la legislazione specifica dell’Unione e deve essere considerato un principio generale di diritto, posto alla base del sistema giuridico europeo nel suo complesso. Secondo i giudici di Lussemburgo, il diniego di un diritto o di un beneficio in ragione di fatti abusivi o fraudolenti non è altro che la mera conseguenza della constatazione secondo la quale, in caso di frode o di abuso di diritto, le condizioni oggettive richieste ai fini dell’ottenimento del vantaggio che si vuole conseguire non sono, in realtà, soddisfatte e che, pertanto, tale diniego non necessita di una base giuridica specifica. Di conseguenza, «l’applicazione del principio del divieto di pratiche abusive ai diritti ed ai benefici previsti dal diritto dell’Unione avviene indipendentemente dal fatto che tali diritti e benefici trovino il loro fondamento nei trattati (...), in un regolamento (...) o in una direttiva (...). Risulta quindi che tale principio non ha la stessa natura dei diritti e dei benefici ai quali si applica»⁹⁷.

EU law?, cit., p. 20, sottolinea che la decisione in *Kofoed* è stata presa dalla prima sezione e non dalla grande sezione e che il linguaggio utilizzato è certamente più equivoco di quello impiegato in *Mangold*, che non ha lasciato dubbi riguardo all’elaborazione in quella sede di un nuovo principio generale. *Contra* T. TRIDIMAS, *Abuse of Right in EU Law: Some Reflections with particular Reference to Financial Law*, cit., pp. 175-176, sottolinea come le due controversie richiamate si distinguono sotto molteplici aspetti: i) mentre il caso *Mangold* riguardava una controversia tra privati, in *Kofoed*, al contrario, era coinvolta un’autorità statale che faceva valere una direttiva nei confronti di un singolo; ii) se *Mangold* riguardava la parità di trattamento, un principio costituzionale fondamentale recettivo a un’interpretazione dinamica, *Kofoed* concerneva l’abuso del diritto, un principio di carattere eccezionale e difensivo, che limita i diritti dei privati. Proprio in ragione del tenore di suddetto principio, dunque, la Corte si è mostrata più prudente nell’attribuire al divieto di abuso un effetto diretto.

⁹⁶ Corte di giustizia, sentenza del 22 settembre 2017, causa C-251/16, *Edward Cussens*. La vicenda sottoposta all’attenzione della Corte concerneva alcune operazioni realizzate da due comproprietari di un’area di sviluppo situata nella città di Baltimora, in Irlanda, aventi ad oggetto la cessione di quindici case per vacanze. In particolare, i due comproprietari, dopo aver concluso con una società ad essi collegata delle operazioni di locazione di lunga durata – sottoposta ad IVA – e successiva retro-locazione, avevano ottenuto la restituzione degli immobili in ragione della rinuncia bilaterale ai contratti locativi e avevano provveduto alla loro vendita, risultata del tutto esente da IVA. Tuttavia, l’autorità competente irlandese aveva ritenuto che le cessioni in locazione e retro-locazione non avevano alcun reale contenuto commerciale ed erano state artificialmente concluse al solo fine di ridurre l’importo dell’IVA dovuta nell’ambito della vendita dei beni immobili di cui al procedimento principale.

⁹⁷ Corte di giustizia, *Edward Cussens*, cit., punto 30.

Da ultimo, nella sentenza *N Lussemburgo I*⁹⁸ (le cosiddette “cause danesi”⁹⁹), i giudici dell’Unione sono stati chiamati a pronunciarsi sulla possibilità di invocare il principio del divieto di pratiche abusive di matrice comunitaria, anche in assenza di una disposizione interna che lo preveda. La questione riguardava la posizione fiscale di alcune *sub-holding*, partecipate da fondi di investimento e da società situate in Stati extra-europei, che detenevano partecipazioni in società operative danesi e che richiedevano di poter fruire del beneficio dell’esenzione da ritenuta per i redditi percepiti da controllate residenti¹⁰⁰, previsto dalla direttiva interessi e canoni¹⁰¹ e dalla direttiva madre-figlia¹⁰². L’Avvocato generale Kokott, nelle proprie conclusioni alla causa¹⁰³, aveva escluso che le autorità competenti nel procedimento a quo potessero invocare direttamente nei confronti del singolo il principio generale di diritto dell’Unione che vieta l’abuso del diritto, dal momento che, in generale, uno Stato membro non può far valere nei confronti di un singolo una disposizione di una direttiva che esso stesso non ha trasposto. Peraltro, secondo l’Avvocato generale, il fatto che la direttiva 2003/49/CE contenga una specifica codificazione di suddetto principio (cfr. articolo 5, par. 2), preclude la possibilità di fare ricorso diretto ad un principio generale del diritto¹⁰⁴ «dal contenuto decisamente meno chiaro e preciso», poiché «vi sarebbe il rischio di frustrare l’obiettivo di armonizzazione della direttiva 2003/49, e di tutte le altre direttive contenenti disposizioni concrete in materia di prevenzione degli abusi», nonché «risulterebbe pregiudicato in tal modo anche il già menzionato divieto di applicare direttamente a danno del singolo disposizioni di

⁹⁸ Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 26 febbraio 2019, cause riunite C-115/16, C-118/16, C-119/16, 299/16, *N Luxembourg I*.

⁹⁹ I temi affrontati nelle due sentenze sono praticamente identici, riguardando l’una il pagamento di dividendi (quella relativa alle cause riunite C-116/16 e C-117/16) e l’altra quello di interessi (quella relativa alle cause riunite C-115/16, C-118/16, C-119/16 e C-299/16).

¹⁰⁰ Per una ricostruzione dettagliata dei fatti, si veda S.H. BÆRENTZEN, *Cross-Border Dividend and Interest Payments and Holding Companies – An Analysis of Advocate General Kokott’s Opinions in the Danish Beneficial Ownership Cases*, in *European Taxation*, 2018, p. 343 e ss.

¹⁰¹ Direttiva 2003/49/CE del Consiglio del 3 giugno 2003 concernente il regime fiscale comune applicabile ai pagamenti di interessi e di canoni fra società consociate di Stati membri diversi, in *GUUE L 157/49*.

¹⁰² Direttiva 2011/96/UE del Consiglio del 30 novembre 2011 concernente il regime fiscale comune applicabile alle società madri e figlie di Stati membri diversi (rifusione), in *GUUE L 345/8*.

¹⁰³ Conclusioni dell’Avvocato generale Juliane Kokott, presentate il 1° marzo 2018, causa C-115/16, *N Luxembourg I*.

¹⁰⁴ In tal senso, l’Avvocato generale Kokott richiama le proprie conclusioni nella causa *Kofoed* (presentate l’8 febbraio 2007, causa C-321/05, *Kofoed*, punto 67) e nella causa *Satakunnan Markkinapörssi e Satamedia* (presentate l’8 maggio 2008, causa C-73/07, *Satakunnan Markkinapörssi e Satamedia*, punto 103).

direttive non trasposte»¹⁰⁵. La Corte di giustizia, invece, ha deciso di seguire una linea di ragionamento differente e ha qualificato in termini elusivi non solo le operazioni fittizie, prive di sostanza economica, bensì anche quelle effettive, aventi quale scopo anche la minimizzazione del carico fiscale¹⁰⁶. Questo dovere è stato presentato dai giudici dell'Unione come direttamente discendente dal «principio generale che vieta le pratiche abusive», il quale, proprio in quanto “principio generale”, non richiede attuazione ed è indipendente dalle disposizioni della direttiva¹⁰⁷.

1.3. (segue): la posizione favorevole della dottrina

In ragione dell'orientamento della Corte di giustizia, sopra illustrato, circa l'esistenza di un principio generale che vieta le pratiche abusive, ampia parte della dottrina¹⁰⁸ ha sostenuto che la definizione della nozione di abuso del diritto da parte della Corte, nel

¹⁰⁵ Conclusioni dell'Avvocato generale Juliane Kokott, *N Luxembourg 1*, cit., punti 103 e 104.

¹⁰⁶ La Corte ha statuito che «[p]uò essere considerato quale costruzione artificiosa un gruppo di società costituito non per motivi che riflettono la realtà economica bensì caratterizzato da una struttura puramente formale ed avente quale obiettivo principale ovvero uno degli obiettivi principali il conseguimento di un vantaggio fiscale in contrasto con l'oggetto o la ratio della normativa tributaria applicabile. Ciò si verifica, in particolare, quando, grazie ad un'entità interposta inserita all'interno della struttura del gruppo tra la società erogatrice degli interessi e la società del gruppo che ne è la beneficiaria effettiva, viene evitato il versamento di imposte sugli interessi stessi» (punto 127).

¹⁰⁷ Corte di giustizia, *N Luxembourg 1*, cit., punto 102.

¹⁰⁸ Cfr. V. KARAYANNIS, *L'abus de droits découlant de l'ordre juridique communautaire. A propos de l'arrêt C-367/96 Alexandros Kefalas e.a./Elliniko Dimosio (Etat hellénique)*, in *Cahiers de droit européen*, 1999, p. 521 e ss., in particolare, p. 534; D. ANAGNOSTOPOULOU, *Do Francovich and the principle of proportionality weaken Simmenthal (II) and confirm abuse of rights?*, in *Common Market Law Review*, 2001, p. 772 e ss.; J. PEACOCK, *The Law Ends where Abuse Begins*, in *EC Tax Journal*, 2001, p. 141 e ss., in particolare, pp. 149–150; D. TRIANTAFYLLOU, *L'interdiction des abus de droit en tant que principe général du droit communautaire*, in *Cahiers de droit européen*, 2002, p. 611 e ss., in particolare, p. 625 e p. 627–628; D. SIMON, A. RIGAUX, *La technique de la consécration d'un nouveau principe général du droit communautaire: l'exemple de l'abus de droit*, in M. BLANQUET (sous la direction), *Mélanges en hommage à Guy Isaac: 50 ans de droit communautaire*, Mélanges en hommage à Guy Isaac: 50 ans de droit communautaire, Tolosa, 2004, p. 559 ss.; K. E. SØRENSEN, *Abuse of Rights in Community Law: A Principle of Substance or Merely Rethoric?*, in *Common Market Law Review*, 2006, p. 423 e ss., specialmente p. 439-441 e 458-459; S. VRELLIS, *Abus et fraude dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, in GAUDEMET-TALLON H., LANCET J.P. (a cura di), *Vers de Nouveaux Equilibres entre Ordres Juridiques: Liber Amicorum H. Gaudemet-Tallon*, Parigi, 2008, p. 633 e ss.; A. LENAERTS, *The General Principle of the Prohibition of Abuse of Rights: A Critical Position on Its Role in a Codified European Contract Law*, cit., p. 1138; L. DE BROE, S. GOMMERS, *Danish Dynamite: The 26 February 2019 CJEU Judgments in the Danish Beneficial Ownership Cases*, in *EC Tax Review*, 2019, p. 270 e ss., in particolare, pp. 277-278; R. DE LA FERIA, *On Prohibition of Abuse of Law as a General Principle of EU Law*, cit.

caso *Emsland Stärke*, e nella sua progressiva applicazione, può essere considerata come un riconoscimento implicito di un principio generale di divieto di abuso di diritto. Secondo questa impostazione, infatti, sarebbe possibile rinvenire nel principio del divieto di abuso del diritto le caratteristiche che concordemente vengono attribuite a tale categoria giuridica: il carattere generale, la denotazione quale espressione di un valore rilevante all'interno del sistema giuridico dell'Unione e l'incorporazione di un contenuto minimo accertabile e giuridicamente vincolante, anche in assenza di legislazione.

Chiaramente, la caratterizzazione dell'abuso come principio generale di diritto dell'Unione ha alcune implicazioni giuridiche di non poco conto¹⁰⁹. In primo luogo, in quanto tale, esso viene posto alla base dell'ordinamento giuridico dell'Unione nel suo complesso, rendendo operativo il relativo divieto di pratiche abusive anche in assenza di una disposizione che lo preveda espressamente. Più in generale, infatti, un siffatto principio generale parteciperebbe al novero delle fonti in grado di esplicare effetti diretti all'interno degli ordinamenti nazionali, a prescindere dal fatto che in essi siano stati recepiti e, di conseguenza, di imporre ai giudici nazionali di disapplicare le regole interne con esse difformi. Senza contare che esso potrebbe prevalere su altri principi, come quello di certezza del diritto, dovendo di volta in volta attuarsi un giudizio di bilanciamento il cui risultato dipenderebbe dalle specifiche circostanze del caso concreto. Inoltre, in quanto tale, il principio di abuso di diritto, da un lato, dovrebbe porsi come parametro di legittimità del comportamento del legislatore dell'Unione¹¹⁰, e, dall'altro, costituirebbe un limite all'esercizio delle competenze proprie degli Stati membri quando queste incidano su situazioni giuridiche soggettive tutelate dal diritto dell'Unione. Infine, qualora il medesimo principio sia riconosciuto anche a livello interno, seppur in termini divergenti rispetto all'apprezzamento che ne è fatto a livello europeo, occorrerà dare

¹⁰⁹ Sul punto, si veda L. DE BROE, S. GOMMERS, *Danish Dynamite: The 26 February 2019 CJEU Judgments in the Danish Beneficial Ownership Cases*, cit., p. 277 ss.

¹¹⁰ Tuttavia, come fa notare F. MUNARI, *Il divieto di abuso del diritto nell'Unione europea*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, 2015, p. 527, «ad onta di qualche enfatica qualificazione svolta talora anche dalla Corte, il principio del divieto dell'abuso del diritto non sembra affatto assurgere, in realtà, a principio generale del diritto dell'Unione europea nel senso proprio di questa fonte» proprio perché «manca di un elemento fondamentale per qualificarsi come tale, e cioè la sua capacità di fungere da parametro di legalità di atti di diritto derivato: se si osserva attentamente la giurisprudenza della Corte, non esistono casi nei quali la legittimità di regolamenti, direttive e tanto meno l'ambito di operatività delle libertà fondamentali, vengono misurate o vagliate alla luce del principio in esame».

prevalenza all'una o all'altra concezione del medesimo principio, a seconda del livello cui spetta l'esercizio delle relative competenze.

1.4. Rilievi critici

A fronte dell'impostazione di cui si è dato conto nel paragrafo precedente, occorre evidenziare come alcuni autori abbiano dubitato dell'esistenza di un siffatto principio generale, e abbiano sostenuto che i riferimenti al concetto di "abuso di diritto" nella giurisprudenza della Corte di giustizia equivalgano semplicemente a un principio interpretativo del diritto dell'Unione¹¹¹, ovvero rilevino quale motivo di interesse generale, tale da consentire una limitazione all'applicazione del diritto europeo stesso. In effetti, sono molteplici le ragioni che suggeriscono una risposta negativa al quesito sull'esistenza di siffatto principio generale.

Innanzitutto, è stato sottolineato che, dal momento che il principio è stato richiamato in maniera incoerente dalla Corte di giustizia, questa mancanza di applicazione uniforme possa impedire la sua caratterizzazione come principio generale di abuso di diritto¹¹². E, se è vero che l'uniformità di applicazione non è una caratteristica fondamentale dei principi generali, a causa della loro generalità strutturale intrinseca¹¹³, non potrà negarsi che, quanto meno, il campo di applicazione e la rilevanza applicativa di un principio siffatto non potrà che variare a seconda del settore preso di volta in volta in considerazione, non assumendo, quindi, la medesima portata operativa in tutti i campi del diritto dell'Unione.

Inoltre, è stato evidenziato come il principio del divieto dell'abuso di diritto possa mettere in discussione, da un lato, il principio di certezza del diritto¹¹⁴ e, dall'altro, il principio del primato del diritto europeo negli ordinamenti nazionali. Quanto al primo profilo, in particolare, occorre considerare che, dal momento che il compito di fare

¹¹¹ Si veda, in questo senso, P. FARMER, *Prohibition of Abuse of (European) Law: The Creation of a New General Principle of EU Law through Tax: A Response*, in R. DE LA FERIA, S. VOGENAUER (eds.), *op. cit.*, pp. 3-6; H. EIDENMÜLLER, *Abuse of Law in the Context of European Insolvency Law*, in R. DE LA FERIA, S. VOGENAUER (eds.), *op. cit.*, p. 142; C. COSTELLO, *Citizenship of the Union: Above Abuse?*, in R. DE LA FERIA, S. VOGENAUER (eds.), *op. cit.*, p. 321.

¹¹² L. NEVILLE BOWN, *Is there a General Principle of Abuse of Rights in European Community Law?*, cit.

¹¹³ C. SEMMELMANN, *General Principles in EU Law Between a Compensatory Role and an Intrinsic Value*, in *European Law Journal*, 2013, p. 457 e ss., in particolare, pp. 457-461.

¹¹⁴ A. ARNULL, *What is a general principle of EU law?*, cit., p. 22-23.

applicazione di un ipotetico principio generale di abuso del diritto dovrebbe essere riconosciuto in capo ai singoli giudici nazionali in relazione a concrete fattispecie, è facilmente ipotizzabile un rischio di compromissione dell'uniforme ed efficace applicazione del diritto comunitario, in ragione di interpretazioni divergenti tra i giudici interni. Quanto al secondo profilo, invece, la Corte di giustizia, consentendo alle autorità nazionali di non applicare una disposizione del diritto dell'Unione che crea un beneficio per un individuo, o perché la concessione di tale beneficio sarebbe incompatibile con lo scopo per il quale lo stesso è stato creato, o perché l'individuo ne ha ottenuto l'accesso in modo fraudolento, consente altresì di neutralizzare principi che, di regola, derivano dal principio del primato del diritto europeo, come il dovere di disapplicare le norme nazionali incompatibili, il dovere di applicare direttamente le norme UE e il dovere di interpretare le norme nazionali alla luce del diritto UE al fine di raggiungere gli obiettivi da esso prefissati. Proprio in ragione di tali conseguenze, dunque, la dottrina dell'abuso dei diritti dell'Unione potrebbe essere più correttamente identificata come un "principio" e non un "principio generale"¹¹⁵.

Infine, si pone un interrogativo circa l'effettiva necessità della figura dell'abuso di diritto al fine di rispondere alle esigenze di tutela previste dall'ordinamento comunitario, o se, piuttosto, non risulti eccessivamente incisiva e, quindi, sproporzionato rispetto agli obiettivi di tutela stessi¹¹⁶. Infatti, potrebbero essere altri gli strumenti maggiormente adeguati a perseguire finalità anti-elusive. Si pensi, ad esempio, all'interpretazione estensiva della norma che si è tentato di eludere, ovvero all'interpretazione restrittiva della norma c.d. di copertura, tecniche di cui la Corte di giustizia ha fatto ampiamente uso

¹¹⁵ D. LECZYKIEWICZ, *Prohibition of abusive practices as a "general principle" of EU Law*, in *Common Market Law Review*, 2019, p. 739.

¹¹⁶ Cfr., in questa prospettiva, le conclusioni dell'Avvocato generale Giuseppe Tesaurò nel caso *Pafitis* (presentate il 9 novembre 1995, causa C-441/93, *Panagis Pafitis e a. c. Trapeza Kentrikis Ellados A.E. e a.*), nell'ambito delle quali è stato evidenziato che, nella questione del possibile abuso dei diritti comunitari discendenti dalla normativa secondaria, viene «in gioco, in definitiva il primato del diritto comunitario su quello interno, nonché l'effetto utile delle sentenze pronunciate dalla Corte in via pregiudiziale» (punto 27). Secondo l'AG, il richiamo all'abuso di diritto «non può avere l'effetto di svuotare la norma [che si assume essere oggetto di abuso] del suo contenuto, in quanto un simile risultato si porrebbe in contrasto con imperativi essenziali del sistema giuridico comunitario. Per questo suggerisco alla Corte di precisare in termini chiari che una normativa che consenta al giudice nazionale di vietare l'esercizio di un diritto attribuito da una norma di diritto comunitario qualificandolo come abusivo non può trovare applicazione in base al solo motivo che il titolare del diritto stesso ne abbia invocato la tutela giurisdizionale, né può, in ogni caso, essere applicata in modo tale da svuotare la norma in parola del suo contenuto» (punto 33).

soprattutto con riferimento al settore della libera circolazione delle persone (cfr. *infra* § 2). Ovvero, ancora, al ruolo che può assumere il legislatore UE, sia attraverso l'adozione di strumenti di armonizzazione positiva, ma anche attraverso la predisposizione di clausole anti-abuso, inserite in numerosi testi di diritto derivato, volte a contrastare in vario modo i fenomeni abusivi. Senza contare che la figura dell'abuso del diritto non è sempre dotata di una sua autonoma e distinta configurazione giuridico-concettuale – si pensi, in particolare, ai profili di sovrapposibilità con la diversa nozione di «motivi imperiosi di interesse generale»¹¹⁷ – e si presenta come un'esigenza di protezione dell'ordinamento nazionale dalle manovre abusive, che può solo in via di eccezione giustificare restrizioni delle libertà fondamentali, fermo restando, però, che anche tali misure nazionali devono essere sottoposte al consueto giudizio di proporzionalità.

Nonostante, quindi, alcuni esempi di apertura rinvenibili nella giurisprudenza della Corte, soprattutto con riferimento ad alcuni settori, l'abuso di diritto continua ad essere caratterizzato da un alto grado di problematicità ed ambivalenza, tanto che la Corte pare intesa a mantenere un approccio sostanzialmente volto ad evitare un'eccessiva generalizzazione e allargamento delle misure restrittive da parte degli Stati membri in applicazione del principio di abuso di diritto¹¹⁸.

2. Un diverso approccio ermeneutico al tema dell'abuso di diritto

A fronte delle divergenze emerse in dottrina in merito alla configurabilità di un principio generale di divieto di pratiche abusive, appare opportuno indagare un diverso approccio emerso in giurisprudenza con riferimento a condotte (almeno astrattamente) connotate da "abusività". In particolare, è stato evidenziato come la Corte di giustizia, in alcuni casi, abbia per lo più escluso l'operatività del principio del divieto di abuso di diritto come tecnica autonoma di tutela a contrasto delle pratiche abusive denunciate dalle

¹¹⁷ Tale concetto si è affermato in concomitanza con il diffondersi del divieto di misure restrittive indistintamente applicabili, definito anche principio dell'accesso al mercato, secondo cui sono vietate anche le misure che, pur prive di effetti discriminatori, nella sostanza, rappresentano comunque un ostacolo non giustificabile alla circolazione. Esso implica la possibilità offerta allo Stato membro di giustificare siffatte misure, laddove risultino soddisfatte determinate condizioni. Per una disamina del concetto in rapporto al principio di divieto di abuso di diritto, si veda F. CAPOTORTI, *L'abuso del diritto nell'ordinamento dell'Unione europea*, Tesi di dottorato, Corso di Dottorato in Scienze giuridiche, XXIX ciclo, Università degli studi di Milano.

¹¹⁸ M. GESTRI, *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, cit., p. 220-221.

autorità nazionali, preferendo focalizzarsi sull'interpretazione da attribuire all'ambito applicativo delle norme di matrice europea. In sostanza, in alcune ipotesi, i giudici della Corte hanno preferito ricondurre le vicende esaminate in sede pregiudiziale a questioni di stretta interpretazione legislativa, piuttosto che ad un problema di applicazione del concetto di "abuso".

2.1. La casistica giurisprudenziale

Per procedere all'illustrazione di tale diversa impostazione ermeneutica, è possibile prendere in considerazione alcune pronunce in materia di libera circolazione delle persone¹¹⁹, settore¹²⁰ nel quale, più che in ogni altro, la Corte di giustizia ha avvertito la necessità di bilanciare esigenze connesse all'operatività di un ipotetico principio di divieto di pratiche abusive, con altri interessi – in particolare, salvaguardare l'esercizio di una libertà fondamentale –, finendo per far prevalere simili ragioni sull'utilizzo del concetto di abuso¹²¹. Tuttavia, non avendo la pretesa di analizzare tutta la copiosa giurisprudenza riconducibile a tale ambito, si è deciso di selezionare solamente alcuni casi, particolarmente esemplificativi di suddetto approccio interpretativo, riconducibili a due macrocategorie di ipotesi: *i*) cause in cui la nozione di «lavoratore» si è rilevata dirimente al fine di risolvere questioni relative alla sussistenza o meno di un determinato beneficio per l'interessato; *ii*) casi relativi alla libera circolazione dei cittadini dell'UE e dei loro familiari.

¹¹⁹ La scelta della giurisprudenza richiamata nel presente paragrafo rispecchia la casistica più emblematica, presa in considerazione dalla dottrina che si è occupata del tema del divieto di pratiche abusive con riferimento al settore della libera circolazione delle persone. Si vedano, in particolare, K.S. ZIEGLER, *'Abuse of Law' in the Context of the Free Movement of Workers*, cit., p. 295 e ss.; E. SPAVENTA, *Comments on Abuse of Law and the Free Movement of Workers*, in R. DE LA FERIA, S. VOGENAUER (eds.), *op. cit.*, p. 315 e ss.; C. COSTELLO, *Citizenship of the Union: Above Abuse?*, cit., p. 321 e ss.

¹²⁰ Sulla disciplina della libera circolazione delle persone, si veda, tra gli altri, M. CONDINANZI, A. LANG, B. NASCIBENE, *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone*, Milano, 2006; B. NASCIBENE, F. ROSSI DAL POZZO, *Diritti di cittadinanza e libertà di circolazione nell'Unione europea*, Milano, 2012, p. 82 e ss. Sul tema dell'abuso di diritto in questo settore, si veda A. ILIOPOULOU-PENOT, *Liberté de circulation et abus de droit*, in E. DUBOUT, A. MAITROT DE LA MOTTE (sous la direction), *L'unité des libertés de circulation*. In varietate concordia?, Bruxelles, 2013, p. 185 e ss.

¹²¹ V. E. SPAVENTA, *Comments on Abuse of Law and the Free Movement of Workers*, cit., p. 315-316. In particolare, l'A. evidenzia che «the Court's case law in the field of the free movement of persons is driven by a very strong integrationist rationale; in interpreting the rights that individuals derive from the free movement provisions, the Court is also driven by a citizenship rationale; and finally, the fact that the case law in this field is driven by fundamental rights considerations».

Si tratta di ipotesi in cui si i giudici di Lussemburgo sono trovati a dover bilanciare le istanze “protezionistiche” degli Stati, dirette alla salvaguardia di interessi nazionali super-individuali, con la prospettiva individuale dei soggetti di volta in volta coinvolti. Nelle vicende di cui si darà conto, dal punto di vista dello Stato, gli individui agiscono in modo tale da poter accedere ad un determinato diritto riservato solamente ad alcune categorie di soggetti – «lavoratori», nel primo caso, «familiari di cittadini UE», nel secondo –, senza però possedere realmente le caratteristiche richieste ai fini dell’applicazione delle norme attributive delle correlate prerogative; perciò, emerge l’esigenza nazionale di frenare simili condotte, attraverso il richiamo al concetto di “abuso”. Dal punto di vista degli individui interessati, invece, la questione si riduce ad un mero esercizio di libertà e facoltà riconosciute dai Trattati, cui consegue, in ragione della stretta applicazione della normativa europea, il diritto di accedere a determinati benefici.

2.1.1. La rilevanza della nozione di «lavoratore»

Con riferimento alla prima categoria di ipotesi, si prenda in considerazione, innanzitutto, il caso *Levin*¹²². La vicenda riguardava una cittadina britannica, coniugata con un cittadino di un paese terzo, che richiedeva un permesso di soggiorno nei Paesi Bassi. La sua domanda veniva respinta con la motivazione che la stessa, non esercitando più attività professionale nei Paesi Bassi, non poteva considerarsi «cittadino CEE privilegiato» ai sensi della disciplina olandese¹²³. La ricorrente, inizialmente, chiedeva la revisione del provvedimento di diniego al Segretario di Stato, e, successivamente, proponeva ricorso al Consiglio di Stato, precisando che, nel frattempo, aveva iniziato a prestare lavoro subordinato nei Paesi Bassi e che sia lei, che il marito disponevano di risorse sufficienti al loro mantenimento. Il Segretario di Stato, dal canto suo, invece, evidenziava come la qualifica di «cittadino CEE privilegiato» non potesse essere riconosciuta alla ricorrente in ragione del fatto che la stessa aveva intrapreso un’attività retribuita nei Paesi Bassi al solo scopo di fare ottenere anche al coniuge, cittadino di un

¹²² Corte di giustizia, sentenza del 23 marzo 1982, causa C-53/81, *Levin*.

¹²³ Con tale espressione ci si riferisce, nella legislazione olandese, a «cittadini di uno Stato membro che soggiornano o si trasferiscono in un altro Stato membro della Comunità allo scopo di esercitare un’attività salariata o non salariata o in qualità di destinatari di servizi» (cfr. art. 1 della direttiva del Consiglio delle Comunità europee 25 febbraio 1964, n. 64/221).

Paese terzo, un diritto di soggiorno, senza avere l'intenzione – soggettiva – di svolgere un'attività lavorativa. Orbene, i giudici di Lussemburgo, pur trovandosi a giudicare una fattispecie in cui la condotta posta in essere dall'interessata perseguiva una finalità ultronea rispetto a quella sottesa alla normativa da essi richiamata – questione, dunque, ipoteticamente riconducibile nell'alveo del concetto di “abusività” –, hanno concentrato la loro attenzione sulla definizione dei presupposti per poter ricondurre una determinata fattispecie nell'alveo applicativo della norma rilevante nel caso di specie. Prescindendo dall'intenzionalità (per quanto asseritamente abusiva) sottesa alla condotta dell'interessato e senza fare alcun richiamo al principio di divieto di abuso di diritto. In particolare, la Corte si è occupata di interpretare le nozioni di «lavoratore» e di «attività subordinata», al fine di stabilire in quali situazioni potessero trovare applicazione le norme relative alla libera circolazione dei lavoratori. Secondo i giudici, l'unica condizione che deve sussistere ai fini dell'applicazione di tali norme è che il soggetto interessato eserciti attività subordinata «realmente ed effettivamente», a prescindere dal numero delle ore lavorative o dalla retribuzione percepita¹²⁴. Tale requisito risulta dirimente anche nel caso si contestino i motivi che hanno potuto spingere un lavoratore di uno Stato membro a cercare un'occupazione in un altro Stato membro: questi ultimi, come afferma la Corte, «sono irrilevanti per quel che riguarda il diritto del lavoratore ad accedere e a soggiornare nel territorio di quest'ultimo Stato», se l'interessato vi svolge o intende svolgere un'attività reale ed effettiva». In questo caso, quindi, senza alcun richiamo al divieto di pratiche abusive, la Corte ha risolto la questione attraverso un'operazione ermeneutica volta a delineare i presupposti applicativi della norma asseritamente elusa, per verificare la sussumibilità rispetto ad essa del caso di specie.

Il medesimo approccio alla questione dell'abuso è rinvenibile nella pronuncia resa nella causa *Ninni-Orasche*¹²⁵. Nel caso di specie, una cittadina italiana, dopo essersi sposata con un cittadino austriaco, si era trasferita in Austria, dove aveva iniziato a

¹²⁴ Corte di giustizia, *Levin*, cit., punto 18: «le disposizioni del diritto comunitario in materia di libera circolazione dei lavoratori si applicano anche al cittadino di uno Stato membro che eserciti, sul territorio di un altro Stato membro, un'attività subordinata dalla quale tragga redditi inferiori a quanto si considera minimo vitale nel secondo Stato membro, indipendentemente dal fatto che l'interessato integri i proventi della sua attività subordinata con altre entrate che gli consentano di disporre del suddetto minimo vitale oppure si accontenti di mezzi di sussistenza inferiori a detto minimo, purché l'attività subordinata sia esercitata realmente ed effettivamente».

¹²⁵ Corte di giustizia, sentenza del 6 novembre 2003, causa C-413/01, *Franca Ninni-Orasche*.

lavorare solo dopo alcuni anni dal trasferimento. La stessa, nel contempo, aveva conseguito in Italia un diploma di ragioniere e perito commerciale e aveva deciso di iscriversi ad un'università austriaca. Dunque, in quanto studentessa-lavoratrice, aveva chiesto di poter beneficiare della borsa di studio prevista dalla norma austriaca per tale categoria di soggetti. Tuttavia, le autorità austriache rigettavano la sua richiesta, poiché ritenevano che essa, invece di cercare di esercitare il suo diritto di libera circolazione all'effettivo fine di lavorare, avesse in realtà l'intento di studiare in uno Stato membro diverso da quello di provenienza ed avesse tentato pertanto di creare una situazione che la facesse apparire quale lavoratrice al solo fine di accedere a vantaggi quali una borsa di studio. La Corte viene quindi chiamata a valutare se un'attività lavorativa di breve durata possa essere considerata come un'attività reale ed effettiva, tale da attribuire la qualità di lavoratrice. Anche in questo caso, tuttavia, essa ha escluso che la problematica dell'abuso di diritto incida sulla risposta alla questione del giudice nazionale: in particolare, ha sostenuto che «l'eventuale uso abusivo dei diritti concessi dall'ordinamento giuridico comunitario in virtù delle disposizioni relative alla libera circolazione dei lavoratori presuppone che il soggetto interessato rientri nell'ambito *ratione personae* di detto Trattato, soddisfacendo le condizioni per essere qualificato «lavoratore» ai sensi della detta disposizione»¹²⁶.

Come terzo esempio, si faccia riferimento al caso *L.N.*¹²⁷. La vicenda riguardava un cittadino dell'Unione (la cui cittadinanza non era stata precisata dal giudice del rinvio), il quale, giunto in Danimarca e assunta un'occupazione a tempo pieno, si licenziava dopo soli due mesi, per concludere un contratto di lavoro part-time e frequentare un corso di studi, per il quale chiedeva una borsa di studi. Anche in questo caso, la Corte ha scelto di esaminare la questione da un punto di vista oggettivo, tralasciando qualsiasi tipo di considerazione inerente alle intenzioni perseguite dall'individuo e, quindi, alla possibile qualificazione della condotta da lui posta in essere in termini di "abusività". Ancora una volta, i giudici di Lussemburgo si sono occupati di circoscrivere la nozione di «lavoratore», per verificare se nel suo alveo applicativo potesse essere ricompresa anche l'attività di una persona che si sia recata sul territorio di uno Stato membro per seguirvi in via principale un corso di formazione, e non, invece, per ragioni occupazionali. Sulla

¹²⁶ *Ibid.*, punto 31

¹²⁷ Corte di giustizia, sentenza del 21 marzo 2013., causa C-46/12, *L.N.*

scia di quanto già affermato nella sentenza *Ninni-Orasche*, hanno ribadito che la qualifica di «lavoratore» presuppone esclusivamente lo svolgimento di «attività reali ed effettive, ad esclusione di attività talmente ridotte da presentarsi come puramente marginali ed accessorie»¹²⁸. Quindi, «a un cittadino dell'Unione che segua degli studi in uno Stato membro ospitante e vi svolga in parallelo un'attività subordinata reale ed effettiva, tale da conferirgli la qualità di «lavoratore» a norma dell'articolo 45 TFUE, non possono essere negati aiuti di mantenimento agli studi concessi ai cittadini di tale Stato membro. Spetterà poi al giudice del rinvio procedere agli accertamenti di fatto necessari al fine di valutare se le attività subordinate del ricorrente nel procedimento principale siano sufficienti per conferirgli tale qualità»¹²⁹.

2.1.2. Il diritto alla libera circolazione dei cittadini europei e dei loro familiari

Venendo ora al secondo gruppo di casi, occorre premettere che nella nozione di «familiare», l'articolo 2 della direttiva 2004/38/CE ricomprende: a) il coniuge; b) il partner che abbia contratto con il cittadino UE un'unione registrata sulla base della legislazione di uno Stato membro, qualora la legislazione dello Stato membro ospitante equipari l'unione registrata al matrimonio e nel rispetto delle condizioni previste dalla pertinente legislazione dello Stato membro ospitante; c) i discendenti diretti di età inferiore a 21 anni o a carico e quelli del coniuge o partner; d) gli ascendenti diretti a carico e quelli del coniuge o partner. Tra essi, si è scelto di focalizzare l'attenzione sulla casistica relativa alla prima categoria di familiari, i coniugi, rispetto ai quali la Corte ha sviluppato una copiosa giurisprudenza.

In particolare, un primo caso che merita di essere richiamato è la vicenda decisa nella sentenza *Singh*¹³⁰. La questione riguardava un cittadino indiano, il quale, dopo aver

¹²⁸ *Ibid.*, punto 42.

¹²⁹ *Ibid.*, punto 51.

¹³⁰ Corte di giustizia, sentenza del 7 luglio 1992, causa C-370/90, *The Queen c. Immigration Appeal Tribunal e Surinder Singh, ex parte Secretary of State for Home Department*. Sull'applicazione delle norme in tema di ricongiungimento familiare, la Corte di giustizia ha assunto un orientamento sempre maggiormente progressista, ampliandone, nel tempo, lo spazio applicativo. Per l'evoluzione della giurisprudenza sul punto, si vedano R. PALLADINO, *Il ricongiungimento familiare nell'ordinamento europeo*, Bari, 2012; S. AMADEO, *I diritti fondamentali dei cittadini europei fra garanzie della famiglia e garanzie della libera circolazione*, in A. ANNONI, P. MORI (a cura di), *I diritti delle famiglie migranti fra integrazione e tutela delle diversità*, Torino, 2015, p. 69 e ss.; A. LANG, *Il soggiorno del cittadino*

sposato una cittadina britannica, si trasferiva con lei in Germania per svolgere attività lavorativa subordinata. Dopo due anni di permanenza sul territorio tedesco, i coniugi facevano ritorno nel Regno Unito per esercitarvi un'attività commerciale. In particolare, il signor Singh veniva autorizzato al soggiorno proprio in quanto coniuge di una cittadina britannica. Tuttavia, successivamente, interveniva divorzio tra i due coniugi e il signor Singh vedeva negarsi il rilascio di un permesso di soggiorno permanente e riceveva un decreto di espulsione. Il giudice nazionale, investito del ricorso avverso il diniego del suddetto permesso, chiedeva alla Corte di giustizia di valutare se i diritti di circolazione e di stabilimento, in considerazione nel caso di specie, fossero applicabili anche a fronte di una condotta ("strumentale") come quella realizzata dai soggetti interessati. Orbene, i giudici di Lussemburgo, pur ammettendo che «le possibilità offerte dal Trattato CEE non possono avere l'effetto di consentire alle persone che ne fruiscono di sottrarsi abusivamente all'applicazione delle normative nazionali e di vietare agli Stati membri di adottare i provvedimenti necessari per evitare tali abusi»¹³¹, hanno evidenziato che, «nel caso di specie, non si tratta[va] di un diritto nazionale, ma dei diritti di circolazione e di stabilimento conferiti al cittadino comunitario dagli artt. 48 e 52 del Trattato CEE»¹³². Secondo la Corte, tali diritti non potrebbero produrre appieno i loro effetti «se il suddetto cittadino può essere dissuaso dall'esercitarli dagli ostacoli frapposti, nel suo paese d'origine, all'entrata e al soggiorno del suo coniuge. Per questo motivo, il coniuge di un cittadino comunitario che si sia avvalso di tali diritti deve disporre, quando suo marito (o sua moglie) ritorna nel proprio paese d'origine, almeno degli stessi diritti di entrata e di soggiorno che gli spetterebbero, in forza del diritto comunitario, se suo marito (o sua moglie) scegliesse di entrare e soggiornare in un altro Stato membro»¹³³. La Corte, dunque, ha ricondotto il quesito pregiudiziale ad una questione di stretta interpretazione delle norme comunitarie che riconoscono il diritto circolazione e soggiorno nel territorio

dell'Unione europea in Italia, Milano, 2017, p. 72 e ss.; S. MARINAI, *La protezione giuridica della famiglia migrante*, in A. M. CALAMIA, M. GESTRI, M. DI FILIPPO, S. MARINAI, F. CASOLARI, *Lineamenti di diritto internazionale ed europeo delle migrazioni*, Milano, 2021, p. 359 e ss.

¹³¹ Corte di giustizia, *Singh*, cit. punto 24.

¹³² *Ibid.*, punto 23.

¹³³ *Ibidem*.

dell'Unione ai cittadini e ai loro familiari¹³⁴, senza che dare rilievo significativo ai rischi di frode invocati dal governo britannico.

Ed è proprio di questo precedente giurisprudenziale che i ricorrenti nella causa *Akrich*¹³⁵ intendevano avvalersi per poter ottenere l'applicazione delle norme sul ricongiungimento familiare. Un cittadino marocchino, irregolare sul territorio del Regno Unito, sposava una cittadina britannica e, ricevuto un provvedimento di espulsione, chiedeva di essere rinvio in Irlanda, dove la moglie si era recata per motivi di lavoro e dove, a sua volta, trovava occupazione. Dopo sei mesi di lavoro, i due coniugi decidevano di lasciare l'Irlanda, ammettendo di esservi trasferiti al solo scopo di potere reclamare, al ritorno nel Regno Unito, l'applicazione della normativa europea sul ricongiungimento familiare allo straniero, coniugato con la cittadina UE. I giudici della Corte si sono dunque trovati a valutare una situazione artificiosamente costruita, ma nella quale l'esercizio della libera circolazione è stato reale. Per questa ragione, infatti, essi hanno escluso l'operatività del concetto di abuso: secondo la Corte, «i motivi che possono aver spinto un lavoratore di uno Stato membro a cercare lavoro in un altro Stato membro non hanno alcuna rilevanza per quanto riguarda il diritto di ingresso e di soggiorno nel territorio di quest'ultimo Stato, a condizione che il lavoratore eserciti o intenda esercitare un'attività effettiva e genuina [...]. Tali intenzioni non sono pertinenti neppure per valutare la situazione giuridica della coppia al momento del loro ritorno nello Stato membro di cui il lavoratore è cittadino»¹³⁶. In una situazione siffatta, un “abuso” sarebbe invece riscontrabile, ha affermato la Corte, «se ci si avvalessse delle possibilità offerte dal diritto comunitario ai lavoratori migranti e al loro coniuge nell'ambito di matrimoni di comodo contratti al fine di eludere le disposizioni relative all'ingresso ed al soggiorno dei cittadini di paesi terzi»¹³⁷. In sostanza, dunque, la portata del divieto di “abuso di diritto” viene

¹³⁴ Il punto di diritto affermato dalla Corte è il seguente: «La questione pregiudiziale va quindi risolta dichiarando che le disposizioni dell'art. 52 del Trattato CEE e quelle della direttiva 73/148 devono essere interpretate nel senso che esse obbligano uno Stato membro ad autorizzare l'entrata e il soggiorno nel suo territorio del coniuge — indipendentemente dalla sua cittadinanza — del cittadino di tale Stato che si sia recato, con detto coniuge, nel territorio di un altro Stato membro per esercitarvi un'attività subordinata, ai sensi dell'art. 48 del Trattato CEE, e che ritorni a stabilirsi, ai sensi dell'art. 52 del Trattato CEE, nel territorio dello Stato di cui ha la cittadinanza. Il coniuge deve godere quantomeno degli stessi diritti che gli spetterebbero, in forza del diritto comunitario, se suo marito (o sua moglie) entrasse e soggiornasse nel territorio di un altro Stato membro» (cfr. Corte di giustizia, *Singh*, cit. punto 25).

¹³⁵ Corte di giustizia, sentenza del 22 settembre 2003, causa C-109/01, *Akrich*.

¹³⁶ Corte di giustizia, *Akrich*, cit., punti 55-56.

¹³⁷ *Ibid.*, punto 57.

limitata al caso dei matrimoni di convenienza, mentre, negli altri casi, il principio di abuso viene ridotto ad un termine utile a descrivere alcuni scenari di fatto, senza però che gli venga attribuito un significato giuridico indipendente¹³⁸.

Un altro esempio della tecnica argomentativa di cui si sta dando conto¹³⁹ si rinviene, poi, nella sentenza resa nella causa *O. e B.*¹⁴⁰. *O.*, cittadino nigeriano, sposato con una cittadina olandese, dopo aver abitato con la moglie in Spagna per circa quattro anni, al rientro di quest'ultima nei Paesi Bassi, decideva di raggiungerla, domandando un permesso di soggiorno alle autorità olandesi in qualità di familiare di cittadino UE. *B.*, invece, cittadino marocchino, dopo essere stato detenuto in Belgio per aver fatto ingresso nello Stato con un passaporto falso, si sposava con la compagna, una cittadina olandese, ma tornava per un periodo in Marocco. Successivamente, decideva di recarsi nei Paesi Bassi per raggiungere la moglie. Ad entrambi i soggetti, tuttavia, le autorità olandesi negavano il riconoscimento del permesso di soggiorno e il giudice del rinvio si interrogava in merito alla compatibilità di un siffatto rifiuto rispetto alla direttiva 2004/38 e all'articolo 21 TFUE. Orbene, la Corte di giustizia, chiamata ad esaminare la questione in sede di rinvio pregiudiziale, si è preoccupata di sottolineare che «le condizioni per la concessione di un diritto di soggiorno derivato al cittadino di un paese terzo, familiare del menzionato cittadino dell'Unione, nello Stato membro d'origine di quest'ultimo non dovrebbero, in via di principio, essere più severe di quelle previste [dall'articolo 7 della direttiva 2004/38] per la concessione di un diritto di soggiorno derivato al cittadino di un paese terzo, familiare di un cittadino dell'Unione, che si è avvalso del proprio diritto di libera circolazione stabilendosi in uno Stato membro diverso da quello di cui possiede la cittadinanza»¹⁴¹. In particolare, l'elemento che fa sorgere un diritto di soggiorno derivato (ex articolo 21 TFUE) per il cittadino di un paese terzo con cui un cittadino dell'Unione abbia condotto una vita familiare in uno Stato membro ospitante, al ritorno del cittadino

¹³⁸ In questi termini, si veda K. S. ZIEGLER, *'Abuse of Law' in the Context of the Free Movement of Workers*, cit., pp. 306-307.

¹³⁹ Si evidenzia, peraltro, la continuità sussistente nell'approccio della Corte di giustizia rispetto al tema dell'abuso anche a seguito dell'adozione della direttiva 2004/38/CE, che contiene una specifica definizione di "abuso di diritto". L'articolo 35 sancisce che «[g]li Stati membri possono adottare le misure necessarie per rifiutare, estinguere o revocare un diritto conferito dalla presente direttiva, in caso di abuso di diritto o frode, quale ad esempio un matrimonio fittizio. Qualsiasi misura di questo tipo è proporzionata ed è soggetta alle garanzie procedurali previste agli articoli 30 e 31».

¹⁴⁰ Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 12 marzo 2014, causa C-456/12, *O. e B.*

¹⁴¹ *Ibid.*, punto 61.

europeo nello Stato membro di cittadinanza, è «il soggiorno effettivo, nello Stato membro ospitante del cittadino dell'Unione e del familiare, cittadino di un paese terzo»¹⁴². Diversamente, l'efficacia pratica dell'articolo 21, par. 1, TFUE – che richiede che il cittadino dell'Unione possa proseguire, al ritorno nello Stato di cittadinanza, la vita familiare costruita e condotta nello Stato ospitante –, verrebbe frustrata. Anche in questo caso, dunque, i giudici europei, pur ammettendo che «l'applicazione delle norme del diritto dell'Unione non può estendersi fino alla tutela di pratiche abusive»¹⁴³ (e citando, in tal senso, l'*abusive test* formulato nella sentenza *Emsland-Stärke*), preferiscono non fare applicazione del principio del divieto di abuso di diritto. L'unico elemento che viene preso in considerazione è l'effettività del soggiorno dei soggetti coinvolti nello Stato membro ospitante, unitamente alla sussistenza di un nucleo familiare, che si sia formato o nello Stato di origine prima del trasferimento, ovvero nello Stato ospitante. Se queste condizioni sussistono, il cittadino UE, tornato nello Stato di cittadinanza, dopo aver soggiornato in Paese membro diverso, ha diritto di portarsi con sé la propria famiglia.

2.2. Alcune considerazioni

Nella giurisprudenza richiamata, il principio di divieto di pratiche abusive, per come altrove configurato dalla Corte di giustizia, sembrerebbe avere una rilevanza operativa pressoché nulla. I casi analizzati sono esemplificativi di un diverso approccio dei giudici di Lussemburgo alla questione della lotta contro le pratiche abusive, che risulta essenzialmente risolta attraverso la definizione della portata dei diritti di cui si lamenta l'abuso. Da un lato, se si concepisce in modo molto ampio una determinata libertà riconosciuta dai Trattati, viene conseguentemente ridotta la rilevanza normativa di un suo possibile abuso, dal momento che le potenziali pratiche abusive finiscono per essere ricomprese nell'ambito applicativo di quel diritto e, quindi, finiscono per essere consentite. Dall'altro lato, l'interpretazione restrittiva dell'ambito applicativo di un determinato diritto implica che certe condotte, che potrebbero effettivamente essere qualificate come “abusive”, non vengano qualificate tuttavia come tali, in quanto, di per sé, non possono essere considerate come rientranti nell'alveo applicativo di quel diritto.

¹⁴² *Ibid.*, punto 56.

¹⁴³ *Ibid.*, punto 58.

In definitiva, l'urgenza di assicurare il riconoscimento effettivo delle libertà previste dal Trattato finisce per prevalere rispetto a considerazioni concernenti le intenzioni dei soggetti di volta in volta presi in considerazione. In questo modo, si predilige la tutela effettiva dei diritti previsti dall'ordinamento UE, senza che, di regola, debbano entrare in gioco valutazioni inerenti alle circostanze in presenza delle quali un soggetto abbia acquisito le condizioni necessarie per beneficiare di quegli stessi diritti¹⁴⁴. Il concetto di "abuso", di conseguenza, finisce per fondersi con le condizioni poste dalla normativa europea nell'ottica del riconoscimento della libertà di circolazione, assumendo più che altro valore descrittivo rispetto ad una determinata situazione fattuale, piuttosto che rilevanza come un vero e proprio principio giuridico. Tale impostazione, peraltro, pare essere confermata, *a contrario*, dal fatto che il legislatore europeo, dove lo ha ritenuto essenziale, ha prediletto un approccio volto ad individuare deroghe specifiche all'applicazione di una determinata disciplina ed è intervenuto delineando casi specifici di elusione o pratiche abusive.

¹⁴⁴ A. ADINOLFI, *La nozione di "abuso di diritto" nell'ordinamento dell'Unione europea*, cit., p. 341. L'A. ricollega l'impostazione emergente dalla casistica giurisprudenziale relativa all'applicazione delle libertà previste dai Trattati al principio del primato, che rappresenterebbe il fondamento della scelta della Corte di ammettere solo entro limiti molto rigorosi la possibilità per uno Stato membro di disapplicare una norma dell'Unione a motivo di un uso abusivo da questo conferito. Sul rapporto tra abuso di diritto e principio del primato, vendono altresì richiamate le conclusioni dell'Avvocato generale Giuseppe Tesauro nella causa C-367/96, *Kefalas*, in cui si precisa, al punto 17, che «una norma nazionale non può trovare applicazione qualora modifichi la portata della disposizione comunitaria di cui si tratta, vale a dire qualora ne pregiudichi la piena efficacia e l'applicazione uniforme: in definitiva, qualora sia tale da mettere in scacco il primato del diritto comunitario».

CONCLUSIONI

ALLA RICERCA DELLE RAGIONI DI UN APPROCCIO DIVERSIFICATO

Preso atto di quanto sino ad ora esposto, appare necessario interrogarsi in merito alle ragioni per cui la Corte di giustizia ha qualificato l'assimilazione tra il carattere abusivo della condotta e la mancanza dei presupposti oggettivi di operatività di una determinata disposizione in termini di applicazione del principio generale di abuso di diritto solamente in specifici settori dell'ordinamento europeo – tendenzialmente, in materia di PAC e di fiscalità –, mentre in altri ambiti dell'ordinamento dell'Unione, ha concentrato la propria attenzione sulla necessità di attribuire la corretta interpretazione alla normativa asseritamente abusata, al fine di valutare se la condotta oggetto di contestazione rientrasse o meno nell'ambito applicativo della suddetta.

Per poter ragionare in merito a siffatta distinzione, occorre innanzitutto partire dalla constatazione relativa alle peculiarità che caratterizzano le condotte abusive nell'ambito dei diversi settori dell'ordinamento. Rifacendosi alla modalità di classificazione della casistica giurisprudenziale in tema di abuso fondata sulla tipologia di condotta posta in essere, è possibile appurare come la maggior parte delle situazioni riconducibili alle ipotesi di “sfruttamento” del diritto dell'Unione come strumento di elusione del diritto nazionale (al fine di rendere applicabile la normativa disposta da un diverso ordinamento nazionale, considerato maggiormente favorevole) abbiano condotto la giurisprudenza a non applicare la categoria dell'abuso, inteso come principio generale. Come si ha avuto modo di considerare anche in precedenza, in suddetti casi, i giudici di Lussemburgo sono risultati piuttosto restii a ricostruire – almeno in via di principio – le fattispecie di volta in volta esaminate in termini di “abusività”, dimostrando, in ogni caso, una scarsa propensione all'applicazione concreta del correlato divieto. Diversamente, nei casi di vero e proprio abuso di diritto europeo – o, comunque, di disposizioni nazionali, ma attuative della disciplina europea –, è possibile riscontrare la maggior parte delle ipotesi di affermazione dell'operatività del principio generale di divieto di pratiche abusive. Inoltre, un altro dato che merita di essere posto in rilievo concerne il fatto che, a differenza di quanto si può constatare rispetto alla prima categoria di ipotesi di abuso considerata, in cui la costruzione abusiva coinvolge più ordinamenti giuridici distinti, quelli nazionali e quello europeo (in particolare, come evidenziato, laddove sussistano norme di collegamento tra questi, cosicché il titolare del diritto si trova nella condizione di

utilizzare le norme di un ordinamento diverso al posto di quelle dell'ordinamento di appartenenza), nei casi di abuso di diritto dell'Unione si tratta, per lo più, di fattispecie in cui il comportamento abusivo è stato posto in essere nell'ambito di un ordinamento solo, quello dell'Unione europea, appunto¹⁴⁵.

A fronte di tali considerazioni e alla luce della giurisprudenza richiamata, è dunque possibile delineare le seguenti conclusioni.

Nei casi in cui è stata per lo più prospettato l'aggiramento o lo sfruttamento del diritto europeo al fine di eludere la normativa di un dato Stato membro e rendere applicabile quella di uno Stato diverso, perché considerata più favorevole, l'abuso è stato riletto in termini di elemento descrittivo rispetto ad una determinata situazione fattuale (ad esempio, come si è avuto modo di dimostrare con riferimento alla casistica analizzata in tema di libera circolazione delle persone), ovvero come limite che gli Stati possono opporre all'applicazione del diritto dell'Unione (attraverso l'introduzione, legittimata dalla stessa normativa europea di riferimento, di clausole anti-abuso), secondo una prospettiva che potrebbe quasi definirsi "protezionistica". Al contrario, un vero e proprio riconoscimento dell'esistenza della categoria giuridica del divieto di pratiche abusive, in particolare qualificato come principio generale, è riscontrabile soprattutto nell'ambito dei presupposti applicativi delle norme di diritto dell'Unione, o in quelle nazionali di trasposizione di strumenti giuridici di matrice comunque europea. E ciò potrebbe trovare una spiegazione nella stessa *ratio* sottostante all'affermazione del divieto di pratiche abusive come principio generale di diritto dell'Unione: se si riconduce la formulazione di un siffatto principio all'esigenza – avvertita anche dalla maggior parte degli ordinamenti giuridici moderni – di correggere quelle situazioni in cui un comportamento formalmente conforme al diritto sia in realtà sostanzialmente contrario ad esso, ovvero agli obiettivi per cui esso è posto, anche in presenza di fattispecie in cui vengono invocate abusivamente le disposizioni del diritto europeo – ovvero una norma interna posta in attuazione di una direttiva comunitaria – per conseguire agevolazioni in una maniera che contrasta con gli scopi e le finalità di quelle stesse disposizioni, la categoria dell'abuso di

¹⁴⁵ Tale distinzione è stata posta alla base di una diversa ricostruzione tassonomica della casistica giurisprudenziale in tema di abuso, fondata sulla definizione delle condotte abusive come casi di *internal abuse of law* e di *cross-border abuse of law*. Così A. SAYDÉ, *Abuse of EU law and regulation of the internal market*, cit., p. 48.

diritto come principio generale può fungere da salvaguardia al corretto funzionamento del sistema.

In definitiva, appare verosimile che la Corte di giustizia abbia voluto circoscrivere l'operatività dell'abuso di diritto quale principio generale di diritto europeo alle ipotesi in cui lo stesso ordinamento dell'Unione avverta l'esigenza di dettare misure "di autotutela" operanti al suo interno, al fine di evitare che i diritti da esso attribuiti siano esercitati in maniera abusiva, eccessiva o alterata, in un'ottica di completezza ed effettivo funzionamento dell'intero impianto ordinamentale dell'Unione. Quando, però, l'operazione distorsiva posta in essere da un soggetto si avvale di una norma europea, ma mira a creare effetti elusivi di norme nazionali – non potendosi riferire l'abuso al sistema normativo dell'Unione –, la giurisprudenza della Corte ha per lo più riscontrato l'operatività di altri meccanismi anti-elusivi, che consentono ai singoli Stati membri di positivizzare strumenti di "protezione" (come l'adozione di disposizioni con finalità esplicitamente anti-abusiva), ovvero che agiscono sulla definizione dei presupposti applicativi delle stesse norme europee.

Suddette constatazioni potranno rappresentare una sorta di "regola" di carattere generale, ipoteticamente applicabile e verificabile anche nell'ambito dell'analisi del concetto di "abuso di diritto" nel sistema europeo comune di asilo. Sarà pertanto assai rilevante esaminare i comportamenti astrattamente descrivibili secondo la categoria dell'abuso alla luce delle due direttrici classificatorie individuate nel presente capitolo.

CAPITOLO II

IL DIRITTO DI ASILO NEL DIRITTO INTERNAZIONALE

SOMMARIO: 1. Premessa. La definizione del “diritto d’asilo” quale antecedente logico alla riflessione sull’abuso di diritto nell’ambito del sistema europeo comune di asilo. – 2. Brevi cenni sull’origine e l’evoluzione dell’istituto dell’asilo. – 3. L’ermeneutica del diritto di asilo: dalla lettura “statalista”, al riconoscimento della sua natura ancipite. – 4. Il contenuto dell’asilo inteso come «*right of a State to grant asylum*». – 4.1. Gli argomenti a sostegno della lettura statalista. – 5. Il contenuto dell’asilo inteso come «*right of an individual*». – 5.1. Il diritto «*to leave to seek asylum*». – 5.1.1. Le implicazioni del diritto di partire in cerca di asilo. – 5.2. Il principio di *non refoulement*. – 5.2.1. Il non respingimento e il diritto al riconoscimento dell’asilo: due concetti distinti. – 5.3. Il diritto di ammissione sul territorio. – 5.3.1. Gli strumenti che ostacolano l’accesso al territorio. – 5.3.2. La facoltà dello Stato al diniego di accesso al territorio e la sua compatibilità con il principio di non respingimento. – 6. L’asilo come «*right of an individual to be granted asylum*»(?). – 6.1. Il fondamento della teoria “personalista”: l’articolo 18 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea. – 6.2. I limiti della teoria “personalista”: l’inammissibilità dell’asilo come «*right of an individual to be granted asylum*». – CONCLUSIONI. LA LATITUDINE DEL DIRITTO DI ASILO NEL DIRITTO INTERNAZIONALE

1. Premessa. La definizione del “diritto d’asilo” quale antecedente logico alla riflessione sull’abuso di diritto nell’ambito del sistema europeo comune di asilo

Prima di approcciarsi allo studio del concetto di “abuso di diritto” con riferimento al sistema europeo comune di asilo, occorre effettuare una preliminare disamina del concetto di “asilo”, la cui definizione rappresenta un antecedente logico necessario nell’ottica dell’indagine che si intende svolgere.

Una siffatta precisazione si rende essenziale in ragione della complessità che caratterizza tale diritto, tanto da un punto di vista soggettivo, con riferimento all’individuazione del titolare di siffatta posizione giuridica, quanto da un punto di vista oggettivo, rispetto alla definizione del suo contenuto. Come si avrà modo di chiarire, sono diverse le elaborazioni dogmatiche che hanno ricostruito la nozione di “asilo”, facendo leva, alcune, sulla centralità dello Stato, unico titolare del diritto di *concedere* asilo agli individui che dimostrino di soddisfare determinati requisiti preventivamente individuati attraverso una fonte legislativa; altre, invece, sulla possibilità di configurare la titolarità

del diritto d'asilo in capo all'individuo, soggetto legittimato non solamente a *cercare* asilo, ma, secondo alcuni, addirittura, a *vedersi riconoscere* siffatto diritto.

Come è evidente, la differente caratterizzazione del diritto d'asilo quanto al profilo soggettivo determina conseguenze anche in punto di delimitazione del contenuto oggettivo del diritto stesso. In particolare, ammettendo la configurabilità di un diritto d'asilo individuale, è possibile prospettare un contenuto ampio, ricomprendente profili tanto attinenti ad aspetti sostanziali di tutela – come il diritto ad un permesso di soggiorno nello Stato ospitante e il diritto all'accesso a misure di accoglienza da quest'ultimo predisposte –, quanto ad aspetti procedurali – come il diritto alla presentazione della domanda di asilo e il diritto di ricorso avverso un suo eventuale diniego.

In questa prospettiva, l'analisi della nozione di “asilo” non può che prendere le mosse dalla prospettiva del diritto internazionale, contesto nel quale tale diritto ha trovato la sua origine.

2. Brevi cenni sull'origine e l'evoluzione dell'istituto dell'asilo

Risulta particolarmente arduo individuare una definizione unitaria del concetto di “asilo”¹, non esistendo alcun trattato internazionale che ne delinei limiti e contenuto. Questa complessità definitoria risiede, soprattutto, nella natura ambivalente che caratterizza tale istituto, il quale si articola in due situazioni giuridiche distinte, ma, nel contempo, strettamente correlate: quella che corrisponde al diritto di asilo, di cui è titolare chi richiede e beneficia della protezione, e quella configurata dalla prerogativa di asilo, di cui lo Stato dispone discrezionalmente concedendo o negando la protezione².

¹ La letteratura sul punto è molto ampia. Si vedano, *ex multis*, E. REALE, *Le droit d'asile*. in *Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye*, Vol. 63, 1938; F. MORGENSTERN, *The Right of Asylum*, in *British Yearbook of International Law*, Vol. 26, 1949, pp. 327-357; S. P. SINHA, *Asylum and International Law*, Leiden, 1971; R. BOED, *The State of the Right of Asylum in International Law*, in *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol. 5, n. 1, 1994, pp. 1-34; D. ALLAND, C. TEITGEN-COLLY, *Traité du droit de l'asile*, Paris, 2002; F. CREPEAU, *Droit d'asile: de l'hospitalité au controles migratoires*, Brussels, 1995; J.-Y. CARLIER, *Droit d'asile et des réfugiés De la protection aux droits*, in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, Vol. 332, 2008; W. T. WORSTER, *The Contemporary International Law Status of the Right to Receive Asylum*, in *International Journal of Refugee Law*, 2014, p. 477 e ss.; M. T. GIL-BAZO, *Asylum as a General Principle of International Law*, in *International Journal of Refugee Law*, 2015, p. 3 e ss.

² V. U. GROZIO, *De jure belli ac pacis libri tres*, Lausanne, 1752. Dall'analisi dell'A. traspare l'ambiguità tipica dell'istituto in esame. Infatti, se, da un lato, in virtù della centralità attribuita alla posizione

Tale contrapposizione risale al diritto greco³, nel quale si distingueva tra un concetto di “asilo”⁴ inteso come luogo sacro in cui veniva assicurata l’immunità e l’inviolabilità a chiunque vi si fosse rifugiato (ἄσυλον)⁵, dall’ἀσυλία, ossia i privilegi personali, concessi ad individui, stranieri o cittadini di città alleate, che avessero particolari meriti o godessero di pubblica considerazione, a garanzia della loro libertà personale e della difesa dei loro diritti privati⁶. Si trattava di istituti comunque circoscritti nell’ambito di limiti definiti, tanto con riferimento all’individuazione dei luoghi considerati inviolabili⁷, quanto con riferimento agli aventi diritto⁸.

Dall’ἄσυλον greco si è poi sviluppato il concetto di “asilo religioso” (o ecclesiastico)⁹, affermatosi nel Medioevo e rispettato sino all’avvento dell’età Moderna, quando il consolidamento del potere di governo degli Stati sovrani ed indipendenti ha condotto al ridimensionamento dell’istituto, attraverso la firma di trattati o accordi frutto di

dell’individuo nel diritto internazionale, l’asilo viene inserito nel novero dei diritti naturali spettanti a tutti gli uomini in quanto tali, dall’altro, in direzione opposta, il linguaggio usato da Grozio per delinearne le prerogative allude non ai diritti dei soggetti cui la tutela è riservata, quanto piuttosto ai doveri cui lo Stato è tenuto ad orientare la sua azione nell’ambito della protezione dei rifugiati come nella prassi relativa alla loro eventuale estradizione.

³ Sulla distinzione terminologica di cui si è dato conto, si veda U.E. PAOLI, *Asilia*, voce in *Novissimo Digesto Italiano*, Vol. I, Torino, 1958, p. 1035 e ss.; G. CRIFÒ, *Asilo (diritto di) (diritti antichi)*, voce in *Enciclopedia del diritto*, Vol. III, Milano, 1958, p. 191 ss.; F. A. CAPPELLETTI, *Dalla legge di Dio alla legge dello Stato. Per una storia del diritto di asilo*, in B. M. BILOTTA, F. A. CAPPELLETTI (a cura di), *Il diritto di asilo*, Padova, 2006, p. 6.

⁴ Gli storici del diritto fanno risalire la nascita dell’idea di concedere asilo agli stranieri al II millennio a.C., quando in Oriente sorsero le prime forme di organizzazione sociale, dotate di un territorio e rette da un’autorità. Cfr. F. LERENZINI, *Asilo e diritti umani. L’evoluzione del diritto di asilo nel diritto internazionale*, Milano, 2009, p. 22.

⁵ Cfr. F. CREPEAU, *Droit d’asile. De l’hospitalité aux contrôles migratoires*, cit., p. 29.

⁶ I privilegi di *asilia* venivano concessi sulla base di trattati stipulati tra *poleis*, che rinunciavano ad esercitare il diritto di rappresaglia nei confronti della città contraente, favorendo l’attribuzione di un complesso di garanzie ai cittadini stranieri presenti sul loro territorio, salva la facoltà di revoca in caso di guerra, o nel caso in cui una delle due *poleis* si fosse alleata con una città in guerra con quella con la quale aveva stipulato l’accordo. La loro estensione era limitata temporalmente, e non secondo criteri spaziali. Cfr. F. MASTROMARINO, *L’asilo nella società e nella cultura greco-antica*, in *L’Acropoli*, n. 2/2009, p. 173-174.

⁷ Nella maggior parte dei casi, l’accesso all’interno di un generico luogo di culto dava diritto semplicemente all’ottenimento dell’ἴχρεια, descritta come una sorta di immunità temporanea e provvisoria, che consentiva al soggetto di accedere al rito della supplica, per poi aspirare ad una protezione più duratura. Cfr. U.E. PAOLI, *Asilia*, cit., p. 1035.

⁸ La protezione derivante dal riconoscimento dell’ἀσυλία veniva garantita solamente a chi era stato costretto a fuggire per motivi politici. Cfr. G. VISMARA, *Asilo (diritto di) (diritto intermedio)*, voce in *Enciclopedia del diritto*, Vol. III, Milano, 1958, p. 198 ss.

⁹ Per un approfondimento sul concetto di “asilo religioso”, si veda E. REALE, *Le droit d’asile*, cit., pp. 473-493.

compromesso tra potere temporale e religioso¹⁰. L'asilo ecclesiastico indicava una forma di protezione concessa dalla Chiesa, quale forma di rimedio ad un errore commesso da un essere umano, che, in quanto tale, è per definizione debole e fallibile. In particolare, la concessione dell'asilo ecclesiastico rappresentava la necessità avvertita dal potere religioso di affermare la preminenza riconosciuta alla misericordia divina, rispetto alla giustizia terrena, che consentiva, seppur con alcuni limiti ed esclusioni riconducibile alla particolare gravità dei reati compiuti, la possibilità di porre rimedio agli errori commessi.

È invece con la nascita degli Stati nazionali e con il parallelo sviluppo delle nozioni di sovranità territoriale e giurisdizione¹¹, che l'asilo ha iniziato ad assumere i connotati di un istituto di natura prettamente politica. Nello specifico, esso ha acquisito la forma di una protezione (permanente o temporanea), accordata da un monarca entro la propria sfera territoriale e nell'esercizio del proprio potere sovrano¹², ad individui che intendevano sottrarsi a persecuzioni esistenti nel loro Paese di provenienza. Si è parlato, in proposito, di "asilo territoriale" (o di "asilo esterno" o di "asilo sul territorio dello Stato")¹³, da contrapporre, invece, all'istituto dell'asilo "extraterritoriale" (o diplomatico)¹⁴.

¹⁰ Cfr., in questi termini, B. NASCIMBENE, *Asilo e statuto di rifugiato*, in *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, Atti del XXIV Convegno annuale. Cagliari, 16-17 ottobre 2009, Napoli, 2010, p. 281 e ss., in particolare p. 283. L'A. ricorda, quale esempio di asilo religioso, quello ottenuto dal personaggio del romanzo manzoniano *I promessi sposi*, Fra Cristoforo, il quale, resosi responsabile di un omicidio, era stato condotto in un convento di cappuccini, «asilo, come ognuno sa, impenetrabile allora a'birri e a tutto quel complesso di cose e persone, che si chiamava giustizia» (V. A. MANZONI, *I promessi sposi*, 1840, cap. IV).

¹¹ L'evento che viene richiamato dagli studiosi per segnare il passaggio dall'"asilo religioso" all'"asilo politico" è quanto accaduto a seguito della revoca dell'editto di Nantes, con cui Enrico IV di Francia, nel 1598, aveva concesso libertà di culto agli ugonotti (calvinisti) francesi, per porre fine alle guerre di religione. Infatti, quando Luigi XIV adottò l'editto di Fontainebleau, nel 1685, gli ugonotti francesi, non più liberi di professare la propria religione, furono costretti a fuggire e a trovare rifugio in altri territori. In particolare, essi vennero ammessi sui territori del Marchese di Brandeburgo, il quale, con l'editto di Postdam, autorizzò gli ugonotti a stabilirvisi. V., per tutti, E. REALE, *Le droit d'asile*, cit., pp. 506-507.

¹² Si veda, a titolo esemplificativo, quanto previsto nella Costituzione francese del 1973, che, al suo articolo 120, stabiliva il dovere per la Repubblica francese di riconoscere «asile aux étrangers bannis de leur patrie pour la cause de la liberté. Il le refuse aux tyrans».

¹³ Per un'analisi dell'evoluzione di tale concetto, si veda E. REALE, *Le droit d'asile*, cit., pp. 494-510. L'A. chiarisce come, solo al momento della caduta dell'Impero Romano ha potuto avere origine l'asilo territoriale. È solo da quel momento, infatti, che «[c]haque souverain alors donna asile à l'étranger qui se réfugiait sur le territoire dépendant de sa souveraineté, et cet étranger, poursuivi ou banni, y trouva protection par le seul fait d'en avoir touché le sol» (p. 495).

¹⁴ Come sottolineato da B. NASCIMBENE, *Asilo e statuto di rifugiato*, cit., p. 286, «entrambi gli istituti si sono affermati come situazioni di fatto, caratterizzate, da un lato, dall'inviolabilità del territorio (in generale) dello Stato, dall'altro lato dall'inviolabilità del luogo (specifico) in cui opera l'agente dello Stato

Quest'ultima accezione del concetto di asilo indica una forma di protezione riconosciuta da uno Stato al di fuori del proprio territorio nelle sedi delle proprie rappresentanze diplomatiche estere, ambasciate e/o consolati¹⁵. Essa, ammettendo che uno Stato eserciti eccezionalmente la propria autorità nello spazio di sovranità di un altro Stato, è il risultato di una limitazione del principio di sovranità territoriale statale, ammissibile esclusivamente in virtù di un accordo internazionale, ovvero nelle ipotesi in cui si sia formata una norma che obblighi lo Stato territoriale a tollerare una condotta di un certo genere da parte di agenti statali esteri ammessi a soggiornare nella sfera spaziale soggetta alla sua sovranità¹⁶.

straniero ovvero (e con maggior frequenza nella prassi) dall'inviolabilità dei locali della missione diplomatica». La differenza tra i due concetti, dunque, può essere quindi ricollegata ai diversi destinatari della protezione concessa nell'uno e nell'altro caso: se l'asilo territoriale è rivolto alle persone in fuga da situazioni esistenti nello Stato di provenienza, l'asilo extraterritoriale riguarda coloro che intendano sottrarsi dalla sovranità locale. L'A. ricorda altresì come l'asilo diplomatico, come anche l'asilo territoriale, abbia subito un'evoluzione per effetto, soprattutto, della tutela internazionale dei diritti dell'uomo, precisando come esso possa assumere rilevanza «qualora i diritti fondamentali della persona vengano violati all'interno di uno Stato, a causa di moti, violenze, guerra civile, rivoluzione, e la persona non possa far altro che rifugiarsi nei luoghi (locali) in cui un altro Stato esercita la sovranità» (p. 284).

¹⁵ M. GIULIANO, *Asilo (diritto di) (dir. intern.)*, voce in *Enciclopedia del diritto*, Vol. II, Milano, 1958, pp. 204, 209 e ss. In senso più ampio, esso può altresì ricomprendere l'asilo concesso a bordo di navi nelle acque territoriali di un altro Stato, a bordo di aeromobili, o nel contesto di strutture militari o para-militari in territorio straniero.

¹⁶ Si veda in proposito il caso *Haya de la Torre*, deciso dalla Corte internazionale di giustizia nel 1950, relativo alla controversia insorta tra Perù e Colombia, con riferimento alla decisione di quest'ultima di concedere asilo diplomatico, il 3 gennaio 1949, nell'ambasciata colombiana di Lima, a un cittadino peruviano, il signor Victor Raúl Haya de la Torre, un politico accusato di aver provocato una ribellione militare. Tale decisione era stata adottata in forza di quanto previsto dalla Convenzione Panamericana dell'Avana sull'asilo del 1928, la quale prevede che, a certe condizioni, l'asilo possa essere concesso nelle ambasciate straniere a un rifugiato politico che sia cittadino dello Stato territoriale. In particolare, si discuteva circa il diritto della Colombia, in quanto Stato concedente l'asilo, di qualificare unilateralmente, in modo vincolante per lo Stato territoriale, la natura del reato commesso dal rifugiato, cioè di determinare se il reato fosse politico o di diritto comune. Inoltre, la Corte è stata chiamata a decidere se lo Stato territoriale fosse obbligato o meno a concedere le garanzie necessarie per permettere al rifugiato di lasciare il paese in sicurezza. Nella sentenza del 20 novembre 1950, la Corte internazionale di giustizia ha negato l'esistenza di una consuetudine regionale circa il riconoscimento dell'asilo diplomatico a favore di chi si sia reso colpevole di un reato qualificato unilateralmente come politico, dal momento che lo Stato che l'ha invocata (il governo della Colombia) non si è dimostrato in grado di provarne l'esistenza. I giudici hanno altresì evidenziato che ogni Stato ha la piena competenza a concedere o negare l'asilo all'interno della propria giurisdizione, trattandosi di una facoltà strettamente connessa con il principio di sovranità territoriale. Quindi, la decisione di non concedere l'asilo non costituisce una deroga al principio di sovranità, ma, al contrario, rappresenta la sua massima espressione. In tale pronuncia, peraltro, viene chiaramente delineata la differenza tra "asilo territoriale" ed "asilo extraterritoriale". Nel primo caso, si è in presenza di «une protection contre l'application régulière des lois et la juridiction des tribunaux légalement constitués». Nel secondo caso, invece, si tratta di «une mesure provisoire en vue de la protection

Invero, anche l'asilo territoriale, proprio in quanto «mera manifestazione della piena ed assoluta libertà spettante, in linea di principio, ad ogni membro della comunità internazionale entro il proprio territorio, rispetto a tutte le persone che nel medesimo si trovino o richiedano di essere ammesse»¹⁷, può assumere rilevanza dal punto di vista dell'ordinamento giuridico internazionale, solamente nella misura in cui esistono norme di diritto internazionale che stabiliscono limiti a siffatta libertà. Occorrono, infatti, disposizioni in grado di circoscrivere la discrezionalità dello Stato territoriale e che rendano così configurabile una sua responsabilità sul piano internazionale. Ed è in questa prospettiva che devono essere letti gli accordi internazionali volti ad imporre (o quanto meno favorire) il riconoscimento del diritto di asilo da parte dello Stato in cui esso viene richiesto (v., in proposito, *infra* § 4); gli accordi di estradizione¹⁸, quali forme di cooperazione giudiziaria in materia penale, volte a perseguire autori di reati particolarmente gravi, anche qualora questi fossero fuggiti all'estero per alla giurisdizione dello Stato in cui la fattispecie criminosa è stata commessa; e da ultimo, in senso antitetico rispetto al meccanismo dell'extradizione, il limite rappresentato dal divieto di *non refoulement* (v. *infra* § 5.2), il quale, imponendo allo Stato di non espellere o estradare¹⁹

temporaire des criminels politiques. Même régulièrement accordé, il ne saurait se prolonger indéfiniment mais doit prendre fin aussitôt que possible. Selon l'article 2, paragraphe 2 [de la Convention de La Havane de 1928 relative à l'asile], il ne pourra être accordé que "pour le temps strictement indispensable pour que le réfugié se mette en sûreté d'une autre manière"».

¹⁷ M. GIULIANO, *Asilo (diritto di) (dir. intern.)*, cit., p. 205.

¹⁸ L'extradizione è in una forma di cooperazione giudiziaria tra due o più Paesi, consistente nella consegna da parte di uno Stato ad un altro Stato di un individuo accusato o condannato, al fine della sua sottoposizione a processo, o all'esecuzione della pena a lui irrogata. Così, espressamente, R. QUADRI, *Estradizione (dir. intern.)*, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. XVI, 1967, p. 5. Per un approfondimento sul tema, si veda R. QUADRI, *Estradizione (dir. intern.)*, cit.; N. PARISI, *Estradizione e diritti dell'uomo. Fra diritto internazionale convenzionale e generale*, Milano, 1993; F. SALERNO (a cura di), *Diritti dell'uomo, estradizione ed espulsione*, Padova, 2003; M. LUGATO, *Trattati di estradizione e norme internazionali sui diritti umani*, Torino, 2006.

¹⁹ Sebbene l'articolo 33, par. 1 della Convenzione del 1951 non vi faccia riferimento esplicito, il principio di *non refoulement* deve essere considerato pienamente applicabile all'extradizione, che risulta contemplata dalla frase «espellere o respingere in nessun modo». V., in tal senso, E. LAUTERPACHT, D. BETHLEHEM, *The scope and content of the principle of non-refoulement: Opinion*, in E. FELLER, V. TÜRK, F. NICHOLSON (eds.), *Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection*, Cambridge, 2003, p. 87 e ss. Si veda poi G. S. GOODWIN-GILL, *Non-refoulement and The New Asylum Seekers*, in *Virginia Journal of International Law*, 1986, p. 897 e ss., in particolare p. 901: «the duty of non-refoulement extends beyond expulsion and return and applies to measures such as rejection at the frontier and even extradition». Inoltre, sono gli stessi accordi internazionali che disciplinano l'extradizione a sancire espressamente l'impossibilità che le disposizioni relative all'extradizione rechino pregiudizio al riconoscimento del diritto d'asilo, così come molti Stati hanno introdotto nella legislazione

un individuo verso un territorio in cui possa correre un rischio per la propria vita e la propria incolumità, pone un limite (indiretto) alla libertà dello Stato di concedere o meno asilo sul proprio territorio a tali soggetti²⁰.

3. L'ermeneutica del diritto di asilo: dalla lettura "statalista", al riconoscimento della sua natura ancipite

Alla luce del processo evolutivo che ha portato alla nascita dell'asilo territoriale quale espressione della sovranità di ogni Stato sul proprio territorio, la dottrina, almeno fino alla prima metà del ventesimo secolo, ha unanimemente concepito il diritto di asilo come la facoltà riconosciuta a ciascuno Stato di decidere liberamente di concedere protezione all'interno del proprio ambito di giurisdizione²¹. Pur ammettendo che norme di diritto internazionale potessero imporre limiti a tale potere decisionale dello Stato, l'asilo, dal punto di vista dell'individuo, continuava ad essere considerato come «a privilege freely granted or refused, not a matter of right»²². Si sottolineava, in particolare, l'assenza nel diritto internazionale di una norma che consentisse di affermare o un diritto soggettivo

nazionale disposizioni che impediscono l'extradizione dei rifugiati. Si pensi all'articolo della Convenzione interamericana sull'extradizione del 1981 e alla Dichiarazione congiunta sul diritto d'asilo allegata alla Convenzione relativa all'extradizione fra Stati membri dell'Unione Europea del 1996, nella quale si prevede che «la presente convenzione lascia impregiudicati il diritto d'asilo riconosciuto dalle rispettive costituzioni nonché l'applicazione, da parte degli Stati membri, delle disposizioni della convenzione relativa allo statuto dei rifugiati, del 28 luglio 1951, completata dalla convenzione relativa allo status degli apolidi, del 28 settembre 1954 e dal protocollo relativo allo statuto dei rifugiati, del 31 gennaio 1967». Si consideri, tuttavia, che le uniche circostanze in presenza delle quali è ammissibile una deroga al principio di *non refoulement* a fronte di una richiesta di estradizione di un soggetto che astrattamente integra i requisiti previsti dall'articolo 1, lett. A) della Convenzione di Ginevra coincidono con i casi contemplati dall'articolo 33, par. 2 della Convenzione del 1951. L'extradizione potrebbe dunque essere accordata qualora esistano motivi ragionevoli per considerare la persona in questione come un pericolo per la sicurezza del paese cui è stata richiesta l'extradizione, o se questa, essendo stata dichiarata colpevole da un giudizio definitivo di un crimine particolarmente grave, costituisce un pericolo per la sua società. L'applicazione dell'articolo 33, par. 2, tuttavia, non comporta la perdita dello status di rifugiato.

²⁰ Si veda, sul punto, B. M. BILOTTA, F. A. CAPPELLETTI, *Il diritto d'asilo*, Padova, 2006, pp. 35-39.

²¹ Cfr. F. MORGENSTERN, *The Right of Asylum*, in *British Yearbook of International Law*, cit., p. 335; P. WEIS, *Legal Aspects of the Convention of 25 July 1951 Relating to the Status of Refugees*, in *British Yearbook of International Law*, 1953, pp. 478 e 481; G.S. GOODWIN-GILL, *The Refugee in International Law*, Oxford, 1983; M. KJAERUM, *Article 14*, in A. EIDE, T. SWINEHART ET A. (eds), *The Universal Declaration of Human Rights: A Commentary*, Oslo, 1993, p. 217 e ss.

²² Cfr. H. LAUTERPACHT, L. OPPENHEIM, *International Law*, 8th edition, London, 1955, par. 316. Si veda anche H. J. SIMPSON, *The refugee problem*, in *International Affairs (Royal Institute of International Affairs 1931-1939)*, 1939, pp. 253-254.

degli individui a vedersi garantire tale diritto, ovvero, specularmente, un obbligo in capo agli Stati di concederlo.

In questo contesto, invero, a fronte del forte incremento di flussi migratori che, a seguito dei due grandi conflitti mondiali, hanno visto milioni di individui lasciare il proprio Paese d'origine per cercare rifugio in luoghi più sicuri, le due principali organizzazioni internazionali – la Società delle Nazioni, prima (1920-1945), e la l'Organizzazione delle Nazioni Unite, poi (dal 1946) – hanno cercato di incentivare gli Stati interessarti a concludere accordi internazionali, al fine di assicurare alle persone in movimento una maggiore assistenza materiale e una più efficace tutela giuridica²³. Così la problematica relativa alla tutela internazionale dei diritti dell'uomo ha condotto la Comunità internazionale ad elaborare una diversa lettura del diritto d'asilo, non più concepito come mera prerogativa statale, ma visto altresì secondo una prospettiva prettamente individuale²⁴.

Tale mutamento di prospettiva, in particolare, è stato incentivato da due fattori principali: *i)* lo sviluppo del quadro giuridico internazionale a tutela dei rifugiati e il rafforzamento del principio di *non refoulement*; *ii)* la caratterizzazione individuale del diritto d'asilo elaborata da alcuni accordi regionali e dalle tradizioni costituzionali dei diversi Stati.

i) Il diritto internazionale a tutela dei rifugiati

Il primo elemento che ha incentivato un mutamento nell'interpretazione del concetto di asilo è certamente lo sviluppo del diritto umanitario con riferimento al trattamento dello

²³ *Ibid.*, pp. 31-32.

²⁴ F. MORRONE, *L'asilo nel diritto internazionale*, in B. M. BILOTTA, F. A. CAPPELLETTI (a cura di), *Il diritto di asilo*, Padova, 2006, p. 46.

straniero²⁵, e, in particolare, la crescita, sia in termini quantitativi, che qualitativi, del quadro giuridico in tema di tutela dei rifugiati²⁶.

In questa prospettiva, lo strumento giuridico che, più di tutti, ha giocato un ruolo fondamentale nell'incentivare un mutamento di prospettiva per ciò che concerne l'interpretazione della natura del diritto d'asilo è stata la Convenzione relativa allo status dei rifugiati, firmata a Ginevra il 28 luglio del 1951 ed entrata in vigore il 22 aprile 1954²⁷, e le sue successive integrazioni (la più significativa delle quali è certamente costituita dal Protocollo relativo allo status di rifugiato, adottato a New York il 31 gennaio 1967). Quest'ultima, infatti, pur limitandosi ad imporre agli Stati parte della Convenzione il riconoscimento di uno *status* di protezione ai rifugiati e non avendo quindi inserito il diritto d'asilo tra le sue disposizioni²⁸, ha contribuito in modo determinante a collocare l'istituto dell'asilo nel quadro giuridico dei diritti umani.

²⁵ Non avendosi la pretesa di ripercorrere in maniera sistematica l'intera evoluzione del trattamento dello straniero, soprattutto con riferimento al diritto umanitario, si rimanda agli studi che hanno diffusamente affrontato questo tema e, tra essi, in particolare: B. NASCIMBENE, *Il trattamento dello straniero nel diritto internazionale ed europeo*, Milano, 1984; C. TIBURCIO, *The Human Rights of Aliens under International and Comparative Law*, The Hague-Boston, 2001; T. A. ALEINIKOFF, V. CHETAIL (eds.), *Migration and International Legal Norms*, The Hague, 2003; C. FAVILLI, B. NASCIMBENE, *Straniero (tutela internazionale)*, voce in *Dizionario di diritto pubblico*, VI, Milano, 2006; N. J. BLAKE, *Immigration, Asylum and Human Rights*, Oxford 2015.

²⁶ Per una ricostruzione dell'evoluzione del diritto internazionale a tutela dei rifugiati, si veda: G. S. GOODWIN-GILL, J. MCADAM, *The Refugee in International Law*, 3rd edition, Oxford, 2007; J. C. HATHAWAY, M. FOSTER, *The Law of Refugee Status*, 2nd edition, Cambridge, 2014; M. FOSTER, H. LAMBERT, *International refugee law and the protection of stateless persons*, Oxford, 2019; J. C. HATHAWAY, *The rights of refugees under international law*, 2nd edition, Cambridge, 2021.

²⁷ Al giorno in cui si scrive (febbraio 2023), ne fanno parte 144 Stati, fra cui l'Italia, che ne ha autorizzato la ratifica con la legge n.722 del 1954, anche se ne ha dato concreta attuazione soltanto con l'art. 1 della L. n. 39 del 1990 e con il successivo regolamento attuativo (D.P.R. n. 136 del 1990).

²⁸ Per comprendere la ragioni per cui la Convenzione di Ginevra del 1951 non contiene alcun riferimento all'asilo e non chiarisce la distinzione tra il concetto di rifugio e quello di asilo, si veda G. S. GOODWIN-GILL, *Convention relating to the Status of Refugees, Geneva, 28 July 1951. Protocol relating to the Status of Refugees, New York, 31 January 1967*, in *United Nations Audiovisual Library of International Law*, 2008, p. 1.

In particolare, la Convenzione, nell'introdurre una prima esplicita codificazione a livello internazionale²⁹ del principio di non respingimento³⁰ (v. anche *infra* § 5.2), ha ricompreso tra i soggetti che possono godere di siffatta garanzia sia coloro che possono essere qualificati come "rifugiati" – poiché in possesso di uno dei requisiti ricompresi nella cosiddetta "clausola di inclusione", contenuta nell'art. 1, lett. A), co. 2 della Convenzione in parola (e non rientranti in una delle cause di esclusione³¹) –, sia, i cosiddetti "rifugiati *de facto*"³², ovvero tutti coloro che hanno fatto richiesta di riconoscimento di tale *status*, pur non avendo ancora ottenuto un suo formale riconoscimento³³. La norma, infatti, richiamando la definizione della qualifica di

²⁹ Storicamente, la prima affermazione di un principio di non respingimento può essere rinvenuta nell'ordinamento britannico, nell'Aliens Act del 1905, che aveva previsto un'eccezione alla facoltà di rifiutare l'ingresso di coloro che stessero cercando «to avoid prosecution or punishment on religious or political grounds or for an offence of a political character, or persecution involving danger of imprisonment or danger to life or limb on account of religious belief». A livello internazionale, invece, il primo riferimento al principio di non respingimento dei rifugiati è stato incluso nella Convenzione sullo status internazionale dei rifugiati del 1933. Per un'analisi dell'evoluzione del principio, si veda G. S. GOODWIN-GILL, J. MCADAM, *The Refugee in International Law*, cit. pp. 201-205.

³⁰ Cfr. Articolo 33, par. 1 della Convenzione di Ginevra 1951, secondo il quale: «[n]essuno Stato Contraente espellerà o respingerà, in qualsiasi modo, un rifugiato verso i confini di territori in cui la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate a motivo della sua razza, della sua religione, della sua cittadinanza, della sua appartenenza a un gruppo sociale o delle sue opinioni politiche». La norma è vincolante anche per gli Stati parte del Protocollo del 1967. Infatti, in base all'art. 1, par. 1 del Protocollo del 1967, gli Stati che aderiscono al Protocollo accettano di applicare gli artt. 2-34 della Convenzione del 1951.

³¹ Le c.d. "clausole di cessazione e di esclusione", all'art. 1, sezione C, paragrafi da 1 a 6 e all'art. 32 della Convenzione del 1951, hanno un valore negativo: elencano le circostanze in presenza delle quali un soggetto perde la qualità di rifugiato, ovvero le condizioni in base alle quali un individuo, pur presentando i requisiti citati e rientrando pertanto nella cd. "clausola di inclusione", presenta altresì elementi che ne escludono formalmente l'applicabilità. Rientrano nella "clausola di esclusione" coloro che: stanno ricevendo protezione o assistenza da un'agenzia delle Nazioni Unite diversa dall'UNHCR (primo paragrafo dell'art. 1 lett. d) della Convenzione del 1951); o non hanno bisogno di protezione internazionale perché sono stati riconosciuti dalle autorità di un altro paese nel quale hanno preso residenza e godono dei diritti e degli obblighi derivanti dal possesso della sua nazionalità (art. 1 lett. e) della Convenzione del 1951); o sono considerati non meritevoli di protezione internazionale sulla base di serie ragioni per ritenere che abbiano commesso determinati gravi crimini o atti brutali (art. 1 lett. f) della Convenzione del 1951).

³² Cfr.: Council of Europe Parliamentary Assembly, *Recommendation No. 773 (1976) on the Situation of de facto Refugees*, par. 1, che ne dà la seguente definizione: «[P]ersons not recognized as refugees within the meaning of Article 1 of the [Refugee] Convention [and who are] unable or unwilling for political, racial, religious or other valid reasons to return to their countries of origin».

³³ Si tratta di un'opinione più volte ribadita dallo stesso Comitato Esecutivo dell'UNHCR, che risulta avvalorata dallo stesso tenore letterale dell'articolo 33 della Convenzione. Sul punto, cfr.: E. LAUTERPACHT, D. BETHLEHEM, *The scope and content of the principle of non-refoulement: Opinion*, in E. FELLER, V. TÜRK, F. NICHOLSON (eds.), *op. cit.*, p. 117.

“rifugiato”, fa riferimento a soggetti che *manifestino* un timore fondato di persecuzione, e non, invece, ad individui che abbiano già ottenuto lo status in oggetto.

In questo modo, parte della dottrina ha potuto sostenere che una prima forma di diritto individuale a *vedersi riconoscere l’asilo* fosse desumibile proprio dal divieto di *non refoulement*, applicato nei confronti di quei soggetti che, giunti nel territorio di uno Stato parte della Convenzione di Ginevra, abbiano presentato domanda per il riconoscimento dello *status* di rifugiato³⁴. Secondo questo punto di vista, lo Stato interessato sarebbe tenuto a non respingere (e quindi ad ammettere) l’individuo che dichiara di essere bisognoso di protezione in ragione di un rischio di persecuzione nel suo Paese di provenienza, e, di conseguenza, a riconoscere al medesimo una sorta di “asilo provvisorio”³⁵, consistente nella protezione e nell’assistenza necessaria per poter consentire un esame adeguato della sua situazione personale. Si tratterebbe sì di una protezione strumentale all’espletamento della procedura volta a valutare la sussistenza dei requisiti per riconoscere al soggetto lo *status* di rifugiato, ma assumerebbe, comunque, i tratti di un diritto soggettivo ad una protezione statale – assimilabile, appunto, all’asilo³⁶.

ii) Il diritto pattizio a livello regionale e le tradizioni costituzionali di alcuni Stati

Un altro fattore cui la dottrina ha fatto riferimento per fondare una diversa concezione del diritto di asilo ha riguardato poi la progressiva diffusione di sempre più numerosi strumenti di tutela del diritto d’asilo, tanto a livello internazionale³⁷, quanto a livello

³⁴ D. ALLAND, *Asile*, in D. CARREAU, P. LAGARDE, H. SYNVEY, A. BERNARD, C. BONNAFOUS (sous la direction de), *Encyclopédie juridique, Tome I. Répertoire de droit international*, Paris, 1998, p. 5.

³⁵ In questi termini, si veda J.-Y. CARLIER, *Droit d’asile et des réfugiés: de la protection aux droits*, cit., p. 76 e ss. In particolare, p. 96: «les articles 32 et 33 de la Convention de Genève reconnaissent un certain droit à l’asile provisoire au candidat réfugié qui dépasse la simple protection accordée par l’Etat. Soit le candidat réfugié « se trouve régulièrement » sur le territoire et il ne peut en être expulsé que pour des motifs précis (ordre public et sécurité nationale) et selon une procédure équitable, ce qui lui confère un véritable droit à l’asile provisoire jusqu’à décision sur sa qualité de réfugié qui confirmera ou infirmera ce droit. Soit le candidat réfugié ne se trouve pas régulièrement sur le territoire et il ne peut être refoulé vers les frontières des territoires où sa vie ou sa liberté serait menacée. Dans cette hypothèse, son droit à l’asile provisoire ne découle qu’indirectement, de facto, de l’impossibilité probable de le « confier » à un autre pays. Si une telle possibilité existe, l’Etat n’est pas tenu de lui reconnaître un asile provisoire».

³⁶ In ogni caso, come chiarito dallo stesso Carlier (cfr. *ibid.*, p. 78) «[c]e n’est qu’au-delà, dans l’interprétation qui dépasse l’analyse littérale du texte, qu’un droit à l’asile provisoire peut être dégagé. Il résulte en quelque sorte de l’adage “nécessité fait loi”».

³⁷ Sul punto, cfr. W. T. WORSTER, *The Contemporary International Law Status of the Right to Receive Asylum*, cit., p. 483.

nazionale, che hanno iniziato a concepire esplicitamente l'asilo come il diritto di un individuo di *cercare e ricevere* asilo.

Si pensi, ad esempio, alla Dichiarazione americana sui diritti e i doveri dell'uomo, nella quale è stato esplicitato un diritto «to seek and receive asylum in foreign territory»³⁸; alla Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli, in cui si fa riferimento al diritto «to seek and obtain asylum»³⁹; e alla Convenzione americana sui diritti umani, che all'articolo 22, par. 7 prevede espressamente che «[e]very person has the right to seek and be granted asylum in a foreign territory, in accordance with the legislation of the state and international conventions, in the event he is being pursued for political offenses or related common crimes»⁴⁰.

Parimenti, numerosi Stati hanno cominciato a dotare le proprie Carte costituzionali di previsioni specifiche relative al riconoscimento del diritto d'asilo direttamente in capo ai soggetti⁴¹. In particolare, alcuni Stati europei, che, nel corso degli anni Sessanta e Settanta, avevano introdotto una forma di asilo territoriale nella propria legislazione interna, hanno sviluppato la prassi di far convergere il riconoscimento di una siffatta protezione nazionale, nella concessione della protezione internazionale secondo i termini

³⁸ American Declaration of the rights and duties of man, Bogotà, 2 May 1948. Si veda, in particolare, l'articolo XXVII: «Every person has the right, in case of pursuit not resulting from ordinary crimes, to seek and receive asylum in foreign territory, in accordance with the laws of each country and with international agreements».

³⁹ African Charter on Human and Peoples' Rights, Nairobi, 27 June 1981. Si veda, in particolare, l'articolo 12, paragrafo 3: «Every individual shall have the right, when persecuted, to seek and obtain asylum in other countries in accordance with the laws of those countries and international conventions».

⁴⁰ *American Convention on Human Rights*, San José, 22 novembre 1969. In particolare, l'articolo 22(8) sancisce quanto di seguito: «In no case may an alien be deported or returned to a country, regardless of whether or not it is his country of origin, if in that country his right to life or personal freedom is in danger of being violated because of his race, nationality, religion, social status, or political opinions».

⁴¹ Per una lista dettagliata dei Paesi che hanno adottato una forma di asilo costituzionale, cfr. M. T. GIL-BAZO, *Asylum as a General Principle of International Law*, cit., pp. 23–25. L'A. ha evidenziato come, nonostante le sfumature e le differenze nella formulazione delle varie disposizioni costituzionali, l'asilo sia stato sempre concepito come forma di tutela volta a proteggere valori superiori su cui si fonda lo Stato stesso, valori che si pongono anche al centro del diritto internazionale. Dunque, è stata prospettata la configurabilità dell'asilo come principio generale di diritto, che, in quanto tale, è giuridicamente vincolante quando si tratta di interpretare la natura e la portata degli obblighi degli Stati verso gli individui in cerca di protezione. Si veda altresì H. LAMBERT, F. MESSINEO, P. TIEDEMANN, *Comparative Perspectives of Constitutional Asylum in France, Italy and Germany: Requiescat in Pace?*, in *Refugee Survey Quarterly*, 2008, p. 16 e ss.; e lo studio di M. T. GIL-BAZO, M. B. NOGUEIRA, *Asylum in the practice of Latin American and African States*, Research Paper n. 249 (UNHCR), 2013.

della Convenzione di Ginevra sullo status dei rifugiati⁴². In sostanza, essi hanno iniziato ad assimilare le domande di determinazione dello *status* di rifugiato alle domande di asilo (nazionale), realizzando una sovrapposizione tra le due forme di protezione.

In questo modo, parte della dottrina, pur riconoscendo una distinzione tra la nozione di asilo e lo *status* di rifugiato⁴³, ma non potendo ignorare la strettissima correlazione tra i due concetti⁴⁴, ha iniziato a sostenere l'idea per cui (almeno) a coloro che si qualificano come tali ai sensi della Convenzione dovesse essere sempre concesso asilo. La configurabilità di un *consensus* circa la necessità che (quanto meno) coloro che potessero definirsi rifugiati⁴⁵ avessero un vero e proprio diritto d'asilo⁴⁶.

Orbene, tutti questi elementi hanno rappresentato fattori indispensabili nell'ottica della configurazione di una diversa concezione del diritto d'asilo⁴⁷, che si è posta come complementare rispetto alla visione prettamente "statalista" emersa nel diritto internazionale sopra richiamato. In sostanza, ha iniziato ad emergere l'idea che l'asilo dovesse essere considerato non più una mera prerogativa degli Stati («*right of a State to grant asylum*»), ma, altresì, come diritto dell'individuo («*right of an individual*»), che, in quanto tale, ha la possibilità di lasciare il proprio Paese di origine, per fuggire da persecuzioni o altre forme di danno e, quindi, per cercare («*right of an individual to seek asylum*») – ed eventualmente ottenere («*right of an individual to be granted asylum*») –

⁴² A testimonianza di ciò alcune delle disposizioni statali in materia di asilo concernono la concessione dell'asilo come strumento inteso a proteggere i rifugiati o coloro che sono altrimenti perseguitati, mentre altri Stati sono pervenuti ad affermare *apertis verbis* che, per coloro che si qualificano come rifugiati, l'asilo è un diritto. Cfr. P. WEIS, *Territorial Asylum*, in *Indian Journal of International Law*, 1966, p. 180.

⁴³ V. M. T. GIL-BAZO, *Asylum as a General Principle of International Law*, cit., pp. 4 e 5. L'A. chiarisce che se con la nozione di asilo si indica, in generale, lo *status* di protezione che viene assicurato a determinati soggetti, la qualifica di "rifugiato" si riferisce alla categoria più comune di individui che beneficiano di tale protezione.

⁴⁴ G. S. GOODWIN-GILL, J. MCADAM, *The Refugee in International Law*, cit., p. 357, in cui si legge: «What cannot be ignored (...) is the close relationship existing between the issue of refugee status and the principle of non-refoulement, on the one hand, and the concept of asylum, on the other hand. These three elements are, as it were, all links in the chain between refugee's flight and his or her attainment of a durable solution».

⁴⁵

⁴⁶ Secondo alcuni commentatori, si tratterebbe di un vero e proprio obbligo di diritto consuetudinario. V., in questo senso, W. T. WORSTER, *The Contemporary International Law Status of the Right to Receive Asylum*, cit., p. 478. L'A. ha anche puntualizzato che le situazioni contemplate dalla Convenzione di Ginevra non esauriscono le forme di persecuzione che possono portare alla concessione dell'asilo (cfr. ILC, Second Report on the Expulsion of Aliens (Kamto Rapp.), A/CN.4/573, p. 97).

⁴⁷ M.-T. GIL-BAZO, *The Right to Asylum as an Individual Human Right in International Law. Special Reference to European Law*, Ann Arbor, UMI, 1999.

protezione nel territorio di un altro Stato⁴⁸. Ed è così, dunque, che il diritto d'asilo ha assunto diversi "volti", portando i commentatori a dibattere in merito alla natura da attribuire a tale diritto d'asilo e all'individuazione di quale di questi dei "volti" debba considerarsi prevalente⁴⁹.

4. Il contenuto dell'asilo inteso come «*right of a State to grant asylum*»

«[The] *right of a State to grant asylum*» viene considerato il corollario del principio per cui ogni Stato sovrano ha il controllo esclusivo sul suo territorio e quindi sulle persone presenti su di esso⁵⁰, e come tale, non necessita di alcuna giustificazione. Secondo la definizione formulata nel 1950 dall'*Institut de Droit International*, esso coincide con «la protection qu'un Etat accorde sur son territoire ou dans un autre endroit relevant de certains de ses organes à un individu qui est venu la rechercher»⁵¹.

L'asilo così inteso, dunque, rientra in quell'alveo di discrezionalità riconosciuta in capo agli Stati, che consente loro di decidere se ammettere una persona nel proprio territorio e se consentirle di rimanervi, di scegliere di non perseguirla penalmente o di limitare la sua libertà e di rifiutarsi di espellerla o di estradarla in un altro Stato.

⁴⁸ Per la tripartizione delle concezioni del diritto d'asilo, v. A. GRAHL-MADSEN, *Territorial Asylum*, Stockholm-London-Rome-New York, 1980, p. 2. V. anche p. 22, in cui l'A. sottolinea che, accanto alla tradizionale concezione del diritto d'asilo inteso come «*right of a state to grant asylum*», occorre iniziare a fare riferimento anche ad un diritto d'asilo riconosciuto all'individuo. Secondo l'A., «[t]he idea that States might agree on a binding convention guaranteeing the individual a right to be granted asylum is not entirely utopian. As a matter of fact, in many countries there are provisions of municipal law laying down a more or less perfect right of asylum for individuals (...). In some countries such provisions are embodied in the national constitutions; in others they are of statutory character».

⁴⁹ In merito v. T. LOCK, *Article 18*, in M. KELLERBAUER, M. KLAMERT, J. TOMKIN (a cura di), *The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, Oxford, 2019, pp. 2153-2155. L'idea è stata avanzata, in particolar modo, da A. GRAHL-MADSEN, *Territorial Asylum*, cit., pp. 216-219; e P. WEIS, *The Development of Refugee Law: Transnational Legal Problems of Refugees*, in *Michigan Yearbook of International Legal Studies*, 1982, p. 38.

⁵⁰ F. MORGENSTERN, *The Right of Asylum*, in *British Yearbook of International Law*, cit., p. 327; S. P. SINHA, *Asylum and International Law*, cit., p. 50; A. GRAHL-MADSEN, *Territorial Asylum*, cit., p. 50.

⁵¹ Institut de Droit International, *L'asile en droit international public (à l'exclusion de l'asile neutre)*(5me Commission), in *Annuaire de l'Institut de Droit International*, Session de Bath, 1950, Vol. 43, II, p. 375. V. anche R. BOED, *The State of the Right of Asylum in International Law*, cit., p. 3; C. DE VISSCHER, *Théories et réalités en droit international public*, Paris, 1955, p. 230.

4.1. Gli argomenti a sostegno della lettura statalista

La dottrina che sostiene la configurazione del diritto d'asilo come mera prerogativa dello Stato fonda le proprie argomentazioni, innanzitutto, sulla formulazione stessa dell'articolo 14 della Dichiarazione universale dei diritti umani, secondo il quale «[e]veryone has the right to seek and to enjoy in other countries asylum from persecution»⁵².

Invero, i lavori preparatori della Dichiarazione universale dei diritti umani danno atto di una nutrita discussione in seno al Comitato incaricato della redazione del testo della Dichiarazione quanto alla connotazione da attribuire al diritto d'asilo, poi incorporato nel citato articolo 14⁵³. In particolare, nel progetto di Dichiarazione proposto inizialmente dalla Commissione per i diritti umani, quello che era originariamente l'articolo 12 era stato formulato in termini assai differenti rispetto all'attuale versione contenuta nell'articolo 14: «1. Everyone has the right to seek and be granted, in other countries, asylum from persecution. 2. Prosecutions genuinely arising from non-political crimes from acts contrary to the purposes and principles of the United Nations do not constitute persecution». Tuttavia, numerose delegazioni statali⁵⁴ si erano opposte ad una siffatta formulazione del diritto d'asilo ed il testo originariamente proposto era stato emendato, soprattutto sulla spinta della delegazione del Regno Unito⁵⁵, che aveva insistito per

⁵² Occorre ricordare che l'articolo 14 della Dichiarazione Universale dei diritti umani è l'unica disposizione con valore universale e non regionale che sancisce il diritto d'asilo. Per un'analisi delle convenzioni che, a livello regionale, hanno riconosciuto il diritto d'asilo, si veda S. F. NICOLOSI, *Re-Conceptualizing the Right to Seek and Obtain Asylum in International Law. The Role of Regional Human Rights Systems*, in *International Human Rights Law Review*, 2015, p. 303 e ss., in particolare, pp. 306-313.

⁵³ Sul punto, si veda W. T. WORSTER, *The Contemporary International Law Status of the Right to Receive Asylum*, cit., pp. 477 e 478.

⁵⁴ Le ragioni che hanno condotto le diverse delegazioni ad apporsi alla formulazione dell'allora articolo 12 sono state diverse. Ad esempio, c'è stato chi ha rivendicato la discrezionalità riconosciuta agli Stati nelle decisioni relative all'ingresso/allontanamento delle persone nel/dal proprio territorio (v. la posizione dell'Arabia Saudita (Mr. Baroody), UN Doc. A/C.3/SR.121, pp. 331: «every persecuted person should be able to enjoy the right of asylum. That right was indisputable, both from the humanitarian point of view and because to deny it would mean the abandonment of the essential principles of the declaration. That did not mean, however, that everyone had the right to obtain asylum in the country of his choice, although that country might not be prepared to receive him. Such a principle would be a flagrant violation of the sovereignty of the State concerned»); chi, invece, ha sottolineato l'assenza di una norma di diritto internazionale generale che potesse fondare «the right to claim asylum» (v. la posizione di Mr. Shahi, per il Pakistan, UN Doc. A/C.3/SR.121, pp. 336-337).

⁵⁵ In particolare, la delegazione inglese (Mrs. Corbet) – supportata da quella australiana (Mr. Watt) – aveva sottolineato la necessità di definire il diritto d'asilo come diritto dello Stato e non degli individui, come peraltro poteva evincersi dalla formulazione “to enjoy asylum” proposta in luogo dell'espressione “to be

sostituire la locuzione «to be granted (...) asylum», con il più vago riferimento al diritto di «to enjoy (...) asylum».

È chiaro che se gli Stati avessero accettato la sua originaria formulazione, l'articolo 14 avrebbe potuto rappresentare un appiglio interpretativo assai rilevante a favore di una ricostruzione del diritto d'asilo come diritto individuale⁵⁶. Al contrario, invece, la scelta di formulare la norma con riferimento al diritto del soggetto non di *ricevere* asilo, ma di *goderne*, una volta concesso, è stata letta come un'esplicita decisione di configurare il diritto d'asilo come un diritto inerente alla sovranità dello Stato. La dottrina, infatti, pur ritenendo che emerga dalla stessa Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, all'articolo 14, paragrafo 1 una concezione del diritto d'asilo inteso come facoltà per l'individuo di lasciare il proprio Paese di origine in cerca di asilo all'interno di un altro Stato⁵⁷, esclude che da essa possa discendere anche una garanzia ad ottenere tale diritto⁵⁸. Secondo questa impostazione, la norma della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo non avrebbe introdotto alcuna innovazione rispetto al diritto internazionale esistente, con riferimento ad una concezione individualista del diritto di asilo⁵⁹.

granted asylum". Con la precisazione, in ogni caso, che, una volta che uno Stato avesse consentito l'ingresso ad un individuo, «the right to enjoy fully the asylum granted him by that State could not be disputed» (cfr. UN Doc. A/C.3/SR.121, p. 330 e p. 340). La Francia (Mr. Cassin), al contrario, aveva assunto una posizione maggiormente aperta, ritenendo che «[i]t has been a mistake (...) to recognize the individual's right to seek asylum while neither imposing upon States the obligation to grant it nor invoking the support of the United Nations» (cfr. UN Doc. A/C.3/SR.122, p. 347).

⁵⁶ Si veda quanto sottolineato da H. LAUTERPACHT, *The Universal Declaration of Human Rights*, in *British Yearbook of International Law*, 1948, p. 354 e ss., in particolare a p. 373, «Undoubtedly, the grant to individuals of the right of asylum would have meant an innovation in international law (although it would not have been contrary to international law, as suggested by the Haitian representative)».

⁵⁷ A. GRAHL-MADSEN, *The Status of Refugees in International Law*, Leiden, 1972, p. 26.

⁵⁸ In proposito: H. LAUTERPACHT, *The Universal Declaration of Human Rights*, cit.; S. B. YOUNG, *Between Sovereigns: A Reexamination of the Refugee's Status*, in *Michigan Journal of International Law*, 1982, p. 339 e ss. Lauterpacht, in particolare, ha descritto la formula contenuta nell'art. 14 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo come «artificial to the point of flippancy»; secondo l'A., «there was no intention to assume even a moral obligation to grant asylum» e, per questo, «no declaration would be necessary to give an individual the right to seek asylum without an assurance of receiving it» (cit., pp. 373-374). Tuttavia, non può nascondersi l'ambiguità della formulazione della disposizione, caratterizzata dall'utilizzo del verbo "cercare" ("chercher" in francese, "seek" in inglese) – che sottintende qualcosa di cui non si è ancora in possesso –, unitamente al verbo "godere" ("bénéficier" in francese, "enjoy" in inglese) – che implica qualcosa di cui già si dispone –, scelto in luogo del verbo "ottenere". Ed è proprio questa ambiguità che ha dato modo ad altri commentatori di elaborare una differente concettualizzazione dell'asilo.

⁵⁹ Cfr. H. LAUTERPACHT, *International Law and Human Rights*, New York, 1950, p. 422. Si veda anche R. CASSIN, *La déclaration universelle et la mise en œuvre des droits de l'homme*, in *Recueil des cours*, Vol. 79, 1951, il quale, commentando gli articoli 14 (diritto d'asilo) e 15 (diritto alla nazionalità) della

Il medesimo approccio risulta, peraltro, dalla Dichiarazione sull'asilo territoriale adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite nel 1967⁶⁰, la quale prevede espressamente all'articolo 1, paragrafo 1, che «[a]sylum granted by a State, in the exercise of its sovereignty, to persons entitled to invoke article 14 of the Universal Declaration of Human Rights (...) shall be respected by all other States»⁶¹. Inoltre, al paragrafo 3 della medesima disposizione, si legge che «[i]t shall rest with the State granting asylum to evaluate the grounds for the grant of asylum»; e ciò conferma ulteriormente la prevalenza di una concezione di asilo come diritto sovrano degli Stati.

E una riprova dell'approccio statalista nella concezione del diritto d'asilo si rinviene, altresì, a livello regionale. Coerentemente con gli strumenti internazionali richiamati, infatti, sono stati adottati alcuni trattati a base regionale⁶², atti a rimarcare l'esistenza di un diritto di ciascuno Stato di concedere asilo. Si pensi, ad esempio, alla Convenzione africana per il problema dei rifugiati, adottata dall'Organizzazione dell'Unità Africana

Dichiarazione universale dei diritti umani ha affermato che «le progrès accompli n'est donc que partiel, faute d'une désignation non équivoque du débiteur de l'obligation corrélatrice aux droits proclamés» (p. 287).

⁶⁰ Dichiarazione delle Nazioni Unite sull'asilo territoriale, adottata con risoluzione 2312 (XXII) dell'Assemblea Generale il 14 dicembre 1967. V. P. WEIS, *The Draft United Nations Convention on Territorial Asylum*, in *British Yearbook of International Law*, 1979, p. 151 e ss., specialmente pp. 151 e 152, in cui si osserva che l'inclusione della locuzione “nell'esercizio della sua sovranità” nell'articolo 1, par. 1 aveva lo scopo di rendere chiaro che l'asilo non era un diritto individuale, ma il diritto degli Stati di concedere asilo. Ancora, P. WEIS, *The United Nations Declaration on Territorial Asylum*, in *Canadian Yearbook of International Law*, 1969, p. 92 ss., nota che l'articolo 1, par. 1 della Dichiarazione sull'asilo territoriale si limita a riaffermare semplicemente una regola di diritto internazionale generalmente riconosciuta.

⁶¹ Quest'ultima precisazione – relativa al fatto che il diritto d'asilo riconosciuto da uno Stato ad un soggetto «shall be respected by all other States» – viene ricollegata al fatto che, come stabilito nel Preambolo della stessa Dichiarazione delle Nazioni Unite sull'asilo territoriale, «the grant of asylum by a State to persons entitled to invoke article 14 of the Universal Declaration of Human Rights is a peaceful and humanitarian act and that, as such, it cannot be regarded as unfriendly by any other State». Per la stessa ragione, poi, l'articolo 2, par. 2 della Dichiarazione stabilisce che «[w]here a State finds difficulty in granting or continuing to grant asylum, States individually or jointly or through the United Nations shall consider, in a spirit of international solidarity, appropriate measures to lighten the burden on that State». In questi termini, si veda J.-Y. CARLIER, *Droit d'asile et des réfugiés De la protection aux droits*, cit., pp. 42-43.

⁶² Tutti i documenti citati, pur articolando il diritto d'asilo come un diritto *dell'uomo*, hanno qualificato tale diritto, dal punto di vista della persona, come limitato esclusivamente al diritto di *cercare e godere* dell'asilo, restando in capo allo Stato il potere di scelta quanto alla sua concessione, nonché all'eventuale rimpatrio del soggetto stesso. Per un approfondimento sui regimi di protezione del diritto d'asilo a livello regionale, si veda *amplius* A. ABASS, F. IPPOLITO, *Regional Approaches to the Protection of Asylum Seekers: An International Legal Perspective*, London, 2014.

nel 1969⁶³, che stabilisce, al proprio articolo II(1), che gli Stati membri dell'OUA «shall use their best endeavours consistent with their respective legislations to receive refugees and to secure the settlement of those refugees who, for well-founded reasons, are unable or unwilling to return to their country of origin or nationality». Ancora, si prenda in considerazione la Convenzione sull'asilo territoriale adottata dall'Organizzazione degli Stati americani nel 1954⁶⁴, che, all'articolo II, prevede che «[e]very State has the right to grant asylum; but it is not obligated to do so or to state its reasons for refusing it». L'Organizzazione Consultiva Giuridica Asiatico-Africana, nel 1966, ha adottato i Principi riguardanti il trattamento dei rifugiati⁶⁵, il cui articolo II(2) afferma che «[a] State has the sovereign right to grant or to refuse asylum in its territory to a refugee in accordance with its international obligations and national legislation». Inoltre, nel 1977, il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa ha adottato una Dichiarazione sull'asilo territoriale⁶⁶ che, all'articolo 2, riafferma il diritto degli Stati di concedere l'asilo a chi presenti i requisiti fissati dalla Convenzione di Ginevra e, dunque, possa qualificarsi come rifugiato. In particolare, la concessione di tale protezione è stata qualificata espressamente come «a peaceful and humanitarian act».

5. Il contenuto dell'asilo inteso come «*right of an individual*»

Alla luce di quanto illustrato in merito alla prospettiva “statalista” del diritto d'asilo, occorre a questo punto focalizzare l'attenzione sull'interpretazione “personalista” di tale concetto. Siffatta elaborazione dogmatica, come evidenziato nei paragrafi precedenti, è il frutto di un mutamento di prospettiva nella dottrina che si è occupata di interpretare la natura e il contenuto di tale istituto, che, a sua volta, è il risultato dalla combinazione di diversi fattori: lo sviluppo del quadro giuridico internazionale a tutela dei diritti umani, il rafforzamento del principio di non respingimento e la diffusione di esempi di codificazione di un diritto d'asilo individuale (v. § 3).

⁶³ OAU Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa, adopted by the Assembly of Heads of State and Government at its Sixth Ordinary Session, Addis Ababa, 10 September 1969.

⁶⁴ Convention on Diplomatic Asylum as adopted at the Tenth Inter-American Conference, Caracas, 28 March 1954.

⁶⁵ Final Text of the AALCO's 1966 Bangkok Principles on Status and Treatment of Refugees as adopted at the AALCO's 40th Session, New Delhi, 24 June 2001.

⁶⁶ Council of Europe, Committee of Ministers, Declaration on Territorial Asylum, 18 November 1977.

Tuttavia, i commentatori che hanno sostenuto la concezione “personalista” del diritto d’asilo non sono concordi nell’individuare il contenuto del diritto così inteso. Se vi è, infatti, chi concepisce il diritto d’asilo individuale come un mero diritto di *cercare* e *domandare* asilo, una parte minoritaria della dottrina si è spinta ad interpretare l’istituto come ricomprensivo un vero e proprio diritto degli individui di *vedersi riconoscere* l’asilo.

Pertanto, è utile passare in rassegna le diverse caratterizzazioni che l’asilo individuale può assumere, al fine di trarre spunti utili a delineare gli elementi che consentono di riempire di contenuto tale diritto.

5.1. Il diritto «to leave to seek asylum»

Un primo aspetto che merita di essere richiamato nel contesto dell’analisi dell’asilo come diritto individuale concerne il profilo legato all’opportunità di riconoscere in capo ai soggetti la facoltà di *cercare* asilo. Un siffatto diritto, come è evidente, non può che implicare tutta una serie di diritti connessi, il primo dei quali risulta, a rigor di logica, proprio il diritto di *partire* – «to leave» – per *cercare* – «to seek» – asilo⁶⁷.

Il diritto di lasciare qualsiasi Paese, compreso il proprio, è un aspetto riconosciuto da tutti gli strumenti di diritto internazionale a tutela dei diritti umani, quale diritto di natura individuale, attribuito a ciascuno nei confronti del proprio Stato d’origine o di residenza⁶⁸. In particolare, nella Dichiarazione Universale dei diritti dell’uomo del 1948, il diritto di allontanarsi dal proprio Paese di origine costituisce l’antecedente logico, nonché strutturale – essendo previsto all’articolo 13, immediatamente prima del diritto d’asilo

⁶⁷ Sul tema, si vedano, *ex multis*, R. HIGGINS, *The Right in International Law of an Individual to Enter, Stay in and Leave a Country*, in *International Affairs*, 1973, p. 341 e ss.; R. AYBAY, *The Right to Leave and the Right to Return: The International Aspect of Freedom of Movement*, in *Comparative Law Yearbook*, 1977, p. 121 e ss.; H. HANNUM, *The Right to Leave and Return in International Law and Practice*, Dordrecht, 1987; G. S. GOODWIN-GILL, *The Right to Leave, the Right to Return and the Question of the Right to Remain*, in V. GOWLLAND-DEBBAS (ed.), *The Problem of Refugees in the Light of Contemporary International Law Issues*, The Hague-Boston-London, 1996, p. 93 e ss.; C. HARVEY, R. P. BARNIDGE, *Human Rights, Free Movement, and the Right to Leave in International Law*, in *International Journal of refugee Law*, 2007, p. 1 e ss.

⁶⁸ A. GRAHL-MADSEN, *The status of refugees in international law*, cit., p. 26. L’A. chiarisce che il fondamento giuridico del diritto di ciascun individuo di lasciare il proprio Paese d’origine o di residenza al fine di *cercare* asilo risiede nel fatto che «a State may not claim to 'own' its nationals or residents».

sancito dall'articolo 14 –, dell'asilo: «[e]veryone has the right to leave any country, including his own, and to return to his country»⁶⁹.

Tuttavia, pur essendo generalmente configurato come diritto privo di specifiche limitazioni, esso non è mai stato propriamente qualificato come diritto assoluto. In particolare, l'articolo 12, paragrafo 3 del Patto Internazionale sui diritti civili e politici del 1966⁷⁰ ne restringe la portata, ammettendo restrizioni «provided by law, [which] are necessary to protect national security, public order (ordre public), public health or morals or the rights and freedoms of others, and are consistent with the other rights recognized in the present Covenant»⁷¹. Simili limiti si rinvengono anche all'interno della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo del 1950, che all'articolo 2, dedicato alla “Libertà di circolazione”, ammette che il «diritto di lasciare qualsiasi Paese, compreso il proprio» (par. 2), «non può essere oggetto di restrizioni diverse da quelle che sono previste dalla legge e che costituiscono, in una società democratica, misure necessarie alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al mantenimento dell'ordine pubblico, alla prevenzione delle infrazioni penali, alla protezione della salute o della morale o alla protezione dei diritti e libertà altrui» (par. 3)⁷².

⁶⁹ Per un commento alla disposizione, v. A. GRAHL-MADSEN, *Article 13*, in A. EIDE, T. SWINEHART ET AL. (eds), *op. cit.*, p. 203.

⁷⁰ Patto Internazionale sui diritti civili e politici, adottato dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 16 dicembre 1966 ed entrato in vigore il 23 marzo 1976. Si possono citare diverse disposizioni simili all'articolo 13 della Dichiarazione universale dei diritti umani, contenuti in altrettanti strumenti giuridici internazionali: l'articolo 5 della Convenzione internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale (adottata il 30 novembre 1973 ed entrata in vigore il 18 luglio 1976); l'articolo 10, par. 2 della Convenzione sui diritti del fanciullo (adottata il 20 novembre 1989 ed entrata in vigore il 2 settembre 1990); l'articolo 8, par. 1 della Convenzione internazionale sulla protezione dei diritti dei lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie (adottata il 18 dicembre 1990 ed entrata in vigore il 1° luglio 2003).

⁷¹ Il Comitato per i diritti umani ha espresso alcune preoccupazioni circa il fatto che suddetta norma potesse implicare delle restrizioni eccessive al diritto di circolazione riconosciuto a tutti gli individui (cfr. UN Human Rights Committee (HRC), *CCPR General Comment No. 27: Article 12 (Freedom of Movement)*, 2 November 1999, CCPR/C/21/Rev.1/Add.9). Per questa ragione, ha precisato che tali restrizioni debbano avere una chiara base legale e rispondere ai principi di necessità e proporzionalità (par. 16). In particolare, devono essere adeguate rispetto al raggiungimento della loro funzione protettiva e devono rappresentare lo strumento meno invasivo per assicurare protezione agli interessi contemplati dalla norma stessa (par. 14).

⁷² In termini quasi identici si esprime la Convenzione Americana sui diritti umani, adottata dall'Organizzazione degli Stati Americani, il 22 novembre 1969 ed entrata in vigore il 18 luglio 1978, il cui articolo 22 recita: «L'esercizio [del diritto di lasciare liberamente qualsiasi paese incluso il proprio] può essere limitato solo in forza di una legge e nella misura necessaria in una società democratica per impedire il crimine o per tutelare la sicurezza nazionale, la sicurezza e l'ordine pubblico, la morale pubblica, la salute pubblica o i diritti o le libertà di altri».

Queste eccezioni al diritto di lasciare il proprio Paese erano state introdotte al fine di evitare che gli individui potessero allontanarsi da esso al solo scopo di sottrarsi, ad esempio, a procedimenti giurisdizionali, al pagamento delle imposte, o ad obblighi quali, ad esempio, il servizio militare⁷³.

5.1.1. Le implicazioni del diritto di partire in cerca di asilo

Il diritto d'asilo, concepito come diritto «*to leave to seek asylum*», suscita alcune considerazioni strettamente implicate dalla natura ancipite che lo caratterizza, la quale investe, da un lato, il profilo riconducibile ai doveri dello Stato, e, dall'altro, in modo esattamente speculare, il profilo relativo alla posizione soggettiva dello straniero.

Innanzitutto, non può certo negarsi che, in ragione di esigenze di effettività del suo esercizio, il diritto in discussione racchiuda, *in primis*, un aspetto negativo, da intendersi quale obbligo per lo Stato di non impedire la partenza del soggetto, a prescindere da qualsiasi considerazione inerente ai motivi che abbiano spinto l'individuo ad allontanarsi, ovvero alla loro fondatezza. Ma, nel contempo, anche un obbligo positivo per il medesimo Stato, tenuto a rilasciare, senza indebito ritardo, tutti i documenti di viaggio richiesti dall'individuo necessari per poter concretamente esercitare il proprio diritto di allontanarsi dal territorio.

Tuttavia, a fronte di siffatta ambivalenza – peraltro riflessa nello stesso articolo 12, par. 1 del Patto Internazionale sui diritti civili e politici, che richiede un duplice impegno, cioè di “rispettare” e “assicurare” il diritto in discussione⁷⁴ –, il diritto in esame si configura come incompleto, dal momento che ad esso non corrisponde un dovere per gli Stati di consentire l'accesso al proprio territorio a soggetti che non possiedono la loro nazionalità⁷⁵. Infatti, pur volendo leggere il diritto in esame in correlazione con il

⁷³ In questi termini, G. S. GOODWIN-GILL, J. MCADAM, *The Refugee in International Law*, cit., pp. 381 e 382.

⁷⁴ D. KOCHENOV, *The Right to Leave Any Country Including One's Own*, in R. PLENDER (ed.), *Issues in International Migration Law*, Leiden-Boston, 2015, p. 143 e ss., in particolare, p. 165 e ss.

⁷⁵ Nel Commento Generale n. 27 del Comitato per i diritti umani (cfr. UN Human Rights Committee (HRC), *CCPR General Comment No. 27: Article 12 (Freedom of Movement)*, 2 November 1999, CCPR/C/21/Rev.1/Add.9, par. 20), si sottolinea che «[t]he wording of article 12, paragraph 4, does not distinguish between nationals and aliens (“no one”). Thus, the persons entitled to exercise this right can be identified only by interpreting the meaning of the phrase “his own country”. The scope of “his own country” is broader than the concept “country of his nationality”. It is not limited to nationality in a formal

principio di *non refoulement* (v. *infra* § 5.2), il quale rappresenta una garanzia per l'individuo, quanto meno rispetto al diritto di avere accesso in un territorio nelle ipotesi in cui il medesimo possa essere respinto verso un Paese nel quale corra un rischio per la propria vita e per la propria incolumità, esso non può comunque essere considerato del tutto equivalente ad un vero e proprio diritto d'ingresso negli Stati diversi dal proprio⁷⁶ (si veda *infra* § 5.3).

Inoltre, il diritto in esame si pone in diretto rapporto anche con il diritto d'asilo in sé considerato. Se, da un lato, viene pacificamente riconosciuto il diritto dello straniero «to leave to seek asylum», cui corrispondono obblighi in capo allo Stato direttamente connessi alla concreta ed effettiva operatività dello stesso, stando a quanto sostenuto dalla dottrina maggioritaria, altrettanto non potrà affermarsi con riferimento al diritto dell'individuo – allontanatosi dal proprio Paese di origine o di residenza – di vedersi riconoscere il diritto d'asilo. E, di conseguenza, non potrà neppure sostenersi l'esistenza di un corrispettivo obbligo per gli Stati di riconoscere siffatto diritto, se non in presenza di determinati requisiti⁷⁷. In effetti, considerando la prospettiva e gli obiettivi di protezione del diritto dei rifugiati e dei diritti umani, è stato affermato che la lettura più “ristretta” del diritto «to leave to seek asylum» – inteso, dunque, come mera prerogativa degli individui di lasciare il proprio Paese di origine o residenza, senza che da esso possa farsi discendere un diritto di accesso al territorio di uno Stato diverso dal proprio, ovvero il diritto a vedersi riconoscere asilo – è l'unica in grado di imporre un qualche dovere agli Stati. In particolare, una simile impostazione consentirebbe comunque di concludere, da un lato, che gli Stati sono tenuti a riconoscere agli individui il diritto di *fuggire* da fonti di persecuzioni o altre forme di violazione dei diritti umani e, quindi, a non frustrare l'effettivo esercizio di siffatta facoltà; e, dall'altro, che eventuali politiche e pratiche di contenimento dei flussi migratori, che non sono in grado assicurare, parallelamente, un'adeguata protezione a coloro che risultino vittime di forme di violazione dei diritti umani, costituiscono un abuso dei diritti⁷⁸.

sense, that is, nationality acquired at birth or by conferral; it embraces, at the very least, an individual who, because of his or her special ties to or claims in relation to a given country, cannot be considered to be a mere alien».

⁷⁶ V. G. S. GOODWIN-GILL, J. MCADAM, *The Refugee in International Law*, cit., p. 382.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 383-384

⁷⁸ *Ibid.*, p. 383. L'A. richiama il concetto di pratica “abusiva” posta in essere da uno Stato e afferma che «a “primary” rule of international law forbids the “abusive” exercise of control over the movement of persons,

5.2. Il principio di *non refoulement*

Nell'esaminare il contenuto del diritto d'asilo individuale, occorre a questo punto fare riferimento al divieto di *refoulement*⁷⁹.

Secondo la formulazione contenuta nell'articolo 33 della Convenzione di Ginevra, tale principio assicura una garanzia di non respingimento a ciascun individuo che corra il rischio di essere respinto verso un Paese nel quale abbia il timore di subire torture o altri trattamenti inumani o degradanti o persecuzioni e, quindi, in sostanza, rilevanti violazioni dei diritti umani. Non si può negare, dunque, che coloro che abbiano ottenuto il riconoscimento del diritto d'asilo – inteso come forma di protezione concessa da uno Stato nei confronti di un individuo – abbiano, di conseguenza, diritto a non essere respinti, estradati o allontanati verso un luogo in cui potrebbero essere perseguitati, ovvero verso un Paese nel quale potrebbero correre il rischio di essere esposti all'eventualità di essere indirizzati verso un territorio in cui potrebbero correre il medesimo rischio (cd. *refoulement* indiretto; v. di seguito).

In passato, erano sorte alcune incertezze interpretative circa il senso da attribuire al termine “*refouler*” utilizzato, appunto, nella formulazione enucleata all'articolo 33. L'espressione, fin dai lavori preparatori alla Convenzione, era stato oggetto di un acceso dibattito, incentrato soprattutto sulla diversa accezione assunta dal termine in inglese, rispetto alla sfumatura di significato presente in francese⁸⁰. Infatti, mentre “*return*”

whose rights will be violated in certain limits are exceeded in the course of their exercise, if they are exercised with the (sole) intention of harming others».

⁷⁹ La letteratura sul principio di *non refoulement* è amplissima. Si segnalano, tra gli altri: E. LAUTERPACHT, D. BETHLEHEM, *The scope and the principle of non-refoulement: Opinion*, in E. FELLER, V. TÜRK, F. NICHOLSON (eds.), *op. cit.*, pp. 87-177; K. WOUTERS, *International legal standards for the protection from refoulement*, Cambridge, 2009; F. SALERNO, *L'obbligo internazionale di non-refoulement dei richiedenti asilo*, in C. FAVILLI (a cura di), *Procedure e garanzie del diritto di asilo*, Padova, 2011, p. 3 ss.; V. CHETAİL, *Sources of international migration law*, in B. OPESKIN, R. PERRUCHOU, J. REDPATH-CROSS (eds.), *Foundations of international migration law*, Cambridge, 2012, p. 56 e ss.; G. S. GOODWIN-GILL, *Non-refoulement, temporary refuge, and the 'new' asylum seekers*, in D. CANTOR, J.-F. DURIEUX (eds.) *Refugee from inhumanity? War refugees and international humanitarian law*, Leiden, 2014, p. 433 e ss.; J. C. HATHAWAY, M. FOSTER, *The Law of Refugee Status*, cit.; R. WALLACE, *The principle of non-refoulement in international refugee law*, in V. CHETAİL, C. BAULOZ (eds.), *Research handbook on international law and migration*, Cheltenham, 2014, p. 417 e ss.

⁸⁰ Cfr.: *Parere Consultivo sull'applicazione extraterritoriale degli obblighi del non refoulement*, Ginevra 2007, par. 27. In esso si legge quanto di seguito: «La traduzione di “refouler” comprende parole come ‘respingere’, ‘repellere’, ‘portare indietro’. È difficile concepire che queste parole siano limitate ai rifugiati che sono già entrati nel territorio di uno Stato contraente. Il significato comune dei termini “rinviare” e “respingere” (“refouler”) non sostiene alcuna interpretazione che avrebbe il risultato di restringere il suo

presuppone che il soggetto debba trovarsi sul territorio dello Stato, dal quale non può essere allontanato, l'espressione francese attribuisce all'obbligo di non respingimento una valenza extraterritoriale. Attualmente, però, si è affermata l'interpretazione ampia del termine in questione – che, non a caso, è stato inserito tra parentesi nella versione inglese della Convenzione, ad indicare il medesimo significato che deve essere attribuito ad entrambi –, ed è stata ammessa pacificamente la possibilità di un'applicazione del diritto al non respingimento anche alla frontiera, ovvero prima che si abbia fatto effettivo ingresso nello Stato di accoglienza⁸¹.

Oltre a quanto sancito dall'articolo 33 della Convenzione di Ginevra sui rifugiati, il principio di *non refoulement* è previsto, più in generale, da varie fonti di diritto internazionale.

Innanzitutto, dall'articolo 3 della Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti del 1984, la quale vieta agli Stati Parte del trattato di espellere, respingere o estradare una persona verso un altro Stato, qualora vi siano serie ragioni di credere che in tale territorio essa possa correre il rischio di essere sottoposta a tortura⁸². Inoltre, il divieto di *refoulement* ha altresì trovato accoglimento nel progetto di articoli sull'espulsione dello straniero⁸³, e specificatamente negli articoli 23 e 24, ove si specifica che nessuno straniero può essere espulso verso uno Stato ove sarebbe

ambito di applicazione all'interno del territorio dello Stato interessato, né vi è alcuna indicazione che tali termini fossero intesi dagli autori della Convenzione del 1951 per essere limitati in questa maniera».

⁸¹ Sull'applicazione del principio di non respingimento anche a contesti extraterritoriali, si veda la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, che ha elaborato, quale criterio decisivo, il concetto del c.d. *overall control* esercitato dallo Stato. In questo senso, per tutte, si veda Corte EDU, Grande Camera, sentenza del 23 febbraio 2012, ricorso n. 27765/09, *Hirsi Jamaa e a. c. Italia*. Con questa pronuncia, che ha deciso la causa relativa al ricorso proposto da 24 cittadini somali ed eritrei, intercettati in acque internazionali e ricondotti a bordo di navi italiane in Libia, da dove erano partiti, la Corte di Strasburgo – condannando l'Italia per la violazione dell'art. 3, dell'art. 4 Protocollo n. 4 e dell'art. 13 (alla luce dei precedenti) CEDU – ha affermato che «[s]in dal momento in cui uno Stato esercita, tramite i propri agenti operanti fuori del proprio territorio, controllo e autorità su un individuo, quindi giurisdizione, esso è tenuto, in virtù dell'articolo 1, a riconoscere a quell'individuo i diritti e le libertà enunciati nel titolo I della Convenzione pertinenti al caso di quell'individuo» (par. 74).

⁸² Come fa notare R. BOED, *The State of the Right of Asylum in International Law*, cit, p. 19, un confronto tra le disposizioni relative al principio di *non refoulement* contenute nelle due convenzioni manifesta un'apparente differenza nella categoria di persone protette dal relativo divieto. Infatti, mentre la Convenzione sui rifugiati attribuisce protezione solamente a coloro che possono essere qualificati come rifugiati, in base ai criteri dalla stessa sanciti, la Convenzione contro la tortura estende la sua protezione contro il respingimento a qualsiasi persona che corra il pericolo di essere sottoposta a tortura.

⁸³ *Draft articles on the expulsion of aliens, with commentaries*, 2014, A/CN.4/L.832.

esposto a rischi per la propria vita o dove possa essere sottoposto a tortura ovvero a trattamenti crudeli, inumani e degradanti.

A livello regionale, il divieto di respingimento è previsto dall'articolo 22, par. 8 della Convenzione Americana per i diritti umani del 1969⁸⁴ e dell'articolo 5 della Convenzione Africana per la Protezione dei diritti umani e delle persone⁸⁵. Quanto al Patto internazionale sui diritti civili e politici, benché esso non contenga una disposizione specifica relativa al *non refoulement*, il Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite interpreta l'articolo 7, che proibisce la tortura, desumendone un obbligo per gli Stati di non esporre gli individui al pericolo di tortura o di trattamenti o punizioni crudeli, inumani o degradanti attraverso la loro estradizione, espulsione o il loro respingimento⁸⁶.

Tale approccio interpretativo emerge anche dalla Corte europea dei diritti dell'uomo con riferimento all'articolo 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: nell'interpretare tale disposizione, che sancisce il divieto di tortura e altri trattamenti inumani e degradanti, la Corte ne ha esteso l'ambito applicativo e vi ha ricompreso anche la garanzia del divieto di respingimento⁸⁷. La questione è stata affrontata per la prima

⁸⁴ Il testo dell'articolo è il seguente: «In no case may an alien be deported or returned to a country, regardless of whether or not it is his country of origin, if in that country his right to life or personal freedom is in danger of being violated because of his race, nationality, religion, social status, or political opinions.».

⁸⁵ Il testo dell'articolo è il seguente: «Every individual shall have the right to the respect of the dignity inherent in a human being and to the recognition of his legal status. All forms of exploitation and degradation of man, particularly slavery, slave trade, torture, cruel, inhuman or degrading punishment and treatment shall be prohibited.».

⁸⁶ Per un commento all'articolo citato si veda W. SCHABAS, M. NOWAK, *U.N. International Covenant on Civil and Political Rights: Nowak's CCPR commentary*, 3rd edition, Kehl, 2019, p. 170 e ss.

⁸⁷ Ancor prima della Corte di Strasburgo, a partire dai primi anni '60, l'ormai abolita Commissione europea dei diritti dell'uomo (istituita dalla CEDU per monitorare l'osservanza della CEDU da parte degli Stati contraenti) aveva affermato che, nonostante il silenzio della Convenzione in merito alle questioni relative all'asilo e al non respingimento, l'allontanamento forzato di un soggetto verso un Paese nel quale lo stesso correva un rischio di trattamento vietato ai sensi dell'art. 3 CEDU, dovesse far sorgere la responsabilità degli Stati contraenti. Si veda, in particolare, European Commission of Human Rights (ECommHR), *X. v. the Federal Republic of Germany* (Decision) (1969) Appl. No. 4162/69: «[A]lthough the right to political asylum and the right for a person not to be expelled are not as such included among the rights and freedoms set forth in the Convention, the Contracting Parties nevertheless have agreed to restrict the free exercise of their powers under general international law, including the power to control the entry and exit of aliens, to the extent and within the limits of the obligations which they have assumed under the Convention; (...) therefore, the expulsion of a person may, in certain exceptional cases, be contrary to the Convention and, in particular, to Article 3 (Art. 3) thereof (...)». Sul punto, M. T. GIL-BAZO, *Refugee Protection under International Human Rights Law: From Non-Refoulement to Residence and Citizenship*, in *Refugee Survey Quarterly*, 2015, p. 11 e ss., in particolare p. 16.

volta nella causa *Soering c. Regno Unito*⁸⁸, relativa ad un caso di estradizione, in cui i giudici di Strasburgo hanno affermato il carattere fondamentale del principio enunciato dall'articolo 3, considerato uno standard di tutela riconosciuto a livello internazionale. Secondo la Corte, la decisione di uno Stato contraente di estradare un soggetto verso lo Stato richiedente può porsi in contrasto con il divieto imposto dall'articolo 3 – e, dunque, con il principio di *non refoulement* –, qualora sussistano motivi per ritenere che la persona interessata, se estradata, correrebbe un rischio reale di essere sottoposta a tortura o a pene o trattamenti inumani o degradanti nel paese di destinazione.

La pronuncia richiamata ha poi agevolato lo sviluppo di un ampio filone giurisprudenziale, che è stato recepito nel quadro giuridico dell'Unione europea, come si evince dalla formulazione dell'articolo 19 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che, al paragrafo 2, sancisce il divieto di allontanamento, espulsione o estradizione di un individuo verso uno Stato in cui corra il rischio serio di essere sottoposto alla pena di morte, alla tortura o ad altre pene o trattamenti inumani o degradanti. In particolare, la previsione di una specifica disposizione che puntualizza l'applicabilità del divieto di tortura – già genericamente previsto all'articolo 4 della medesima Carta⁸⁹ – anche con riferimento all'allontanamento, è stata ritenuta come una chiara presa di posizione dell'Unione europea in merito all'esistenza di un obbligo in tal senso⁹⁰.

Occorre peraltro precisare che la protezione di cui all'articolo 3 CEDU – e, di conseguenza, la protezione di cui agli articoli 4 e 19, par. 2 della Carta dei diritti fondamentali – risulta essere più ampia di quella prevista dagli articoli 32 e 33 della Convenzione delle Nazioni Unite del 1951 sullo *status* dei rifugiati, che, come si è precisato in precedenza, prevede la possibilità di espellere e respingere un rifugiato per motivi di sicurezza nazionale o ordine pubblico, oppure ove quest'ultimo costituisca, a causa di una condanna definitiva per un crimine o un delitto particolarmente grave, una minaccia per la collettività del paese in cui risiede. Le norme della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, infatti,

⁸⁸ Corte EDU, Grande Camera, sentenza del 7 luglio 1989, ricorso n. 14038/88, *Soering c. Regno Unito*.

⁸⁹ La norma riproduce letteralmente il contenuto dell'articolo 3 CEDU e recita: «Nessuno può essere sottoposto a tortura, né a pene o trattamenti inumani o degradanti».

⁹⁰ E. GUILD, *Art. 19 – Protection in the Event of Removal, Expulsion and Extradition*, in S. PEERS (ed.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A commentary*, Oxford, 2014, p. 545.

sono formulate in termini assoluti, senza ammettere alcuna deroga od eccezione, anche in caso di un pericolo pubblico che minacci la vita della nazione.

È proprio alla luce dei summenzionati strumenti internazionali, che riflettono la prassi dei vari Stati, che il principio di *non-refoulement* è stato generalmente considerato una norma di natura consuetudinaria⁹¹, nonché, secondo alcuni, riferibile al rango di *ius cogens*⁹². In ogni caso, almeno secondo quanto previsto dalla Convenzione di Ginevra, l'applicazione generalizzata del principio di *non refoulement* non può considerarsi assoluta. Infatti, occorre considerare l'esigenza di bilanciare siffatto principio con alcuni valori che esprimono l'interesse dello Stato di rifugio⁹³.

⁹¹ Si vedano, tra gli altri, P. BENVENUTI, *La Convenzione di Ginevra sullo status dei rifugiati*, in L. PINESCHI (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani*, Milano, 2006, p. 207; R. M.M. WALLACE, *The principle of non-refoulement in international refugee law*, in V. CHETAIL, C. BAULOZ (eds.), *op. cit.*, pp. 417-438. Si veda anche G. S. GOODWIN-GILL, J. MCADAM, *The Refugee in International Law*, cit., p. 345 e ss. L'A. afferma che il principio di *non refoulement* «forms part of general international law. There is substantial, if not conclusive, authority that the principle is binding in all states, independently of specific assent». Inoltre, richiama la posizione di Lauterpacht e Bethlehem, i quali hanno fondato la qualificazione del suddetto principio come norma di diritto consuetudinario in ragione del fatto che più di 150 Stati sono parti di almeno uno strumento di diritto internazionale che impone il divieto di tortura o altri trattamenti inumani e degradanti. In particolare, in E. LAUTERPACHT, D. BETHLEHEM, *The scope and content of the principle of non-refoulement: Opinion*, in E. FELLER, V. TÜRK, F. NICHOLSON (eds.), *op. cit.*, pp. 163-164. *Contra*, si veda: K. HAILBRONNER, *Non refoulement and "Humanitarian" Refugees: Customary International Law or Wishful Thinking?*, in D. A. MARTIN (ed.), *The new asylum seekers: Refugee Law in the 1980s: The Ninth Sokol Colloquium on International Law*, Dordrecht, 1988, p. 123, in cui si legge: «Commentators have taken the view that the principle of nonrefoulement must be considered today as a rule of customary international law. Whether this view finds sufficient support in a virtually uniform and extensive state practice accompanied by the necessary *opinio juris* is doubtful».

⁹² V. C. COSTELLO, M. FOSTER, *Non-refoulement as Custom and Jus Cogens? Putting the Prohibition to the Test*, in M. DEN HEIJER, H. VAN DER WILT (eds.), *Netherlands Yearbook of International Law*, Vol. 46, The Hague, 2015, p. 273 e ss. Si vedano anche J. ALLAIN, *The Jus Cogens Nature of Non-Refoulement*, in *International Journal of Refugee Law*, 2001, p. 533 e ss.; A. FARMER, *Non-refoulement and jus cogens: limiting anti-terror measures that threaten refugee protection*, in *Georgetown Immigration Law Journal*, 2008, p. 1 e ss.

⁹³ Innanzitutto, l'articolo 33, par. 2 della Convenzione di Ginevra afferma che il respingimento di un rifugiato potrà aver luogo se questi è ritenuto una minaccia per la sicurezza dello Stato, o una minaccia per la comunità, elemento quest'ultimo che dovrà essere comprovato da una condanna definitiva e per un crimine particolarmente grave. In secondo luogo, l'articolo 1, lett. F) della medesima Convenzione fissa le c.d. clausole di esclusione, che prevedono la non applicabilità del divieto di respingimento in tre ipotesi tassativamente delineate. Si tratta in particolare degli stranieri che: a) hanno commesso un crimine contro la pace, un crimine di guerra o un crimine contro l'umanità, nel senso degli strumenti internazionali contenenti disposizioni relative a siffatti crimini; b) hanno commesso un crimine grave di diritto comune fuori dal paese ospitante prima di essere ammessi come rifugiati; c) si sono resi colpevoli di atti contrari agli scopi e ai principi delle Nazioni Unite. Inoltre, sempre dal punto di vista del necessario bilanciamento tra l'effettiva applicazione del divieto di non respingimento e gli interessi propri degli Stati vincolati al suo rispetto, un aspetto su cui occorre soffermarsi concerne il rapporto tra il principio di non refoulement ed

5.2.1. Il non respingimento e il diritto al riconoscimento dell'asilo: due concetti distinti

Così delineati i confini applicativi del principio in esame occorre però fare una puntualizzazione. Data per pacifica la possibilità di riconnettere il principio di non respingimento all'alveo del contenuto del diritto d'asilo – nel senso di riconoscere all'individuo che sia destinatario del diritto d'asilo, anche il diritto al non respingimento –, la dottrina⁹⁴ è comunque concorde nell'escludere che l'obbligo di *non refoulement*, in quanto tale, implichi il diritto di un individuo ad ottenere asilo in un determinato Stato. Infatti, pur ammettendo che il principio di non respingimento costituisca il *trâit-d'union* tra il concetto di “rifugiato” e la nozione di “asilo”⁹⁵, non può negarsi che il riconoscimento di un vero e proprio diritto di asilo dipenda esclusivamente dalla decisione discrezionale dei singoli Stati che, in base alla propria normativa interna e a seguito di un accertamento successivo, possono discrezionalmente riconoscerglielo⁹⁶.

Più in generale, occorre considerare che nella Convenzione di Ginevra e nelle convenzioni sui diritti umani non è rinvenibile alcuna disposizione che specifichi quali conseguenze, e quale complesso di diritti, derivino nel caso in cui lo straniero non possa essere allontanato da uno Stato, proprio in applicazione del divieto di *refoulement*. Al massimo, come è già stato evidenziato, si potrebbe ritenere che il divieto di respingimento, proprio perché presuppone, in determinate condizioni, l'impossibilità di allontanare l'individuo dal territorio dello Stato di destinazione, fornisca al soggetto un diritto di “rifugio temporaneo” e, quindi, una sorta di asilo “parziale”, o *de facto*.

In definitiva, il principio di *non refoulement* può essere interpretato secondo una duplice accezione. Da un lato, esso è riferibile sia all'obbligo – negativo – imposto agli

eventuali misure previste da uno Stato relativamente alla non ammissione alla frontiera (sul diritto di accesso al territorio di uno Stato diverso dal proprio, si rimanda infra, § 5.3).

⁹⁴ Fra tutti, si veda: E. LAUTERPACHT, D. BETHLEHEM, *The scope and content of the principle of non-refoulement: Opinion*, in E. FELLER, V. TÜRK, F. NICHOLSON (eds.), *op. cit.*, p. 113. In tal senso, in particolare: UNHCR, *Parere consultivo sull'applicazione extraterritoriale degli obblighi di non-refoulement derivanti dalla Convenzione relativa allo status dei rifugiati del 1951 e dal suo Protocollo del 1967*, Ginevra, 26 gennaio 2007.

⁹⁵ J.-Y. CARLIER, *Droit d'asile et des réfugiés: de la protection aux droits*, cit., p. 77. L'A. si riferisce al principio di *non refoulement* come alla “chiave di volta” che consente di riconnettere il diritto d'asilo e allo status di rifugiato. V., sul punto, § 3.

⁹⁶ A. LANG, *Il divieto di refoulement tra CEDU e CDFUE dell'Unione europea*, in S. AMADEO, F. SPITALERI (a cura di), *Le garanzie fondamentali dell'immigrazione in Europa*, Torino, 2015, p. 209 e ss.

Stati di non procedere al respingimento o all'espulsione dello straniero, nel caso in cui questi, qualora allontanato verso il Paese di provenienza, corra un rischio per la propria incolumità; sia al limite alla discrezionalità degli Stati stessi circa la facoltà di rifiutare il superamento delle proprie frontiere da parte di determinati soggetti e al diritto sovrano di espellere suddetti individui dal proprio territorio. Dall'altro, esso implica, in accezione positiva, il dovere degli Stati di assicurare quell'asilo *de facto*, inteso come tutela direttamente conseguente all'impossibilità di procedere all'allontanamento dell'individuo, nonché di predisporre, all'interno dei propri ordinamenti, eque ed efficienti procedure d'asilo, che rendano effettiva la protezione del soggetto rispetto ai rischi che hanno fondato il non respingimento.

5.3. Il diritto di ammissione sul territorio

Un'ulteriore questione che merita approfondimento concerne la possibilità di includere nell'alveo applicativo del diritto d'asilo – quale diretta conseguenza del principio di non respingimento (v. § 5.2) – anche il diritto dello straniero in cerca di asilo di essere ammesso sul territorio dello Stato destinatario.

Tale aspetto viene tradizionalmente ricondotto nell'ambito di operatività della sovranità nazionale⁹⁷ e, benché il principio di *non refoulement* vieti il respingimento dei richiedenti asilo alle frontiere, nessuno strumento internazionale è in grado di vincolare l'autorità degli Stati quanto alla facoltà di rifiutare loro l'ammissione. Il divieto di *refoulement*, in sostanza, limita, ma non mette in discussione la prerogativa degli Stati di regolare l'ingresso nel proprio territorio dei non cittadini.

⁹⁷ Nel preambolo delle *Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers*, adottate dall'Institut de Droit International, il 9 settembre 1892, si affermava che «pour chaque Etat, le droit d'admettre ou de ne pas admettre des étrangers sur son territoire, ou de ne les y admettre que conditionnellement, ou de les en expulser, est une conséquence logique et nécessaire de sa souveraineté et de son indépendance». In ogni caso, nel medesimo preambolo, si richiamava la necessità che gli Stati stessi si attenessero al rispetto di principi di umanità e giustizia nell'esercizio di tale diritto e si imponevano alcune garanzie minime con specifico riferimento ai rifugiati (v. art. 16 *Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers*, nel quale era previsto che «l'expulsé réfugié sur un territoire pour se soustraire à des poursuites au pénal, ne peut être livré, par voie détournée, à l'Etat poursuivant, sans que les conditions posées en matière d'extradition aient été dûment observées».

5.3.1. Gli strumenti che ostacolano l'accesso al territorio

Sono numerosi gli strumenti giuridici⁹⁸ utilizzati dagli Stati al fine di escludere l'accesso al proprio territorio.

Vengono in considerazione, innanzitutto, misure inerenti alla chiusura dei confini, o all'imposizione di barriere all'ingresso, che determinano un vero e proprio rifiuto di ammissione sul territorio alla frontiera, cui si affiancano forme di allontanamento coattivo.

Parallelamente, il diniego di ammissione nel territorio di un determinato Stato può derivare dal mancato accesso ad un'adeguata procedura di accertamento dello *status* dei soggetti coinvolti, o dal cattivo funzionamento, a livello operativo, del sistema asilo⁹⁹. In particolare, un rischio operativo segnatamente rilevante può verificarsi quando vengano realizzate forme di esternalizzazione della gestione del fenomeno migratorio¹⁰⁰, in conseguenza delle quali il procedimento di esame delle domande di asilo venga affidato a sistemi ordinamentali non dotati dell'esperienza giuridica e delle risorse necessarie per assicurare un adeguato livello di tutela, sostanziale e procedurale, agli individui interessati.

Inoltre, uno dei mezzi giuridici più sofisticati finalizzati all'impedimento dell'arrivo dei rifugiati consiste nell'adozione di politiche di non ingresso, più o meno esplicitamente dirette ad impedire l'accesso degli stranieri nel territorio di un determinato Stato. Lo strumento tradizionale adottabile in questa direzione concerne, sicuramente, l'imposizione dell'obbligo di visto¹⁰¹ per l'ingresso nel territorio, obbligo il cui rispetto

⁹⁸ Per un'analisi approfondita sul punto, si veda J. C. HATHAWAY, *The rights of refugees under international law*, cit., pp. 313-337.

⁹⁹ In questo senso, è esemplificativo il meccanismo di ripartizione delle competenze in ordine all'esame delle domande di protezione internazionale predisposto dal Regolamento Dublino, operante tra gli Stati membri dell'Unione europea (v. *amplius* il Capitolo III).

¹⁰⁰ Si pensi, a titolo esemplificativo, alla legislazione danese sull'immigrazione, contenuta nel *Forslag til Lov om ændring af udlændingeloven og hjemrejseloven*, che al suo articolo 2 prevede l'esternalizzazione delle procedure di asilo in paesi terzi con cui la Danimarca abbia stipulato previ accordi di cooperazione. Si tratta di una disposizione frutto degli emendamenti adottati dal Parlamento danese il 3 giugno 2021, che si inserisce nel contesto di politiche migratorie sempre più restrittive, volute dal Governo socialdemocratico al potere, che mira ad azzerare gli ingressi dei migranti in Danimarca. Si veda, sul punto la notizia dell'11 giugno 2021, riportata dallo European Council on Refugees and Exil (ECRE), reperibile al seguente link: <https://ecre.org/denmark-parliament-votes-blind-on-externalising-asylum-procedures-and-protection-obligations/>.

¹⁰¹ Come fa notare J. C. HATHAWAY, *The rights of refugees under international law*, cit., p. 350, «[i]n many cases, of course, visa requirements are imposed for general migration control reasons, with no intent to stop

viene assicurato anche attraverso l'irrogazione di sanzioni contro qualsiasi vettore che accetti di trasportare una persona non dotata di visto. Accanto ad esso, è possibile menzionare quegli accordi volti alla condivisione delle responsabilità tra Stati rispetto alla protezione di rifugiati. Simili accordi possono generare deportazioni a catena tali da avere come risultato un diniego di tutela direttamente conseguente all'impedimento all'accesso al territorio. Si pensi, per fare qualche esempio esplicativo del funzionamento di siffatti meccanismi, al principio del «primo paese di arrivo», quale criterio di individuazione dello Stato competente all'esame della situazione giuridica di un determinato soggetto; ovvero, alla nozione di «paese terzo sicuro», in forza della quale un soggetto che rivendichi lo *status* di rifugiato può essere respinto verso uno Stato che venga ritenuto in grado di offrire adeguata protezione a quest'ultimo. Inoltre, nell'ambito degli accordi in commento, può essere richiamato il concetto di «paese di origine sicuro», che determina una presunzione circa l'infondatezza della richiesta di asilo di un soggetto proveniente da uno Stato così qualificato¹⁰². Ovvero, sempre nella medesima prospettiva, quei meccanismi di *fictio juris*, attraverso i quali gli Stati considerano determinate zone del territorio come escluse dalla propria giurisdizione, al fine di non assumersi la responsabilità rispetto ai soggetti ivi presenti. Similmente, è stato altresì utilizzato la nozione di «zona di transito», atta a qualificare determinate porzioni di territorio – aeroporti, porti, aree di confine – come escluse dall'ambito di applicazione della legge nazionale.

Orbene, l'attivazione di siffatti meccanismi posti in essere dagli Stati al fine di negare l'ammissione agli stranieri nella propria sfera territoriale di competenza, fa sorgere, in alcuni casi, numerose perplessità proprio in merito al rispetto del principio di non respingimento.

the departure of refugees. Yet it remains that visa controls are unquestionably crude mechanisms that fail to distinguish between persons at risk of persecution and others, or between those at-risk persons who can safely access protection in other countries, and those who have no options».

¹⁰² Con tale espressione, vengono identificati i territori in cui non vi è rischio di essere esposti a persecuzioni o danni gravi, o in cui è comunque garantito un adeguato livello di protezione avverso siffatti trattamenti. Il carattere controverso dell'istituto deriva dalla sua connotazione quale misura asseritamente volta ad introdurre semplificazioni nella procedura di esame delle domande di asilo considerate *ex ante* strumentali e, dunque, quale mezzo di deterrenza rispetto a progetti migratori identificati come «abusivi». In questa prospettiva v. K. HAILBRONNER, *The Concept of «Safe Country» and Expeditious Asylum Procedures: A Western European Perspective*, in *International Journal of Refugee Law*, 1993, p. 31 e ss., p. 62.

5.3.2. La facoltà dello Stato al diniego di accesso al territorio e la sua compatibilità con il principio di non respingimento

La principale preoccupazione circa l'operatività degli istituti sopra richiamati concerne l'estrema facilità con cui potrebbe essere compromessa l'applicazione del principio di *non refoulement*, in considerazione del funzionamento pressoché automatico degli stessi. Si considerino, ad esempio, le conseguenze derivanti dall'applicazione dei concetti di «paese terzo sicuro»¹⁰³ o di «paese di origine sicuro»: il funzionamento di tali meccanismi, basati su una presunzione di sicurezza rispetto a Paesi, specificatamente individuati in appositi elenchi, che presentino determinate caratteristiche, prescinde totalmente da un esame individualizzato della posizione dei soggetti interessanti, escludendo a priori la configurabilità della necessità di tutela per tutti coloro che provengano da uno degli Stati considerati “sicuri”. Come è stato evidenziato¹⁰⁴, tuttavia, un approccio siffatto finisce inevitabilmente per “sacrificare” le reali esigenze di protezione di alcuni dei soggetti coinvolti, non essendo possibile effettuare un'esaustiva ed aprioristica valutazione della sicurezza di un determinato Paese¹⁰⁵.

¹⁰³ In senso critico sull'utilizzo di questo strumento, si veda C. COSTELLO, *Safe country? Says who?*, in *International Journal of Refugee*, p. 601 e ss., in particolare, p. 619. Secondo l'A., «[t]here was no justification for disadvantaging claimants from particular countries. If there were weak or fraudulent asylum claims, adjudicators were assumed to be capable of doing their job and rejecting such claims. While evidence of weak claims could be used as a reason to accelerate administrative processes, it provided no basis for limited appeal rights».

¹⁰⁴ J. C. HATHAWAY, *The rights of refugees under international law*, cit., p. 375 e 376.

¹⁰⁵ Sul punto, l'Alto Commissariato per i Rifugiati, pur riconoscendo come il concetto di “paese sicuro” possa rappresentare un efficace strumento decisionale, ha chiarito l'esigenza che la valutazione generale di “sicurezza” dei Paesi rispetto ai quali vi è l'intenzione di far operare il meccanismo presuntivo di cui si è dato conto, si basi su informazioni provenienti da fonti affidabili, obiettive e aggiornate. Tale valutazione deve tenere conto non solamente degli strumenti di diritto internazionale a tutela dei diritti umani formalmente vincolanti per lo Stato preso in considerazione, ma anche della loro concreta applicazione. Cfr. UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), *Global Consultations on International Protection/Third Track: Asylum Processes (Fair and Efficient Asylum Procedures)*, 31 May 2001, EC/GC/01/12. Viene altresì richiamato un dovere di trasparenza e di aggiornamento della lista dei Paesi considerati “sicuri”: «If a State decides to establish a list of safe countries of origin, the procedure for adding or removing countries from any such list needs to be transparent, as well as responsive to changing circumstances in countries of origin. In addition, given the need for an individual assessment of the specific circumstances of the case and the complexities of such a decision, best State practice does not apply any designation of safety in a rigid manner or use it to deny access to procedures. Rather, it bases any presumption safety on precise, impartial and up-to-date information and admits the applicant to the regular asylum procedure, so that s/he has an effective opportunity to rebut any general presumption of safety based on his/her particular circumstances» (par. 39)

Attenzione, inoltre, deve essere riposta sulle possibili implicazioni in tema di *refoulement* indiretto, ossia l'eventualità che nel Paese terzo di destinazione verso il quale lo straniero venga allontanato, egli non ottenga tutela e venga, al contrario, reindirizzato verso un territorio nel quale corra il rischio di persecuzioni o danni gravi¹⁰⁶.

La stessa posizione dell'Alto Commissariato per i Rifugiati è apparsa particolarmente oscillante con riferimento all'ammissibilità di meccanismi – come quelli del «primo paese di arrivo» o del «paese terzo sicuro», sopra richiamati – volti a legittimare prassi statali tese a dismettere le proprie responsabilità in tema di protezione di potenziali rifugiati. Infatti, se, inizialmente, l'UNHCR si era espresso in favore della necessità che gli Stati prendessero in considerazione «[t]he intentions of the asylum-seeker as regards the country in which he wishes to request asylum»¹⁰⁷, nel corso degli anni, ha modificato la propria posizione, affermando che «asylum-seekers and refugees should ordinarily be processed in the territory of the State where they arrive (...). The primary responsibility to provide protection rests with the State where asylum is sought»¹⁰⁸. In ogni caso, è stato chiarito che l'operatività di simili meccanismi deve essere subordinata alla condizione

¹⁰⁶ Sul punto, occorre evidenziare che i rischi inerenti all'applicazione di tali misure erano stati esplicitamente posti all'attenzione dai redattori della Convenzione di Ginevra. Nello specifico, durante la Conferenza dei Plenipotenziari, il rappresentante svedese aveva avanzato una proposta volta a delineare il dovere di *non refoulement*, in modo «to cover cases where refugees were expelled to a country where their life would not be directly threatened, but where they would be threatened by further expulsion to a country where they would so be in danger» (UN Doc. A/CONF.2/SR.16 e, in particolare, la dichiarazione di Mr. Petren, rappresentante svedese). Tuttavia, gli Stati coinvolti hanno scelto di opporsi a siffatta proposta principalmente per due ragioni. Innanzitutto, essi volevano rimanere fondamentalmente liberi di procedere all'espulsione di stranieri verso Paesi in cui non si poteva ritenere che non sussistesse alcun pericolo di persecuzione, almeno nella misura in cui lo Stato di destinazione avesse aderito alla Convenzione. In secondo luogo, come evidenziato dal governo danese, l'emendamento svedese poteva essere considerato non necessario, poiché, dal momento che il governo che espelle un individuo nel territorio di un altro Stato non può prevedere come quest'ultimo agirà, «if such expulsion presented a threat of subsequent forcible return to the country of origin, the life and liberty of the refugee in question were endangered. But the relative importance of the various considerations involved was a matter which would have to be decided by the government concerned» (UN Doc. A/CONF.2/SR.16 e, in particolare, la dichiarazione del presidente danese, Mr. Hoeg).

¹⁰⁷ Executive Committee of the High Commissioner's Programme, *Refugees Without an Asylum Country No. 15 (XXX) – 1979*, 16 October 1979. Si veda, in particolare, il punto (h)(iii). Inoltre, al punto (h)(iv), si precisa: «Regard should be had to the concept that asylum should not be refused solely on the ground that it could be sought from another State. Where, however, it appears that a person, before requesting asylum, already has a connection or close links with another State, he may if it appears fair and reasonable be called upon first to request asylum from that State».

¹⁰⁸ UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), *Guidance Note on bilateral and/or multilateral transfer arrangements of asylum-seekers*, May 2013. In particolare, punto 1.

che gli Stati coinvolti siano firmatari della Convenzione di Ginevra del 1951 e del relativo Protocollo aggiunto, o, comunque, siano vincolati al rispetto di strumenti giuridici posti a tutela dei diritti dei rifugiati e dei diritti umani¹⁰⁹, e che si attengano, nel concreto, a siffatti doveri.

La stessa prospettiva, peraltro, è emersa anche dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. La Corte, infatti, occupandosi di valutare il rispetto dell'articolo 3 CEDU con riferimento ad ipotesi in cui abbiano trovato applicazioni meccanismi presuntivi come quelli in discussione, ha affermato che uno Stato è comunque tenuto a rifiutare l'allontanamento dello straniero, in rispetto del divieto di respingimento, qualora egli possa correre il rischio reale di essere indirizzato verso un Paese in cui non gli venga assicurata adeguata protezione¹¹⁰. Preoccupazione questa che può sorgere anche con riferimento alle ipotesi in cui non sia possibile fare affidamento sull'apparato legislativo o sulla prassi dello Stato partner verso il quale venga reindirizzato l'individuo interessato, in ragione dall'incapacità di quest'ultimo di assicurare un adeguato svolgimento delle procedure atte alla determinazione dello *status* giuridico dello straniero, nonché di apprestare efficaci misure di accoglienza. Si consideri, in proposito, quanto affermato dalla sentenza *M.S.S. e a. c. Belgio e Grecia*¹¹¹, con la

¹⁰⁹ *Ibidem*. Si vedano i punti 3(iii) e 3(iv). Il punto 4 precisa, inoltre, che «[i]n terms of State responsibility post-transfer, at a minimum, and regardless of the arrangement, the transferring State remains, inter alia, subject to the obligation of non-refoulement. In addition, the transferring State may retain responsibility for other obligations arising under international and/or regional refugee and human rights law. This would be the case, for example, where the reception and/or processing of asylum-seekers in the receiving State is effectively under the control or direction of the transferring State».

¹¹⁰ Si fa riferimento, a titolo esemplificativo, a quanto affermato dalla Corte EDU con riferimento all'operatività del meccanismo predisposto dal Regolamento Dublino. Cfr. Corte EDU, sentenza del 7 marzo 2000, ricorso n. 43844/98, *T.I. c. Regno Unito*, in cui si legge: «Nor can [a state] rely automatically (...) on the arrangement made in the Dublin Convention concerning attribution of responsibility between European countries for deciding asylum claims. Where states establish international organizations, or mutatis mutandis international agreements, to pursue cooperation in certain fields of activities, there may be implications for the protection of fundamental rights. It would be incompatible with the purpose and object of the Convention if contracting states were thereby absolved from their responsibility under the Convention (...) The Court notes the comments of the UNHCR that, while the Dublin Convention may pursue laudable objectives, its effectiveness may be undermined in practice by the differing approaches adopted by Contracting States to the scope of protection offered». Si vedano in termini simili anche Corte EDU, sentenza del 26 aprile 2005, ricorso n. 53566/99, *Müslim c. Turchia*, par. 72-76.

¹¹¹ Corte EDU, Grande Camera, sentenza del 21 gennaio 2011, ricorso n. 30696/09, *M.S.S. e a. c. Belgio e Grecia*. Nel caso di specie, la Corte ha altresì condannato il Belgio per violazione dell'articolo 13 CEDU, dal momento che l'ordinamento belga non garantiva all'interessato mezzi adeguati ad impugnare la decisione di espulsione.

quale la Corte di Strasburgo ha condannato le autorità belghe e greche per violazione dell'articolo 3 CEDU per aver trasferito un richiedente asilo afgano dal Belgio alla Grecia, Paese in cui i richiedenti asilo non godono di un'accoglienza adeguata e corrono il rischio che la loro pratica non sia gestita in modo attento¹¹². Successivamente, nel caso *Tarakhel c. Svizzera*¹¹³, la Corte ha stabilito che il trasferimento del nucleo familiare verso l'Italia, disposto dalle autorità svizzere ai sensi del regolamento Dublino, avrebbe determinato un pericolo di violazione dell'articolo 3 della CEDU in assenza di garanzie da parte delle autorità italiane circa l'accoglienza idonea dei minori e la coesione del nucleo familiare.

Alla luce di quanto sopra, dunque, pur non potendo sostenere l'esistenza di un diritto individuale ad essere ammessi sul territorio di un Paese diverso da quello di provenienza,

¹¹² Alla posizione espressa dalla Corte di Strasburgo si è uniformata, in un momento successivo, la Corte di Giustizia (Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 21 dicembre 2011, causa C-411/10 e C-493/10, *N.S. e a.*), la quale è giunta a sostenere come l'assenza di armonizzazione nei vari Stati Membri, tanto rispetto alle procedure di asilo, quanto alle misure di accoglienza, comporti necessariamente l'affermazione del carattere non assoluto della presunzione di sicurezza derivante dal principio di reciproca fiducia, ed imponga, come conseguenza, un dovere, in capo a ciascuno Stato, di controllo *de facto* rispetto alla presenza o meno, nello Stato formalmente competente, di "carenze sistemiche" che possano integrare forme di violazione del divieto di tortura e altri trattamenti disumani e degradanti. Quindi, la giurisprudenza successiva (Corte di giustizia, sentenza del 16 febbraio 2017, causa C-578/16 PPU, *C.K. e a.*), sempre in linea con l'orientamento della Corte EDU (Corte EDU, Grande Camera, sentenza del 4 novembre 2014, ricorso n 29217/12, *Tarakhel c. Svizzera*), ha approfondito l'interpretazione dei rischi associati al trasferimento di un richiedente protezione internazionale, richiamando la necessità di verificare, attraverso la richiesta di "individual guarantees", che esso non comporti alcun pericolo reale per l'interessato di subire qualunque forma di trattamento inumano o degradante ai sensi dell'articolo 4 della Carta, anche a prescindere dalla sussistenza di carenze sistemiche nella procedura di asilo e nelle condizioni di accoglienza dei richiedenti asilo nello Stato membro competente. Infatti, all'articolo 4 della Carta dei diritti fondamentali, strettamente legato al rispetto della dignità umana, viene riconosciuto un carattere generale ed assoluto, che vieta i trattamenti inumani o degradanti in ogni loro configurazione e senza alcuna possibilità di deroga. La giurisprudenza formatasi sulla questione ha condotto il legislatore europeo ad introdurre una specifica clausola tesa ad assicurare il rispetto assoluto ed imprescindibile dei diritti fondamentali, primo fra tutti il diritto al *non refoulement*: si fa riferimento, nello specifico, alla garanzia contenuta nell'articolo 3 dell'attuale Regolamento Dublino, che assicura l'applicabilità del divieto di respingimento nei casi in cui «si hanno fondati motivi di ritenere che sussistono carenze sistemiche nella procedura di asilo e nelle condizioni di accoglienza dei richiedenti in tale Stato membro, che implicino il rischio di un trattamento inumano o degradante ai sensi dell'articolo 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea». Permangono comunque alcune differenze tra giurisprudenza della Corte EDU e giurisprudenza della Corte di giustizia sul tema. Sul punto, si veda in dottrina: H. LABAYLE, *Droit d'asile et confiance mutuelle: regard critique sur la jurisprudence européenne*, in *Cahiers de droit européen*, n. 50, 2014, p. 501 e ss.; C. FAVILLI, *Reciproca fiducia, mutuo riconoscimento e libertà di circolazione dei rifugiati e richiedenti protezione internazionale nell'Unione europea*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2015, p. 701 e ss.

¹¹³ Corte EDU, *Tarakhel c. Svizzera*, cit.

è possibile constatare come il dovere di non respingimento possa costituire un mezzo utile a superare, in determinati casi, quelle barriere all'ingresso poste dagli Stati, e segnatamente volte a negare l'accesso attraverso i propri confini¹¹⁴. In particolare, dal momento che il divieto di respingimento opera, *in primis*, nei confronti di soggetti bisognosi di protezione da un rischio per la loro incolumità, il *non refoulement* finisce per equivalere, in sostanza, ad un dovere *de facto*, per lo Stato interessato, di consentire l'accesso di tali soggetti nel proprio territorio. Gli Stati, infatti, pur non essendo formalmente obbligati a riconoscere il diritto d'asilo a tali soggetti bisognosi di protezione, sono tenuti quanto meno ad adottare una soluzione che consenta loro di evitare la conseguenza alternativa e inammissibile dell'esposizione al pericolo e, nel contempo, che garantisca loro l'aver accesso alla procedura utile a valutare la loro situazione individuale. Così, l'ammissione entro i confini statali, unitamente all'eventuale conferimento di forme di protezione temporanea, diviene l'unico mezzo per assicurare il raggiungimento di tali obiettivi.

6. L'asilo come «*right of an individual to be granted asylum*»(?)

Tanto premesso, occorre a questo punto sondare la fondatezza della concezione "personalista" dell'asilo che si spinge a ricomprendere nel suo contenuto non solamente il diritto degli individui a lasciare il proprio Paese di provenienza in cerca di protezione e a chiedere asilo in un altro Stato, ma, altresì, il diritto di questi ultimi ad ottenere il riconoscimento di una siffatta protezione¹¹⁵.

¹¹⁴ E. LAUTERPACHT, D. BETHLEHEM, *The scope and content of the principle of non-refoulement: Opinion*, in E. FELLER, V. TÜRK, F. NICHOLSON (eds.), *op. cit.*, p. 113. L'A. richiama, a sostegno, una serie di conclusioni del Comitato Esecutivo dell'UNHCR, le quali hanno sottolineato l'importanza del rispetto del principio di non respingimento tanto alla frontiera ("*at the border*") quanto nel territorio ("*within the territory*"). Inoltre, in applicazione dei principi di attribuzione e di giurisdizione nel campo della responsabilità dello Stato, l'A. precisa che, dal momento che l'articolo 33, par. 1, della Convenzione del 1951 non contiene alcun elemento che faccia desumere una sua applicazione territoriale limitata, una condotta che abbia l'effetto di mettere la persona interessata a rischio di persecuzione respingendola alla frontiera dovrebbe comunque essere considerata proibita.

¹¹⁵ Sul punto, A. Grahl-Madsen ha sostenuto l'esistenza di un obbligo qualificato degli Stati di concedere l'asilo, direttamente derivante sia dalla clausola politica dei trattati di estradizione, sia dal dovere di non respingimento (cfr. A. GRAHL-MADSEN, *Territorial Asylum*, cit., pp. 42-43). Ha osservato che «our generation has witnessed an impressive development towards an internationally guaranteed right for the individual to be granted asylum», precisando che « [a]rticle 33 [of the Refugee Convention] creates an

6.1. Il fondamento della teoria “personalista”: l’articolo 18 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea

La dottrina che ha sostenuto l’ammissibilità dell’asilo come «*right of an individual to be granted asylum*»¹¹⁶ ha trovato forti argomentazioni a sostegno di questa tesi a partire da due fenomeni che hanno caratterizzato, in modo specifico, il contesto giuridico europeo. Si tratta, da un lato, della creazione, nell’ambito dell’ordinamento dell’Unione, del sistema europeo comune di asilo, il quale, veicolando le tradizioni comuni dei diversi Stati membri, che, a livello costituzionale, avevano già qualificato il diritto d’asilo come prerogativa individuale (v. § 3), si è posto come obiettivo quello di creare «una procedura comune in materia di asilo e uno status uniforme per coloro che hanno ottenuto l’asilo, valido in tutta l’Unione»¹¹⁷. E si fa riferimento, dall’altro, all’inserimento, nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, di una specifica disposizione – l’articolo 18 –, dedicata al diritto d’asilo¹¹⁸.

Questa norma, in particolare, pur non avendo un vero e proprio contenuto dispositivo autonomo – dal momento che si limita a rimarcare genericamente la necessità del rispetto della Convenzione di Ginevra e del protocollo ad esso annesso, e del TFUE¹¹⁹ – ha rappresentato un punto di svolta nell’interpretazione del concetto di asilo posto alla base degli strumenti giuridici adottati nell’ambito del CEAS. Infatti, se la formulazione letterale poco chiara – che non menziona il soggetto cui viene riconosciuto il diritto

obligation to grant asylum to persons entitled to invoke it, provided that no third State is either obliged or willing to receive them». Occorre peraltro ricordare che, all’epoca in cui scriveva l’A., non esisteva, a livello internazionale, un consenso sul fatto che gli individui godessero di personalità giuridica internazionale e non si era ancora consolidata l’idea di un diritto di ricorso riconosciuto in capo agli individui di fronte agli organismi internazionali di controllo dei diritti umani.

¹¹⁶ In particolare: M-T. GIL-BAZO, *The Charter of Fundamental Rights of the European Union and the Right to Be Granted Asylum in the Union’s Law*, in *Refugee Survey Quarterly*, 2008, p. 33 e ss.; M. T. GIL-BAZO, *Asylum as a General Principle of International Law*, cit.

¹¹⁷ Conclusioni del Consiglio Europeo di Tampere, 1999, par. 14 e 15.

¹¹⁸ Sull’interpretazione dell’articolo 18 della Carta dei diritti fondamentali, si vedano, tra gli altri, M. DEN HEIJER, *Article 18*, in S. PEERS, T HERVEY, J. KENNER, A. WARD (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A commentary*, Oxford, 2014; T. LOCK, *Article 18*, in M. KELLERBAUER, M. KLAMERT, J. TOMKIN (eds.), cit.

¹¹⁹ Ai sensi dell’articolo 18 della Carta dei diritti fondamentali, il rispetto del diritto d’asilo è garantito conformemente «[a]lle norme stabilite dalla convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 e dal protocollo del 31 gennaio 1967, relativi allo status dei rifugiati, e a norma del trattato sull’Unione europea e del trattato sul funzionamento dell’Unione europea».

d'asilo¹²⁰–, nonché la divergenza delle espressioni utilizzate nelle diverse lingue ufficiali¹²¹, hanno reso non agevole la sua esegesi e hanno fatto molto discutere i commentatori quanto al significato da attribuirle, parte della dottrina ha colto l'occasione per ricomprendere nel contenuto sostanziale un vero e proprio diritto dei singoli individui di ottenere il riconoscimento del diritto d'asilo.

In proposito, occorre innanzitutto ricordare che il primo comma dell'articolo 6 del TUE precisa che «i diritti, le libertà e i principi della Carta sono interpretati in conformità delle disposizioni generali del titolo VII della Carta che disciplinano la sua interpretazione e applicazione e tenendo in debito conto le spiegazioni cui si fa riferimento nella Carta, che indicano le fonti di tali disposizioni»¹²². Inoltre, l'articolo 53 della Carta stessa stabilisce che le disposizioni devono essere interpretate in modo tale da salvaguardare il livello di protezione più elevato dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuto nel rispettivo ambito di applicazione «dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione, la Comunità o tutti gli Stati membri sono parti contraenti, in particolare la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dalle costituzioni degli Stati membri».

¹²⁰ Si precisa che l'attuale formulazione della disposizione rappresenta il risultato di un compromesso raggiunto a seguito delle contestazioni avanzate a fronte delle prime bozze della norma, che limitavano espressamente l'ambito personale di applicazione dell'articolo 18 alle «persone che non sono cittadini dell'Unione» o ai «cittadini di paesi terzi». Tuttavia, le spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali (2007/C 303/02) specificano che l'articolo «rispetta il Protocollo sull'asilo allegato ai trattati», il quale, di fatto, esclude i cittadini dell'UE dal campo di applicazione della disposizione, rendendo le loro richieste di asilo irricevibili. Ciò è coerente con l'approccio adottato dal legislatore dell'Unione negli strumenti del CEAS. Per un'analisi dell'ambito di applicazione soggettivo ed oggettivo della Carta dei diritti fondamentali, si veda V. MORENO-LAX, *The EU Right to Asylum: An Individual Entitlement to (Access) International Protection*, in V. MORENO-LAX (ed.), *Accessing Asylum in Europe: Extraterritorial Border Controls and Refugee Rights under EU Law*, Oxford, 2017, p. 337 e ss.

¹²¹ M-T. GIL-BAZO, *The Charter of Fundamental Rights of the European Union and the Right to Be Granted Asylum in the Union's Law*, cit., pp. 40-41. L'A. evidenzia la differenza esistente tra alcune versioni della norma, come quella in lingua inglese od olandese, che si riferiscono ad un diritto "all'"asilo ("right to asylum"), da altre formulazioni linguistiche, come quella in francese o in italiano, che fanno riferimento al diritto "di" asilo ("right of asylum").

¹²² Come noto, a partire dal Trattato di Lisbona, la Carta ha assunto il medesimo valore dei Trattati, collocandosi tra le fonti di rango primario. V. in particolare G. DI FEDERICO, *The EU Charter of Fundamental Rights. From Declaration to Binding Instrument*, Dordrecht-Heidelberg-London-New York, 2011.

Dunque, muovendo dai lavori preparatori della Carta¹²³ e tenendo in considerazione le tradizioni costituzionali degli Stati membri, è stato osservato come l'intenzione dei redattori si sia concretizzata nella creazione, all'interno dell'ordinamento giuridico europeo, di un concetto univoco di "asilo", inteso come diritto individuale e azionabile da parte del cittadino straniero¹²⁴. Una simile ricostruzione riconosce, quindi, non soltanto efficacia diretta alla disposizione di cui all'articolo 18 negli ordinamenti interni anche in mancanza di un'espressa trasposizione della stessa a livello normativo nazionale, ma soprattutto farebbe sorgere in capo ai titolari il diritto di invocarla innanzi alle Corti interne degli Stati membri.

Quanto ai rapporti intercorrenti tra l'articolo 18 e la Convenzione sui rifugiati, è stato sostenuto che il richiamo al «rispetto delle norme stabilite dalla convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 e dal protocollo del 31 gennaio 1967, relativi allo status dei rifugiati» non limita il contenuto dell'articolo 18 a quello della suddetta Convenzione, ma, piuttosto, suggerisce l'obbligo di rispettarne le norme, senza però escludere l'operatività di qualsiasi altro strumento di diritto internazionale¹²⁵. Gli stessi lavori preparatori della Carta mostrano una chiara resistenza a riservare il diritto d'asilo solo a coloro che rientrino all'interno dei parametri fissati dalla Convenzione di Ginevra sui rifugiati ed è la stessa Carta ad affermare che l'Unione rimane libera di fornire una protezione più ampia. Il diritto europeo, infatti, in quanto sistema indipendente, può espandere la protezione dei diritti umani all'interno del proprio campo di applicazione, in particolare attraverso le «tradizioni costituzionali e [gli] obblighi internazionali comuni agli Stati membri». Pertanto, da un lato, l'articolo 18 della Carta garantisce il diritto d'asilo non "in applicazione", ma "nel rispetto" della Convenzione di Ginevra, in modo tale che questo diritto possa trovare tutela anche attraverso altri testi, comprese le costituzioni degli Stati membri; dall'altro, dal momento che la Convenzione di Ginevra, imponendo agli Stati di

¹²³ Sul punto, si rimanda a: M. T. GIL-BAZO, *The Charter of Fundamental Rights of the European Union and the Right to Be Granted Asylum in the Union's Law*, cit., pp. 42-46.

¹²⁴ È stato osservato che «while it is true that no international instrument imposes express duty on State to grant asylum to persons fleeing persecution, the right to seek asylum, when read in conjunction with the right to freedom of movement and the totality of rights protected by the UDHR48 and ICCPR66, implies an obligation on States to respect the individual's right to leave his or her country in search of protection» (cfr. G.S. GOODWIN-GILL, J. MCADAM, *The Refugee in International Law*, cit., p. 370).

¹²⁵ J.-Y. CARLIER, *La place des ressortissants de pays tiers dans la Charte*, in J.-Y. CARLIER, O. DE SCHUTTER (eds.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Son apport à la protection des droits de l'homme en Europe*, Bruxelles, 2002, pp. 185-186.

non rimpatriare una persona in un paese in cui teme per la sua vita o la sua libertà, non impone la concessione di asilo a quella persona, l'articolo 18 stabilisce un obbligo sicuramente più ampio¹²⁶.

Infine, da un punto di vista sistematico, è stato evidenziato come il riferimento agli strumenti internazionali di tutela dei diritti umani, nonché alle tradizioni costituzionali degli Stati membri, contenuto nel Preambolo, rappresenti un chiaro indice del fatto che la Carta sia uno strumento volto al riconoscimento di diritti fondamentali in capo agli individui, piuttosto che all'attribuzione di facoltà in capo agli Stati membri¹²⁷.

6.2. I limiti della teoria “personalista”: l'inammissibilità dell'asilo come «*right of an individual to be granted asylum*»

Orbene, nonostante i tentativi di parte della dottrina di elaborare una concezione del diritto d'asilo nei termini qui in discussione, l'approdo della maggior parte della letteratura sul tema sembra coincidere con l'affermazione di un diritto che, per quanto concepibile anche in una prospettiva individualista, non può comunque assurgere ad un diritto incondizionato dell'individuo «*to be granted asylum*».

Come si è già avuto modo di dare conto nel paragrafo dedicato all'analisi della concezione statalista del diritto d'asilo (come «*right of a State to grant asylum*»), la dottrina che nega la configurabilità di una nozione individualista di asilo si rifà, *in primis*, proprio all'articolo 14 della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo, che rappresenta (paradossalmente) l'unica disposizione che sancisce, a livello universale, appunto, un diritto all'asilo. Senza necessità di ripetere quanto già evidenziato in precedenza, ci si limita solo a sottolineare come le maggiori perplessità riscontrate dalla letteratura nell'attribuire credito all'impostazione del diritto d'asilo come «*right of an individual to be granted asylum*» sono riconducibili alla rilevanza riconosciuta al concetto di sovranità statale, che, nonostante un suo ridimensionamento a partire dal Secondo Dopoguerra, in ragione della diffusione di un nuovo diritto internazionale e

¹²⁶ *Ibidem*.

¹²⁷ Cfr. M. T. GIL-BAZO, *The Charter of Fundamental Rights of the European Union and the Right to Be Granted Asylum in the Union's Law*, cit., p. 41.

sovrana nazionale fondato anche sulla tutela dei diritti umani, continua a dominare l'interpretazione dell'asilo, declinato, per lo più, nella sua dimensione "statalista"¹²⁸.

Anche con riferimento alla previsione del diritto d'asilo contenuta nell'articolo 18 della Carta dei diritti fondamentali, la maggior parte degli autori ha ricondotto il contenuto della disposizione al solo diritto del singolo ad essere riconosciuto come rifugiato, secondo quanto già stabilito nella Convenzione del 1951¹²⁹, senza attribuirle alcun significato ulteriore. È stato evidenziato che la Carta dei diritti fondamentali non fa altro che recepire diritti esistenti; dunque, dal momento che l'unica forma in cui era stato concepito il diritto d'asilo (individuale), prima dell'entrata in vigore della Carta, era come diritto a *cercare* o *domandare* asilo e non come diritto di chiunque a vederselo riconoscere, non parrebbe possibile attribuirgli una lettura diversa da questa. Parimenti, è stato notato¹³⁰ come la formulazione dell'articolo 18 ribadisca l'obbligo previsto dall'articolo 78 del TFUE, secondo cui la politica comune in materia di asilo, protezione sussidiaria e protezione temporanea debba essere conforme alla Convenzione sui rifugiati e ad altri trattati pertinenti, legando a doppio filo la concezione del diritto di asilo, emergente dalla Carta, rispetto all'*acquis* in materia di asilo. Senza contare che anche nel diritto derivato parrebbe emergere una visione statalista del diritto in questione: dalla lettura degli articoli della direttiva 2001/95/UE (direttiva qualifiche), in particolare, si evince come il legislatore europeo, pur avendo enucleato un diritto individuale per il cittadino straniero di presentare richieste di asilo e pur avendo riconosciuto la natura dichiarativa della decisione di riconoscimento dello *status* di rifugiato¹³¹, riconduce

¹²⁸ Secondo alcuni la preminenza di tale ricostruzione potrebbe essere ricollegata, in parte, alla stessa evoluzione storica conosciuta dall'istituto dell'asilo (di cui si è dato conto nella presente sezione) e, in parte, al c.d. "principio del non intervento", che costituisce certamente uno dei cardini del diritto internazionale e che, sinteticamente, vieta agli Stati di impedire – o comunque di turbare o intralciare – l'esercizio della potestà esercitata da ogni altra entità statale sui propri cittadini e sul proprio territorio. Per un approfondimento sul principio di non intervento, si veda B. CONFORTI, *Diritto internazionale, Diritto Internazionale*, Napoli, 2014, pp. 269-282.

¹²⁹ H. LABAYLE, *The Impact of Article 18 of the Charter of Fundamental Rights*, in P. DE BRUYCKER ET AL. (eds.), *Setting up a Common European Asylum System*, PE 425.622 (European Parliament, 2010), p. 427 e ss.

¹³⁰ S. PEERS, *The EU Charter of Fundamental Rights and Immigration and Asylum Law*, in S. PEERS, V. MORENO-LAX, M. GARLICK, E. GUILD, *EU Immigration and Asylum Law (Text and Commentary): Second Revised Edition. Vol. 3: EU Asylum Law*, Leiden, 2015, p. 129 e ss.

¹³¹ Cfr. considerando 21 della Direttiva 2011/95/UE, il quale statuisce espressamente: «Il riconoscimento dello status di rifugiato è un atto ricognitivo».

comunque tale diritto alla facoltà dello Stato membro di riconoscere una forma di protezione, in presenza di determinati presupposti.

Dunque, non può che constatarsi come la concezione personalista che arriva a riconoscere in capo a ciascun individuo il diritto di vedersi garantire incondizionatamente asilo, da parte di uno Stato differente da quello di provenienza, continui a non essere universalmente accolta nel diritto internazionale generale¹³².

¹³² R. BOED, *The State of the Right of Asylum in International Law*, cit., p. 8; M. T. GIL-BAZO, *Asylum as a General Principle of International Law*, cit., p. 9, in cui si dà conto dell'opposta conclusione cui si può giungere alla luce dell'analisi svolta da Grahl-Madsen e Weis, secondo i quali l'asilo come diritto soggettivo dell'individuo poteva considerarsi una realtà almeno in alcune legislazioni nazionali, in particolare di rango costituzionale. Grahl-Madsen aveva altresì sostenuto che il principio di non respingimento sancito nella Convenzione di Ginevra avesse imposto un obbligo per gli Stati di concedere asilo qualora nessun altro paese fosse disposto a riceverlo dopo un periodo di tempo ragionevole, che egli aveva fissato in tre anni. Cfr.: P WEIS, *Territorial Asylum*, cit., pp. 173-194; A. GRAHL-MADSEN, *The Status of Refugees in International Law*, cit.

CONCLUSIONI

LA LATITUDINE DEL DIRITTO DI ASILO NEL DIRITTO INTERNAZIONALE

Alla luce dell'analisi svolta, è possibile trarre alcune conclusioni in merito al concetto di "asilo" emergente a livello del diritto internazionale. In particolare, sembra possibile tratteggiarne i caratteri peculiari nei seguenti termini, differenziando la posizione dello Stato, da quella – esattamente speculare – dell'individuo.

Innanzitutto, muovendo dalla prospettiva statale, risulta assolutamente pacifico poter affermare che gli Stati hanno un diritto di concedere asilo («*to grant asylum*»), quale diretta conseguenza del principio di sovranità territoriale, che consente loro di esercitare in modo esclusivo il potere d'imperio sulla comunità territoriale, di utilizzare e disporre liberamente del territorio sottoposto alla propria giurisdizione e, di conseguenza, di riconoscere la garanzia dell'asilo.

Al contempo, tuttavia, sono sottoposti al dovere di non impedire a coloro che desiderano emigrare o cercare asilo, di lasciare il Paese di origine o residenza al fine di trovare altrove protezione. Inoltre, gli Stati firmatari di uno o più trattati internazionali o regionali che riconoscono il principio di *non refoulement* – ovvero tutti gli Stati, qualora si acceda alla teoria secondo cui suddetto principio rivesta natura di regola consuetudinaria – hanno anche il divieto di espellere, estradare, allontanare gli stranieri che, nel Paese di provenienza, correrebbero un rischio di subire torture, pene o trattamenti disumani o degradanti, di essere soggetti ad atti persecutori o di vedere in vario modo minacciata la propria incolumità. Da tale interdizione deriva altresì un parallelo dovere di concedere l'accesso nel proprio territorio a coloro che corrano il rischio di essere respinti verso un Paese nel quale sussista un pericolo per la loro vita e per la loro incolumità. In ogni caso, la dottrina pare essere orientata nel negare che un siffatto dovere dello Stato possa comunque essere considerato del tutto equivalente ad un vero e proprio diritto d'ingresso per un individuo in uno Stato diverso dal proprio.

Dunque, venendo all'analisi del profilo concernente la posizione giuridica degli individui, in capo a questi ultimi risulta certamente identificabile il diritto di *cercare* asilo e, correlativamente, quale suo stesso presupposto, il diritto di lasciare il proprio Paese di origine o di residenza per trovare altrove protezione. Inoltre, dal principio di *non refoulement* imposto agli Stati deriva implicitamente un diritto per gli individui di non

essere respinti, estradati o allontanati verso un luogo in cui potrebbero essere perseguitati, ovvero verso un Paese nel quale potrebbero correre il rischio di essere esposti all'eventualità di essere indirizzati verso un territorio in cui potrebbero correre il medesimo rischio (c.d. *refoulement* indiretto). Così, a fronte di situazioni in cui singoli individui o gruppi di individui siano esposti, all'interno di un determinato Paese, a persecuzione o ad altre gravi violazioni dei diritti umani, gli Stati sarebbero obbligati a rispettare il diritto di questi ultimi di lasciare il territorio per cercare, ma solo eventualmente godere di una forma di asilo, senza poter esercitare arbitrariamente le proprie prerogative inerenti al controllo dei flussi migratori, in modo tale da frustrare i tentativi degli individui stessi di avere accesso ad una forma di protezione efficace.

In questa prospettiva, pertanto, secondo il diritto internazionale, il diritto d'asilo sarebbe più ampio di un mero diritto procedurale di presentare una domanda di protezione all'interno o alla frontiera di un altro territorio, sebbene questa sia una componente necessaria.

In tale quadro, tuttavia, la dottrina internazionalistica nega la configurabilità, in capo agli individui, di un vero e proprio diritto di *ricevere* asilo. Infatti, sebbene il dovere di non respingimento possa essere considerato la forma di tutela più vicina ad un diritto di asilo a livello internazionale, tuttavia, anche in simili casi, lo Stato non ha alcun dovere esplicito di permettere ad un soggetto in cerca di protezione di entrare nel suo territorio ed ottenere asilo.

In definitiva, l'applicazione dei principi del diritto internazionale dei rifugiati e dei diritti umani, in particolare il principio di *non refoulement*, sebbene non imponga agli Stati l'obbligo di concedere l'asilo a chiunque lo richieda, riconosce agli individui il diritto di domandare asilo, che, a sua volta, implica non solo il diritto di accedere alle procedure di asilo, ma anche di poter lasciare il proprio Paese in cerca di protezione ed impone agli Stati (quanto meno) di prendere in considerazione le richieste di asilo e di fornire protezione alle persone che riescano a dimostrare di averne bisogno.

Quale sia poi il contenuto di tale protezione e, quindi, più latamente, quale sia il contenuto di un diritto d'asilo individuale così riconosciuto, è una questione che riguarda il diritto materiale dei singoli Stati. Dunque, se il diritto internazionale consente di individuare il contenuto "minimo" dell'asilo, è al diritto nazionale – o, eventualmente,

sovranazionale, nel caso dell'Unione europea – che occorre fare riferimento per riempire di contenuto un diritto siffatto.

CAPITOLO III

L'ASILO NEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

SOMMARIO: 1. Breve introduzione. – 2. Il regolamento Dublino e i meccanismi di (ab)uso del sistema europeo comune di asilo. – 2.1. Il processo di (non) evoluzione del sistema Dublino. – 2.2. (*segue*): le più recenti prospettive di riforma. – 2.3. Le ragioni dell'anacronismo del sistema. – 3. Il punto di partenza nella ricostruzione del contenuto del diritto d'asilo: l'articolo 18 della Carta dei diritti fondamentali. – 3.1. Il ruolo della Corte di giustizia nell'interpretazione dell'articolo 18 della Carta. – 4. L'attuale quadro giuridico in materia di asilo. – 5. Gli aspetti sostanziali del diritto d'asilo. – 5.1. La direttiva qualifiche: il diritto d'asilo è la protezione internazionale? – 5.2. Il contenuto della protezione internazionale. – 6. Gli aspetti procedurali. – 6.1. Una questione preliminare: l'esistenza di un diritto di accesso al territorio. – 6.2. Il diritto di accesso alla procedura di esame della domanda di asilo. – 6.2.1. Le garanzie connesse all'accesso alla procedura di asilo. – 6.3. Il diritto ad un rimedio effettivo. – CONCLUSIONI. LA LATITUDINE DEL DIRITTO DI ASILO NEL DIRITTO UE.

1. Breve introduzione

L'analisi delle diverse concezioni del diritto d'asilo condotta sinora ha permesso di approfondire il significato che esso può assumere se considerato secondo una prospettiva “statalista”, ovvero in un'ottica più strettamente “personalista”. In particolare, è emerso che il diritto d'asilo, inteso come diritto individuale, può implicare il riconoscimento di una serie di garanzie, le quali, pur non potendo ricomprendere un vero e proprio «*right to be granted asylum*», implicano, quanto meno, il diritto di avere accesso alle procedure nazionali di riconoscimento del diritto di asilo e di presentare la relativa domanda.

A questo punto, è necessario soffermarsi sul sistema ordinamentale dell'Unione europea, al fine di individuare i confini del diritto d'asilo posto alla base della creazione del Sistema Europeo Comune di Asilo (*Common European Asylum System*, oltre “CEAS”), con precipuo riferimento all'introduzione nella Carta dei diritti fondamentali dell'articolo 18, disposizione specificatamente atta a riconoscere il diritto d'asilo. Ci si propone, in sostanza, di rispondere all'interrogativo relativo al “contenuto” del diritto d'asilo, cercando di individuarne gli elementi sostanziali e procedurali che lo caratterizzano.

In questo senso, da un punto di vista strettamente metodologico, si ritiene fondamentale una preliminare precisazione: il percorso di analisi che verrà condotto di seguito prenderà in considerazione esclusivamente gli aspetti della normativa europea in tema di diritto d'asilo che si ritengono più rilevanti nell'ottica dell'esame del concetto di abuso di diritto. Non si pretende, dunque, di attuare una ricostruzione analitica e completa del sistema europeo comune di asilo e della sua evoluzione, ma, piuttosto, di procedere ad uno studio degli strumenti giuridici predisposti dalle istituzioni europee al fine di garantire il rispetto e la salvaguardia del diritto d'asilo.

2. Il regolamento Dublino e i meccanismi di (ab)uso del sistema europeo comune di asilo

Per meglio comprendere il significato dell'analisi che si andrà a condurre nei paragrafi successivi, occorre avanzare alcune considerazioni in merito al contesto all'interno del quale si collocano quegli istituti che verranno poi esaminati attraverso la lente dell'abuso di diritto. In particolare, si rende necessaria una preliminare ricostruzione dei meccanismi che sottostanno al funzionamento del cosiddetto "regolamento Dublino", ossia il sistema di riparto delle competenze tra Stati membri quanto all'esame delle domande di protezione internazionale presentate da un cittadino di un paese terzo o da un apolide. L'articolo 78 TFUE, infatti, ha indicato nell'individuazione di «criteri e meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda d'asilo o di protezione sussidiaria», un elemento fondamentale nell'ottica dello sviluppo di una politica comune in materia di asilo, di protezione sussidiaria e di protezione temporanea, in quanto previsione logicamente antecedente all'applicazione delle procedure di riconoscimento della protezione internazionale.

La rilevanza di una premessa relativa alle logiche che sottostanno a tale sistema emerge immediatamente nel momento in cui si considera che la stessa conformazione dei meccanismi di funzionamento del sistema Dublino risulta dichiaratamente volta a «prevenire l'abuso delle procedure d'asilo», identificando quest'ultimo «nel fenomeno delle domande d'asilo multiple presentate da una medesima persona, simultaneamente o in tempi successivi, in diversi Stati membri al solo fine di prolungare il suo soggiorno

nell'Unione europea»¹. In sostanza, i meccanismi di allocazione della competenza all'esame delle domande di asilo sono stati strutturati in modo tale da rappresentare il prerequisito del corretto funzionamento dell'intero sistema, in quanto meccanismi in grado di contrastare la minaccia di un "abuso" del sistema stesso da parte dei richiedenti asilo².

Allo stesso tempo, invero, come si avrà modo di evidenziare, proprio i criteri che informano il sistema Dublino e regolano il riparto di competenze per l'esame delle domande di asilo rappresentano una delle principali ragioni che permettono di spiegare il motivo delle preoccupazioni espresse a livello istituzionale circa il rischio di "abusi" del sistema asilo. Infatti, i suoi tratti caratterizzanti e distintivi permettono di spiegare non solo i problemi legati al suo corretto funzionamento (v. *infra*), ma consentono altresì di comprendere per quale ragione la scelta di mantenere immutato un sistema siffatto quale meccanismo alla base dell'allocazione delle responsabilità rispetto all'esame delle domande di asilo determina problemi di efficienza in tutto il sistema asilo³.

2.1. Il processo di (non) evoluzione del sistema Dublino

Il sistema Dublino è nato dall'evoluzione di una delle prime forme di cooperazione intergovernativa che hanno consentito una gestione sovranazionale alle problematiche connesse al diritto d'asilo, la Convenzione di Dublino del 1990⁴. Tale Convenzione, intesa a stabilire regole atte ad individuare lo Stato responsabile per l'esame delle domande di asilo, è stata adottata in parallelo al cosiddetto Accordo di Schengen – sottoscritto il 14

¹ Proposta di regolamento del Consiglio che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda d'asilo presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo, COM(2001) 447 def., 30 ottobre 2001.

² Si veda European Parliament's Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs, Policy Department C – Citizens' Rights and Constitutional Affairs, *The reform of the Dublin III regulation*, PE 571.360, 2016, p. 21 secondo cui «the wholesale condemnation of secondary movement and avoidance strategies as "abuse" and "asylum shopping" misses the fact that their motivations may be legitimate and relate more to the failings of the CEAS than abusive behaviour. Terms such as "asylum shopping" also mislead policy-makers by confusing existential needs with frivolous personal convenience»

³ Si veda, in senso critico, F. MAIANI, *The Dublin III Regulation: A New Legal Framework for a More Humane System?*, in V. CHETAİL, P. DE BRUYCKER, F. MAIANI, *Reforming the Common European Asylum System*, Boston, 2016, p. 101.

⁴ Come ricorda F. MAIANI, *ibid.*, il sistema Dublino è lo strumento più antico della politica europea in materia di asilo, che risale alla sua "preistoria intergovernativa".

giugno 1985⁵, ma che ha trovato applicazione soltanto grazie alla Convenzione del 19 giugno 1990⁶ –, con cui alcuni Stati membri si erano impegnati a sopprimere gradualmente i controlli alle frontiere interne, al fine di agevolare la circolazione delle persone e delle merci.

L'approccio seguito nel corso delle trasformazioni che hanno portato all'attuale conformazione del meccanismo di ripartizione delle competenze in merito all'esame delle domande di protezione internazionale, aspirava a realizzare un progressivo mutamento dell'apparato normativo, in una prospettiva di incremento dell'efficacia del sistema stesso, in coordinamento con le altre componenti del CEAS e con altri strumenti di solidarietà dell'Unione. In particolare, la normativa di riferimento è oggi rappresentata dal regolamento n. 604/2013, il cosiddetto "regolamento Dublino III", che è andato a sostituire il precedente regolamento n. 343/2003 ("regolamento Dublino II") e, ancor prima, appunto, la Convenzione di Dublino del 1990.

Tuttavia, nonostante la sostituzione della convenzione internazionale con un atto legislativo dell'Unione europea – il regolamento, appunto –, le regole del sistema non sono state mai sostanzialmente cambiate⁷. Infatti, come espresso nei preamboli di entrambi i regolamenti Dublino II e Dublino III⁸, il legislatore dell'UE, pur impegnandosi ad «apporta[re] i miglioramenti necessari, in vista dell'esperienza acquisita, a

⁵ Quest'accordo era stato inizialmente firmato da cinque Stati: la Repubblica Federale Tedesca e la Francia (che avevano già concluso l'Accordo di Saarbrücken, con il quale veniva stabilita la progressiva abolizione dei controlli alle frontiere comuni), i Paesi Bassi, il Belgio e il Lussemburgo. Sull'Accordo di Saarbrücken e, in generale, sull'Accordo di Schengen si veda: V. HREBLAY, *Les accords de Schengen. Origine, fonctionnement, avenir*, Bruxelles, 1998, p. 15 e ss.

⁶ La Convenzione entrò in vigore il 26 marzo 1995 per Belgio, Francia, Germania, Lussemburgo, Paesi Bassi, Portogallo e Spagna. Per gli altri Stati aderenti, Italia, Grecia e Austria, l'applicazione era soggetta ad una decisione del Comitato esecutivo, che fissò, come date per l'entrata in vigore per Italia e Austria, rispettivamente il 26 ottobre 1997 e il 1° dicembre 1997; invece per la Grecia, la Convenzione divenne effettiva solo con l'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam.

⁷ Si veda C. FAVILLI, *La difficile costruzione di un sistema europeo comune di asilo*, in *Minorigiustizia*, n. 1/2019, p. 35, dove afferma molto chiaramente che «[è] come se l'imprinting internazionale abbia condizionato il contenuto e lo sviluppo della disciplina, senza che l'avvento dell'Unione e la creazione dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia abbiano modificato l'ordine delle priorità, imponendo la modifica delle norme vigenti».

⁸ Cfr. Considerando n. 5 del regolamento 343/2003 e considerando n. 9 del regolamento 604/2013, che sottolinea la stretta correlazione tra il buon funzionamento del sistema di Dublino e la corretta operatività del CEAS, suggerendo la necessità di un loro riesame periodico "in parallelo". Si precisa inoltre che «[d]ovrebbe essere previsto un «controllo di qualità» completo sotto forma di esame fattuale, che contempli gli effetti giuridici, economici e sociali del sistema di Dublino, comprese le sue ripercussioni sui diritti fondamentali».

migliorar[n]e l'efficienza (...) e [a migliorare] la protezione offerta ai richiedenti nel contesto di tale sistema», ha deciso in entrambe le occasioni che era «opportuno, in questa fase, confermare i principi alla base» del sistema di Dublino.

L'immutata impostazione dei meccanismi di riparto di competenza si rinviene, in particolare, con riferimento all'individuazione dei criteri alla base della ripartizione delle responsabilità per l'esame delle domande di asilo. Tali criteri ricalcano, oggi, le medesime logiche che informavano la prima Convenzione del 1990: si basano su parametri oggettivi, operano indipendentemente dalle preferenze (soggettive) dei richiedenti asilo e, dunque, prescindono, per lo più, dai legami che gli stessi potrebbero avere con un particolare Stato membro. E proprio con riferimento alla rilevanza di questi possibili legami, se, da un lato, la rifusione del regolamento Dublino ha comportato l'introduzione di alcuni cambiamenti atti ad assicurare, in modo particolare, una maggiore tutela dei legami familiari⁹, dall'altro, tali modifiche non sono state in grado di risolvere il principale problema legato all'operatività del sistema Dublino, ossia la preponderante applicazione del criterio residuale del Paese di primo ingresso.

Un impianto siffatto, peraltro, risulta estremamente distante dalle raccomandazioni avanzate dal Comitato esecutivo del Programma dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati (UNHCR), il quale ha fin da sempre suggerito di tenere conto, per quanto possibile, delle intenzioni dei richiedenti asilo, sottolineando come il criterio da privilegiare dovrebbe essere quello del luogo in cui è stata presentata la domanda di asilo solo qualora non esistano "stretti legami" con un altro Stato, come legami familiari, soggiorni precedenti o affinità culturali, che andrebbero valorizzati¹⁰.

⁹ Quanto alla rilevanza dei legami familiari, ad esempio, da un lato, non è stato fatto alcun passo per indurre le autorità nazionali ad accettare più facilmente la prova dell'esistenza di legami familiari, che rappresentava uno dei maggiori problemi riscontrati nella prassi derivante dall'applicazione del regolamento 343/2003. Inoltre, permangono due elementi che delimitano fortemente la portata dei criteri familiari. Il primo limite deriva direttamente dalla definizione di «familiare» generalmente applicabile, la quale viene delineata in maniera molto restrittiva, in quanto essa ricomprende esclusivamente i rapporti di "famiglia nucleare" esistente nel Paese d'origine (cfr. articolo 2, lettera g), punto iii), tracciando una discriminatoria linea di demarcazione tra i legami familiari formati prima e dopo la partenza. Cfr. F. MAIANI, *The Dublin III Regulation: A New Legal Framework for a More Humane System?*, in V. CHETAIL, P. DE BRUYCKER, F. MAIANI, *op. cit.*, pp. 121-122.

¹⁰ UNHCR, *Revisiting the Dublin Convention: Some Reflections by UNHCR in Response to the Commission Staff Working Paper*, 19 January 2001, p. 5: «The principle that the transfer from one Member State to another of the responsibility for considering an asylum application may only be justified in cases where the applicant has meaningful links or connections with the latter Member State. For this purpose, the notion of

2.2. (segue): Le più recenti prospettive di riforma

Volgendo lo sguardo alle proposte di riforma del regolamento Dublino avanzate sino al 2022 – ossia i tentativi di modifica avviati prima, a partire dal 2016 e, più recentemente, con l’adozione del nuovo Patto sulla migrazione e sull’asilo –, non sembra che esse siano delineate al fine di incidere realmente sull’attuale conformazione del sistema.

Prendendo in considerazione, innanzitutto, la proposta della Commissione¹¹ presentata a seguito dei flussi migratori senza precedenti che avevano interessato le frontiere esterne dell’Unione e, in particolare, gli Stati membri affacciati sul Mediterraneo, essa aveva trovato origine proprio quale reazione alle lacune emerse nelle politiche europee in materia di asilo e, in particolare, alle innumerevoli carenze funzionali del regolamento Dublino III. Tale strumento giuridico aveva infatti dato prova di non essere adeguato alla realizzazione degli obiettivi per cui lo stesso era stato pensato, in parte a causa dell’incongruità dei criteri di allocazione di competenza previsti, e, in parte, per le difficoltà riscontrate dagli Stati Membri nella loro corretta ed omogenea interpretazione¹². Tuttavia, il contenuto della proposta era stato fortemente criticato proprio in ragione della sua portata scarsamente innovativa, che finiva per ignorare le problematiche del sistema, riproponendo i medesimi criteri di competenza sanciti dall’attuale regolamento Dublino III. L’unica novità era costituita dalla previsione di un «meccanismo correttivo di

meaningful links or connections includes family and cultural links, as well as legal residence in the Member State, but does not include the possession of a visa, or mere previous presence in that State’s territory». L’UNHCR ha inoltre sottolineato che qualsiasi sistema di assegnazione delle responsabilità dovrebbe avere come punto centrale «the interest of the refugee to have his/her claim determined fairly and promptly, in an environment supportive of his/her psychological and social needs», e che la credibilità di tale sistema dovrebbe dipendere dall’esistenza di «harmonised standards in several other substantive and procedural areas of asylum» e di un equilibrio degli sforzi tra gli Stati membri.

¹¹ Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l’esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di paese terzo o da un apolide (rifusione), COM(2016) 270 def., 4 maggio 2016.

¹² Sulle carenze del regolamento Dublino III, si veda, *ex multis*: G. CAGGIANO, *L’insostenibile onere della gestione delle frontiere esterne e della competenza di “Paese di primo ingresso” per gli stati frontalieri nel mediterraneo*, in *Atti del convegno in memoria di Luigi Sico*, 2011, p. 581 e ss.; M. DI FILIPPO, *The Reform of the Dublin System and the First (Half) Move of the Commission*, in *Sidiblog*, 16 maggio 2016; F. MAIANI, *The Reform of the Dublin III Regulation, European Parliament*, www.europarl.eu, 2016, pp. 53-56; F. MUNARI, *The Perfect Storm on EU Asylum Law: The Need to Rethink the Dublin Regime*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 3/2016, p. 517 e ss.; C. FAVILLI, *L’Unione che protegge e l’Unione che respinge. Progressi, contraddizioni e paradossi del sistema europeo di asilo*, in *Questione e Giustizia*, n. 2/2018, p. 28 e ss., in particolare par. 6.

assegnazione» in situazioni in cui uno Stato si fosse trovato ad affrontare un numero sproporzionato di domande per il cui esame fosse risultato competente, rispetto alla «quota di riferimento» assegnata a quello Stato membro (calcolata in base alla popolazione per il 50% e al PIL totale per il restante 50%). Anche tale meccanismo, tuttavia, aveva destato alcune perplessità quanto alla sua effettiva applicazione, poiché erano state evidenziate le scarse probabilità di superamento delle «quote di riferimento», in grado di far scattare il meccanismo di riassegnazione delle domande in maniera proporzionale ad altri Stati che esaminano un numero di domande inferiori al 100% della loro quota di riferimento, fino alla cessazione della situazione di crisi¹³.

In ogni caso, la proposta era naufragata in ragione del mancato accordo degli Stati membri necessario ad approvare il mandato a negoziare con il Parlamento europeo. Quest'ultimo, peraltro, con una risoluzione del 16 novembre 2017¹⁴, aveva approvato emendamenti alla proposta della Commissione, che risultavano effettivamente in grado di incidere sull'assetto del sistema. In particolare, il Parlamento aveva suggerito profonde modifiche nella gerarchia dei criteri per la determinazione dello Stato competente, attribuendo primaria rilevanza ai «legami significativi» dei richiedenti con determinati Stati membri e rimodulando il «meccanismo correttivo di assegnazione» in modo da consentire a ciascun richiedente la possibilità di esprimere una scelta quanto al Paese nel quale essere indirizzato, tra i quattro Stati meno gravati da domande di asilo al momento della riassegnazione.

Successivamente, un ripensamento del sistema è stato avanzato attraverso il “nuovo” Patto europeo sulla migrazione e sull'asilo¹⁵, la proposta di modifica dell'assetto normativo del CEAS, presentato ufficialmente dalla Commissione il 23 settembre 2020.

¹³ C. HRUSCHKA, *Dublin is dead! Long live Dublin! The 4 May 2016 proposal of the European Commission*, in *eumigrationlawblog.eu*, 17 May 2016.

¹⁴ Relazione sulla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide (rifusione), 6 novembre 2017. SI tratta del cosiddetto “rapporto Wikström”, dal nome del suo relatore, Cecilia Wikström. Per un'analisi della relazione, si veda F. MAIANI, *The Report of the European Parliament on the reform of the Dublin system: certainly bold, but pragmatic?*, in *eumigrationlawblog.eu*, 20 December 2017.

¹⁵ Comunicazione della Commissione, *Un nuovo patto sulla migrazione e l'asilo*, COM(2020) 609 def., 23 settembre 2020. Per un'analisi delle diverse proposte avanzate dalla Commissione, si veda: D. THYM, *Reforming the Common European Asylum System: Opportunities, Pitfalls, and Downsides of the Commission Proposals for a New Pact on Migration and Asylum*. Baden-Baden, 2022.

Invero, sebbene con la proposta di regolamento sul meccanismo di gestione della migrazione e dell'asilo¹⁶, la Commissione abbia proposto tanto l'abrogazione del regolamento Dublino III, quanto il ritiro della proposta di Dublino IV, quanto prospettato sulla carta, non ha trovato un riscontro nella sostanza. Infatti, il nuovo regolamento non fa altro che riprodurre il contenuto del regolamento Dublino III, con modifiche tratte proprio dalla proposta Dublino IV¹⁷. E le poche reali innovazioni contemplate all'interno della proposta – il rafforzamento della rilevanza dei legami familiari, l'individuazione della competenza dello Stato sulla base dell'eventuale rilascio in passato di un titolo di studio e altre modifiche volte a rendere più rapida l'esecuzione dei trasferimenti, nonché a ridurre le possibilità di derogare all'applicazione dei criteri – non sembrano comunque idonee ad incidere efficacemente sul quadro esistente¹⁸.

2.3. Le ragioni dell'anacronismo del sistema

Dunque, i capisaldi su cui oggi, come allora, si fonda il sistema Dublino sono tre.

Innanzitutto, è previsto che ogni domanda presentata da un cittadino di un paese terzo in uno degli Stati membri debba essere da questi esaminata e ciò per «assicurare il pieno rispetto del diritto d'asilo garantito dall'articolo 18 della Carta, nonché dei diritti riconosciuti ai sensi degli articoli 1, 4, 7, 24 e 47 della stessa»¹⁹.

¹⁶ Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio sulla gestione dell'asilo e della migrazione e che modifica la direttiva 2003/109/CE del Consiglio e la proposta di regolamento (UE) XXX/XXX [Fondo Asilo e migrazione], COM(2020) 610 def., 23 settembre 2020.

¹⁷ Si veda, in senso critico rispetto al contenuto della proposta, F. MAIANI, *Into the Loop: The Doomed Reform of Dublin and Solidarity in the New Pact*, in D. THYM (ed.), *Reforming the Common European Asylum System: Opportunities, Pitfalls, and Downsides of the Commission Proposals for a New Pact on Migration and Asylum*. Baden-Baden, 2022, p. 43 e ss.

¹⁸ Si veda in questo senso M. BORRACCETTI, *Il nuovo Patto europeo sulla migrazione e l'asilo: continuità o discontinuità con il passato?*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, Fasc. n. 1/2021, pp. 24-25. Secondo C. FAVILLI, *Il patto europeo sulla migrazione e l'asilo: "c'è qualcosa di nuovo, anzi d'antico"*, in *Questione Giustizia*, 2 ottobre 2020, anche se «[t]anta è la fiducia della Commissione nel superamento del fallimento del sistema Dublino attraverso l'irrigidimento degli obblighi e l'eliminazione delle eccezioni, che verrebbe quasi da credere che il sistema potrebbe davvero vivere quella primavera che non ha mai avuto», ciò è da ritenere quasi impossibile. Secondo l'A., il sistema potrebbe effettivamente funzionare solo in presenza di «piccoli numeri: la riduzione del numero dei richiedenti protezione internazionale, perseguita attraverso il contenimento dei flussi, la limitazione dell'accesso al territorio e le procedure accelerate di frontiera, potrebbe rendere meno problematico per gli Stati membri accettare la loro competenza e collaborare agli eventuali trasferimenti di un numero ristretto di persone».

¹⁹ Cfr. Considerando n. 39 del regolamento 604/2013.

In secondo luogo, ogni domanda deve essere esaminata, in linea di principio, da un solo Stato membro, e ciò al fine di impedire la proposizione – e, quindi, l’obbligo di esame – di domande d’asilo multiple, ossia presentate in parallelo o in successione in più Stati membri.

In terzo luogo, la competenza per l’esame delle domande di asilo viene stabilita sulla base di criteri tassativamente previsti dal regolamento stesso, che rispecchiano l’intento principalmente e costantemente perseguito dai paesi europei di attribuire la relativa responsabilità agli Stati che consentono l’ingresso e il soggiorno dei richiedenti rilasciando permessi di soggiorno o visti, ovvero lasciando spazio all’ingresso illegale nel loro territorio attraverso un insufficiente controllo delle frontiere, nell’ottica di prevenire i cosiddetti movimenti secondari.

Invero, un simile impianto poteva trovare una qualche giustificazione al tempo dell’adozione della prima Convenzione di Dublino, quando ancora non era stato creato quello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, oggi caratterizzato dall’assenza di frontiere interne ed entro il quale è garantita la libera circolazione delle persone. Diversamente, proprio il raggiungimento di un siffatto traguardo, unitamente alla definizione di politiche dell’Unione relative alle condizioni di ingresso e di soggiorno dei cittadini dei paesi terzi, compresi gli sforzi comuni per la gestione delle frontiere esterne, avrebbe dovuto comportare l’instaurazione di «un equilibrio tra i criteri di competenza in uno spirito di solidarietà»²⁰. La creazione dello spazio Schengen, che favorisce la libera circolazione delle persone tra gli Stati membri, infatti, è divenuto un ostacolo all’obiettivo del regolamento Dublino di evitare che i richiedenti asilo, sfruttando la possibilità di circolare liberamente – sebbene a loro non strettamente riconosciuta –, possano presentare domande multiple oppure “scegliere” dove chiedere protezione internazionale.

²⁰ Cfr. Considerando n. 25 del regolamento 604/2013.

Simili “scelte”, peraltro, pur essendo interpretabili, talvolta, come decisioni di opportunità²¹, altre volte possono essere spiegate come «tecniche di resilienza»²², volte a salvaguardare esigenze essenziali dei soggetti interessati, nonché aspirazione sociali ed affettive, piuttosto che scelte di mera convenienza²³.

Inoltre, occorre constatare come l'articolo 78 del TFUE, ossia la base giuridica sottesa all'adozione del sistema Dublino, imponga solamente di individuare «criteri e meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda d'asilo o di protezione sussidiaria», senza dettare alcuna indicazione in merito alla tipologia di criteri da adottare e senza specificare che, necessariamente, lo Stato

²¹ L'opportunità alla base della “scelta” del richiedente asilo rispetto allo Stato nel quale presentare domanda di protezione internazionale costituisce una diretta conseguenza della forte disomogeneità esistente tra i sistemi asilo dei diversi Stati membri. Infatti, soprattutto dopo la cosiddetta “crisi dei rifugiati” del 2015 e 2016, la propensione dei governi nazionali a difendere i propri interessi ha ispirato un atteggiamento riluttante a trovare soluzioni che richiedessero una più intensa cooperazione e condivisione delle responsabilità, portando, come risultato, ad una grande differenziazione a livello nazionale in termini di condizioni di accoglienza (in particolare, con riferimento alla durata dei permessi di soggiorno e all'accesso all'assistenza sociale), *status*, procedure, accesso alle misure di integrazione, al diritto al ricongiungimento familiare e ai diritti sociali. Come evidenziato dalla Commissione, ciò è stato possibile, in parte, in ragione del fatto che alcune disposizioni, soprattutto contenute nella direttiva procedure e nella direttiva accoglienza, hanno natura facoltativa e, quindi, non hanno ricevuto tutte la medesima implementazione. In parte, poi, quanto al riconoscimento degli *status* previsti dalla direttiva qualifiche, è stato riscontrato che, nella pratica, il tasso di riconoscimento varia, talvolta in misura notevole, tra gli Stati membri, senza che via sia un'adeguata convergenza per quanto riguarda la decisione di accordare lo *status* di rifugiato o di protezione sussidiaria ai richiedenti provenienti da un determinato paese di origine. Cfr. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, *Riformare il sistema europeo comune di asilo e potenziare le vie legali di accesso all'Europa*, COM(2016) 197 def., 6 aprile 2016.

²² Espressione utilizzata da M. CASTIGLIONE, *L'interesse superiore del minore al ricongiungimento familiare tra sovranità statale e Regolamento Dublino III*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, Fasc. n. 1/2020, p. 130.

²³ Secondo quanto sostenuto dallo stesso Alto Commissariato per i rifugiati (cfr. UNHCR, *Onward Movement of Asylum-Seekers and Refugees: Discussion paper prepared for the Expert Roundtable on Onward Movement Graduate Institute of International and Development Studies*, Geneva, 1-2 October 2015), per rispondere efficacemente al fenomeno dei movimenti secondari, è necessario prendere atto del fatto che, spesso, i richiedenti asilo e i rifugiati si spostano per ragioni più che giustificabili, legate a vari fattori. Tra essi, ad esempio: i limiti esistenti alle possibilità di accesso alle procedure di riconoscimento del diritto d'asilo, il mancato soddisfacimento di standard di protezione adeguati, che implicano il rischio di esposizione al respingimento, il desiderio di ricongiungersi a famiglie e comunità allargate, la mancanza di accesso ai canali migratori regolari e il desiderio di trovare opportunità per un futuro migliore. Si vedano anche gli studi condotti da J. BREKKE, G. BROCHMANN, *Stuck in Transit: Secondary Migration of Asylum Seekers in Europe, National Differences, and the Dublin Regulation*, in *Journal of Refugee Studies*, p. 145 e ss.; J. SCHAPENDONK, *Navigating the Migration Industry: Migrants Moving through an African-European Web of Facilitation/Control*, in *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 2018, p. 663 e ss.

membro competente debba essere solamente uno (potendo leggersi la norma come implicante un onere di individuare “almeno” uno Stato membro competente)²⁴.

Da ultimo, occorrerebbe ragionare sull'utilità della stretta applicazione del principio dell'unicità della competenza anche per la fase successiva al riconoscimento della protezione internazionale, quale diretta conseguenza dell'assenza di un diritto di libera circolazione negli Stati membri per i beneficiari dello *status* di rifugiato o della protezione sussidiaria. Da un lato, l'individuazione di almeno uno Stato che sia competente per la valutazione delle domande di protezione internazionale risponde alla necessità, avvertita soprattutto all'origine del sistema, che venisse e venga assicurato il diritto dei cittadini di paesi terzi o apolidi, bisognosi di protezione, di poter presentare un'istanza di asilo all'interno di uno degli Stati membri dell'Unione. Questi ultimi, infatti, in quanto rispettosi del principio di *non refoulement*, devono essere considerati Stati sicuri per i cittadini di paesi terzi²⁵. Dall'altro lato, tuttavia, non si comprende per quale ragione «in un'area di libera circolazione ci siano persone che non possano circolare e soggiornare in altri Stati membri»²⁶. Soprattutto, considerando che, proprio consentendo gli spostamenti almeno di coloro che abbiano ottenuto il positivo riconoscimento dello *status* giuridico di rifugiato o di beneficiario della protezione sussidiaria – *status*, questi, regolati in modo omogeneo all'interno degli Stati membri grazie all'adozione della direttiva qualifiche –, che siano motivati dall'esistenza di quegli “stretti legami” cui ha fatto più volte riferimento l'UNHCR nelle sue raccomandazioni, si consentirebbe di massimizzare le prospettive di integrazione degli stessi richiedenti asilo e, nel contempo, di superare i problemi legati alla sproporzionata pressione migratoria sofferta da alcuni Stati dell'Unione.

²⁴ Si veda, in questo senso, F. MAIANI, *The Dublin III Regulation: A New Legal Framework for a More Humane System?*, in V. CHETAIL, P. DE BRUYCKER, F. MAIANI, *op. cit.*, p. 103.

²⁵ Cfr. Considerando n. 3 del regolamento 604/2013

²⁶ C. FAVILLI, *Schengen e Dublino: una convivenza impossibile?*, in *Atti del convegno “Quale futuro per la politica migratoria europea?”*, Roma, 24 aprile 2018.

3. Il punto di partenza nella ricostruzione del contenuto del diritto d'asilo: l'articolo 18 della Carta dei diritti fondamentali

Tanto premesso con riferimento alle logiche che regolano i meccanismi alla base del sistema Dublino e, per le ragioni sopra illustrate, che vorrebbero assicurare il corretto funzionamento dell'intero CEAS, è possibile a questo punto concentrare l'attenzione sull'esame del contenuto del "diritto d'asilo", così come tutelato dal diritto europeo.

In quest'ottica, il punto di partenza da cui si ritiene necessario prendere le mosse coincide con quanto disposto dall'articolo 18 della Carta dei diritti fondamentali, norma che garantisce il rispetto del diritto d'asilo conformemente «[a]lle norme stabilite dalla convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 e dal protocollo del 31 gennaio 1967, relativi allo *status* dei rifugiati, e a norma del trattato sull'Unione europea e del trattato sul funzionamento dell'Unione europea».

L'introduzione di tale disposizione, come già illustrato, ha comportato una svolta nell'interpretazione del diritto d'asilo e nella definizione della sua natura: nonostante il significato letterale poco chiaro della disposizione, nonché la divergenza delle espressioni utilizzate nelle diverse lingue ufficiali, l'interpretazione genetica e sistematica della norma ha convinto parte della dottrina a sostenere una lettura individualista del diritto d'asilo, volta ad evidenziare non soltanto l'aspetto di tale diritto legato alla facoltà del singolo di *cercare* asilo, ma altresì a qualificarlo come diritto di quest'ultimo a vederselo garantire, *vis-à-vis* lo Stato di destinazione.

Orbene, rimandando al capitolo precedente per un'analisi del dibattito dottrinale relativo alla definizione della natura del diritto d'asilo (v. Capitolo II, § 3), occorre in questa sede concentrare l'attenzione sull'interpretazione che la Corte di giustizia ha fornito all'articolo 18 della Carta. L'ampia formulazione della norma, infatti, non appare utile, di per sé, ad agevolare la delimitazione del contenuto del diritto d'asilo, rispetto al quale, invece, alcune indicazioni rilevanti potrebbero rinvenirsi proprio nella giurisprudenza della Corte.

3.1. Il ruolo della Corte di giustizia nell'interpretazione dell'articolo 18 della Carta

Se, da un lato, non sono numerosi i casi i cui la Corte è stata interpellata, attraverso lo strumento del rinvio pregiudiziale, affinché si esprimesse in merito al contenuto del diritto

d'asilo tutelato dalla Carta, dall'altra, in tutti i casi in cui ciò è accaduto, i giudici di Lussemburgo non hanno mai ritenuto di dover chiarire quale fosse l'essenza del diritto in questione, finendo per addivenire ad una risoluzione delle questioni di volta in volta avanzate attraverso iter argomentativi che non rendessero necessaria un'esplicita definizione del contenuto del diritto d'asilo.

Per esempio, nella causa *N.S. e a.*²⁷ – concernente l'applicazione della cosiddetta “clausola di sovranità” prevista dall'articolo 17 del regolamento Dublino nell'ottica di garantire tutela ai diritti fondamentali dei richiedenti protezione internazionale –, con la quinta questione promossa, il giudice rimettente ha domandato alla Corte se l'articolo 18, in combinato disposto con gli articoli 1 e 47 della Carta, offrisse una protezione più ampia rispetto a quella discendente dall'articolo 3 della CEDU, relativo al divieto di respingimento, imponendo un obbligo positivo agli Stati membri di non trasferire un richiedente asilo verso un altro Paese membro che non sia in grado di garantire il rispetto dei diritti fondamentali²⁸.

Sul punto, alcune indicazioni sono state fornite dall'Avvocato generale Trstenjak²⁹, il quale, nelle proprie conclusioni, ha ricollegato il contenuto dell'articolo 18 della Carta all'articolo 33 della Convenzione di Ginevra, precisando che «[b]enché l'esatta portata di questo divieto di respingimento sia controversa, si deve ritenere che esso garantisca ai rifugiati (...) non solo protezione da un allontanamento diretto verso il paese persecutore,

²⁷ Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 21 dicembre 2011, causa C-411/10 e C-493/10, *N.S. e a.* Nel caso in esame, la Corte di Giustizia si è occupata di verificare se sussista o meno un obbligo in capo agli Stati membri di effettuare verifiche quanto al rispetto dei diritti fondamentali da parte di un altro Paese membro al momento del trasferimento di un richiedente asilo verso quest'ultimo, in applicazione dei criteri fissati dal regolamento Dublino stesso per regolare il riparto di competenze quanto all'esame delle domande di protezione internazionale. In merito, è giunta a sostenere come l'assenza di armonizzazione nei vari Stati membri, tanto rispetto alle procedure di asilo, quanto alle misure di accoglienza, comporti necessariamente l'affermazione del carattere non assoluto della presunzione di sicurezza derivante dal principio di reciproca fiducia, ed imponga, come conseguenza, un dovere, in capo a ciascuno Stato, di controllo *de facto* rispetto alla presenza o meno, nello Stato formalmente competente, di “carenze sistemiche” che possano integrare forme di violazione del divieto di tortura e altri trattamenti disumani e degradanti.

²⁸ Per un approfondimento sul tema, si veda, tra gli altri: A. LIGUORI, *Clausola di sovranità e Regolamento “Dublino III”*, in G. CATALDI, A. DEL GUERCIO, A. LIGUORI (a cura di), *Il diritto di asilo in Europa*, Napoli, 2014, p. 43 ss.; sul principio di mutua fiducia, si veda: G. MORGESE, *Solidarietà e ripartizione degli oneri in materia di asilo nell'Unione europea*, in G. CAGGIANO (a cura di), *I percorsi giuridici per l'integrazione. Migranti e titolari di protezione internazionale tra diritto dell'Unione e ordinamento italiano*, Torino, 2014, p. 365 ss.

²⁹ Conclusioni dell'Avvocato generale Verica Trstenjak, presentate il 22 settembre 2011, cause riunite C-411/10 e C-493/10, *N.S. e a.*

ma anche protezione da un cosiddetto allontanamento a catena, quando, cioè, viene effettuato un trasferimento in uno Stato in cui sussiste il pericolo di un allontanamento verso un paese persecutore»³⁰. La Corte di giustizia, diversamente, ha completamente evitato di approfondire il tema, facendo riferimento ad una sua precedente analisi sul divieto di tortura, ritenuta applicabile anche al diritto alla dignità umana, al diritto d'asilo e al diritto a un ricorso effettivo³¹.

Allo stesso modo, nel caso *Halaf*³² – sempre relativo al funzionamento del sistema Dublino –, la Corte di giustizia non ha fornito chiarimenti circa la specifica questione inerente «il contenuto del diritto di asilo ai sensi dell'articolo 18 della Carta, in combinato disposto con l'articolo 53 della stessa nonché con la definizione di cui all'articolo 2, lettera c), e il considerando 12 del regolamento [Dublino] », ritenendo la stessa assorbita da una precedente, relativa all'articolo 4 della Carta, relativo al rispetto della dignità umana.

Maggiori indicazioni quanto al significato del diritto d'asilo di cui all'articolo 18 si rinvencono, invece, nelle conclusioni dell'Avvocato generale Wathelet rese con riferimento al caso *Ibrahim e altri*³³. Egli, in particolare, ha associato l'articolo 18 della Carta al diritto d'accesso alla procedura di riconoscimento della protezione internazionale, escludendo la possibilità di applicare il motivo di inammissibilità previsto all'articolo 33, paragrafo 2, lettera a), della direttiva 2013/32 – connesso al previo riconoscimento della protezione internazionale da parte di un altro Stato membro –, nel caso in cui il richiedente con una domanda di riconoscimento dello *status* di rifugiato in uno Stato membro chieda l'estensione della protezione sussidiaria concessagli in un altro Stato membro e la procedura di asilo in quest'ultimo Stato membro fosse e continui ad essere pregiudicata da carenze sistemiche³⁴.

³⁰ *Ibid.*, punto 114.

³¹ Quanto al divieto di tortura, la Corte ha affermato che «L'art. 4 della Carta deve essere interpretato nel senso che gli Stati membri, compresi gli organi giurisdizionali nazionali, sono tenuti a non trasferire un richiedente asilo verso lo “Stato membro competente” ai sensi del regolamento n. 343/2003 quando non possono ignorare che le carenze sistemiche nella procedura di asilo e nelle condizioni di accoglienza dei richiedenti asilo in tale Stato membro costituiscono motivi seri e comprovati di credere che il richiedente corra un rischio reale di subire trattamenti inumani o degradanti ai sensi di tale disposizione» (punto 106).

³² Corte di giustizia, sentenza del 30 maggio 2013, causa C-528/11, *Halaf*.

³³ Conclusioni dell'Avvocato generale Melchior Wathelet, presentate il 25 luglio 2018, cause riunite C-297/17, C-318/17, C-319/17 e C-438/17, *Ibrahim e a.*

³⁴ Sul concetto di “carenze sistemiche”, si veda, *ex multis*, A. VON BOGDANDY, M. IONNADIS, *Il deficit sistemico nell'Unione europea*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 3/2014, p. 593 ss.; C. FAVILLI,

Si segnala, da ultimo, quanto si legge nelle conclusioni dell'Avvocato Generale Jääskinen, relative al caso *Puid*³⁵. In particolare, egli, dopo aver chiarito che «[i]l principio del non respingimento costituisce l'essenza del diritto fondamentale all'asilo garantito dall'articolo 18 della Carta e dall'articolo 78, paragrafo 1, TFUE», ha affermato chiaramente che «[q]ueste disposizioni non fanno insorgere in capo al richiedente il diritto sostanziale soggettivo all'asilo (...), bensì il diritto ad un esame equo ed effettivo della richiesta di asilo, assieme al diritto a non essere trasferito in paesi o territori in contrasto con il principio del non respingimento»³⁶, poiché l'articolo 18 della Carta non andrebbe oltre la Convenzione di Ginevra e l'*acquis communautaire* in termini di diritti dei richiedenti asilo.

Tanto premesso, occorre constatare come tale atteggiamento della Corte, evasivo rispetto alle specifiche questioni sollevate dai giudici nazionali quanto al significato da attribuire all'articolo 18, abbia generato un approccio disomogeneo da parte degli organi giurisdizionali nazionali quanto alla natura, al contenuto e agli effetti del diritto d'asilo, come sancito dalla Carta, il cui valore aggiunto rispetto al principio di non respingimento o alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sull'articolo 3 della CEDU rimane poco chiaro³⁷.

4. L'attuale quadro giuridico in materia di asilo

Preso atto della difficoltà di individuare una chiara definizione del concetto di "asilo", enucleato nell'articolo 18 della Carta, occorre focalizzare l'attenzione sui singoli strumenti giuridici adottati dall'Unione, al fine di delineare il contenuto del diritto d'asilo

Reciproca fiducia, mutuo riconoscimento e libertà di circolazione di rifugiati e richiedenti protezione internazionale nell'Unione europea, in *Rivista di diritto internazionale*, n. 3/2015, p. 701 e ss., in particolare, pp. 712-714.

³⁵ Conclusioni dell'Avvocato generale Niilo Jääskinen, presentate il 18 aprile 2013, causa C-4/11, *Puid*.

³⁶ Conclusioni dell'Avvocato generale Jääskinen, *Puid*, cit., par. 39.

³⁷ Si veda, in proposito, M. MORARU, *The EU Fundamental Right to Asylum: In Search of Its Legal Meaning and Effects*, in S. IGLESIAS SÁNCHEZ, M. GONZÁLEZ PASCUAL (eds.), *Fundamental Rights in the EU Area of Freedom, Security and Justice*, Cambridge, 2021, p. 154. Secondo l'A., il suddetto approccio passivo della Corte avrebbe rafforzato nei giudici nazionali la convinzione secondo la quale l'articolo 18 avrebbe un valore meramente simbolico, senza assumere alcuna reale valenza pratica, a differenza di altre disposizioni della Carta e della Convenzione sui rifugiati. Pertanto, prosegue l'A., «the CJEU's tendency to downplay the relevance of Article 18 compared to other Charter provisions should be reconsidered in light of the independent, self-standing and directly effective status of the EU fundamental right to asylum».

riconosciuto a livello di diritto europeo. In quest’ottica, si procederà ad un richiamo del diritto derivato adottato per realizzare gli obiettivi del sistema europeo comune di asilo, cercando di evidenziare quali diritti sottendono il più generale concetto di asilo³⁸. L’esame verrà condotto secondo due prospettive principali: da un lato, si prenderanno in considerazione gli aspetti sostanziali dell’asilo, concernenti gli *status* di cui possono beneficiare i richiedenti protezione internazionale e i diritti ad essi connessi (relativi, in modo particolare, all’accoglienza e all’integrazione), e, dall’altro, i profili di natura procedurale, riguardanti, tra gli altri, il diritto di accesso alle procedure di esame delle domande e il diritto ad un ricorso effettivo.

In particolare, la scelta di analizzare anche le garanzie procedurali connesse al riconoscimento del diritto d’asilo si spiega con l’esigenza di evidenziare la stretta interconnessione esistente tra il contenuto materiale di questo diritto e i profili di natura procedurale ad esso connessi e che, nei termini che verranno chiariti di seguito, ne costituiscono una premessa logica indispensabile.

Nella medesima prospettiva, si terranno altresì in considerazione alcune prerogative, regolate dalla direttiva 2013/33/UE relativa all’accoglienza³⁹, che vengono assicurate al richiedente asilo, ovvero al “cittadino di un paese terzo o apolide che abbia presentato una domanda di protezione internazionale sulla quale non è stata ancora adottata una decisione definitiva” (articolo 2, par. 1, lett. b) direttiva accoglienza). In tal modo, sarà possibile, da un lato, offrire una panoramica completa di tutte le garanzie che accompagnano il riconoscimento del diritto d’asilo – e che, quindi, ne rappresentano delle componenti – e, dall’altro, evidenziare le differenze che intercorrono tra la situazione di

³⁸ V. S. AMADEO, F. SPITALERI., *Il diritto dell’immigrazione e dell’asilo dell’Unione europea*, Torino, 2019, p. 53 e ss.

³⁹ Cfr. Programma di Stoccolma, *Un’Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini*, adottato dal Consiglio europeo dell’11 dicembre 2009, *GUUE* C 115, 4 maggio 2010, pp. 1-38. Da esso si evince che uno degli obiettivi che il CEAS intende raggiungere consiste proprio nell’assicurare a coloro che presentino una domanda di asilo un trattamento di livello equivalente non solo quanto alle disposizioni procedurali e alla determinazione dello *status*, ma anche di pari livello quanto alle condizioni di accoglienza. Occorre peraltro considerare che gli Stati membri sono comunque vincolati a trattati internazionali, che impongono loro il rispetto di diritti, quali il diritto alla libertà e alla sicurezza, del divieto di tortura, trattamenti inumani e degradanti e di principi, come il superiore interesse del minore, i quali, sebbene non specificamente rivolti ai richiedenti protezione, hanno un impatto sul loro trattamento e determinano la predisposizione da parte degli stessi Stati di una serie di garanzie. Si veda, in questo senso, E. TSOURDI, *EU Reception Conditions: A Dignified Standard of Living for Asylum Seekers?*, in V. CHETAIL, P. DE BRUYCKER, F. MAIANI (eds.), *Reforming the common European asylum system: the New European refugee law*, Boston, 2016, p. 269 e ss.

chi è solo in potenza beneficiario del diritto d'asilo e chi, invece, ha ottenuto il riconoscimento di una specifica qualifica.

Si precisa, da ultimo, che le garanzie e i diritti che verranno presi in esame concernono gli standard minimi di tutela fissati a livello comunitario, i quali, invero, possono essere derogati *in melius* dai singoli Stati membri per espressa previsione legislativa⁴⁰. L'articolo 3 della direttiva 2011/95/UE, ad esempio, stabilisce che «[g]li Stati membri hanno facoltà di introdurre o mantenere in vigore disposizioni più favorevoli in ordine alla determinazione dei soggetti che possono essere considerati rifugiati o persone ammissibili alla protezione sussidiaria nonché in ordine alla definizione degli elementi sostanziali della protezione internazionale, purché siano compatibili con le disposizioni della presente direttiva»⁴¹. Inoltre, la direttiva n. 115/2008/UE, la c.d. "direttiva rimpatri", all'articolo 6, par. 4, ha statuito come gli Stati possano rilasciare in qualsiasi momento, «per motivi umanitari, caritatevoli o di altra natura», un permesso di soggiorno autonomo o un'altra autorizzazione che conferisca il diritto di soggiornare a un cittadino di un Paese terzo il cui soggiorno è irregolare. Parimenti, l'articolo 5 della medesima direttiva prevede la facoltà per gli Stati membri di introdurre o mantenere in vigore criteri più favorevoli in ordine alle procedure di riconoscimento e revoca dello *status* di protezione internazionale, purché tali criteri siano compatibili con la direttiva stessa.

Pertanto, occorre tenere in considerazione che, a livello nazionale, la gamma di diritti effettivamente connessi al riconoscimento del diritto d'asilo potrebbe risultare più ampia rispetto a quelli derivanti dalle disposizioni di matrice europea, anche alla luce della

⁴⁰ Tale facoltà è stata oggetto di esame anche da parte della Corte di giustizia nel caso *B. e D. c. Germania* (cfr. Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 9 novembre 2010, cause riunite C-57/09 e C-101/09, *B. e D. c. Germania*), con riferimento all'applicazione dell'articolo 12 della direttiva qualifiche in tema di cause di esclusione dallo *status* di rifugiato. Sul punto, i giudici di Lussemburgo hanno chiarito che gli Stati membri possono concedere forme di protezione umanitaria e caritatevole diverse e ulteriori rispetto a quelle riconosciute dalla normativa europea, purché queste non modifichino i presupposti e l'ambito di applicazione della disciplina derivata dell'Unione.

⁴¹ Si veda anche il considerando 14, direttiva n. 95/2011/UE: «Gli Stati membri dovrebbero avere facoltà di stabilire o mantenere in vigore disposizioni più favorevoli delle norme stabilite nella presente direttiva per i cittadini di paesi terzi o per gli apolidi che chiedono protezione internazionale a uno Stato membro, qualora tale richiesta sia intesa come basata sul fatto che la persona interessata è o un rifugiato ai sensi dell'articolo 1 A della convenzione di Ginevra o una persona avente titolo a beneficiare della protezione sussidiaria».

necessità di assicurare piena attuazione ai principi fissati a livello internazionale in materia di asilo⁴².

5. Gli aspetti sostanziali del diritto d'asilo

5.1. La direttiva qualifiche: il diritto d'asilo è la protezione internazionale?

Nel momento in cui ci si appropria allo studio del contenuto del diritto d'asilo, la prima associazione che spontaneamente si tende ad effettuare concerne il binomio asilo-*status* di rifugiato, ovvero, nel diritto dell'Unione, asilo-protezione internazionale. Nello stesso linguaggio istituzionale – sia a livello programmatico, sia nel contesto della redazione degli atti normativi –, la “domanda di asilo” coincide, formalmente, con la domanda di riconoscimento di una delle due forme di protezione internazionale regolate dalla normativa UE, implicando una inevitabile sovrapposizione dei due concetti⁴³. In effetti,

⁴² Si ricorda, in proposito, la sentenza *Parlamento europeo c. Consiglio* (cfr. Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 27 giugno 2006, causa C-540/03, *Parlamento europeo c. Consiglio*), nella quale la Corte di giustizia ha statuito che le disposizioni di una direttiva che autorizzano implicitamente una legislazione nazionale in contrasto con il diritto internazionale sono invalide. Nel caso di specie, i giudici di Lussemburgo si erano occupati della possibile violazione dell'articolo 8 CEDU da parte della direttiva sul ricongiungimento familiare. In merito, il Consiglio aveva sostenuto l'inammissibilità del ricorso promosso dal Parlamento europeo in ragione del fatto che, dal momento che la direttiva in questione lasciava agli Stati membri un certo margine di apprezzamento, che avrebbe permesso loro di conformarsi all'articolo 8 CEDU, non poteva ritenersi che la direttiva stessa violasse il diritto internazionale. In particolare, la Corte aveva affermato che: «se è pur vero che la direttiva lascia agli Stati membri un margine di discrezionalità, tale margine è sufficientemente ampio per consentire loro di applicare le regole della direttiva in senso conforme alle esigenze derivanti dalla tutela dei diritti fondamentali (...). Si deve rammentare, a tal riguardo, che, come risulta da costante giurisprudenza, le esigenze inerenti alla tutela dei principi generali riconosciuti nell'ordinamento giuridico comunitario, fra i quali vanno annoverati i diritti fondamentali, vincolano parimenti gli Stati membri quando danno esecuzione alle discipline comunitarie, ed essi sono pertanto tenuti, quanto più possibile, ad applicare tali discipline nel rispetto delle dette esigenze» (punti 104 e 105). Pertanto, quando una direttiva lascia un margine, e, quindi, potrebbe astrattamente rendere possibile adottare atti nazionali in contrasto con il diritto internazionale, il diritto dell'Unione impone agli Stati membri di utilizzare tale margine in modo coerente con i requisiti del diritto internazionale; il controllo giudiziario e la possibilità di chiedere una pronuncia pregiudiziale servono a garantire questa coerenza. Si veda, in questi termini, H. BATTJES, *Piecemeal Engineering: The Recast of the Rules on Qualification for International Protection*, in V. CHETAİL, P. DE BRUYCKER, F. MAIANI (eds.), *op. cit.*, p. 201.

⁴³ L'assimilazione dello *status* di rifugiato al diritto di asilo non è una prerogativa esclusiva del diritto UE. Come precisato da V. MORENO-LAX, *The EU Right to Asylum: An Individual Entitlement to (Access) International Protection*, in V. MORENO-LAX, *op. cit.*, p. 367, altre organizzazioni hanno adottato la medesima prospettiva. La definizione contenuta nella Convenzione di Schengen identificava la “domanda

la tutela del diritto d'asilo si concretizza, primariamente ed imprescindibilmente, nella previsione di una figura unica di protezione c.d. internazionale⁴⁴, che si articola, da un lato, nel riconoscimento dello *status* di rifugiato, sulla scorta dei criteri contenuti nella Convenzione di Ginevra del 1951, e, dall'altro, nella concessione della c.d. protezione sussidiaria⁴⁵.

Quanto allo *status* di rifugiato⁴⁶, occorre ricordare che, come più volte ribadito dalla Corte di giustizia⁴⁷, benché l'Unione non sia parte contraente della Convenzione di Ginevra, l'articolo 78, paragrafo 1, TFUE e l'articolo 18 della Carta le impongono nondimeno il rispetto delle norme di tale convenzione; pertanto, l'inclusione di suddetta forma di protezione nel sistema comune europeo è dipesa direttamente dalla volontà legislativa espressa nelle disposizioni di fonte primaria – il Trattato e la Carta dei diritti fondamentali, appunto. Ciò spiega, peraltro, la ragione per cui la formulazione dell'articolo 2, lett. d) della direttiva 2011/95/UE ricalchi fedelmente la formulazione dell'articolo 1, lett. A), co. 2 della Convenzione sui rifugiati.

di asilo” come «ogni domanda presentata (...) da uno straniero (...) allo scopo di ottenere il riconoscimento della sua qualità di rifugiato conformemente alla Convenzione di Ginevra (...) e di beneficiare, in tale qualità, di un diritto di soggiorno» (cfr. Articolo 1 Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen del 14 giugno 1985 tra i governi degli Stati dell'Unione economica Benelux, della Repubblica federale di Germania e della Repubblica francese relativo all'eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni, *GU L 239, 22 settembre 2000 pag. 19-62*). Anche il Comitato esecutivo dell'UNHCR non opera una netta divisione tra asilo e rifugio. Si veda, per un esempio, UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), *Safeguarding Asylum*, No. 82 (XLVIII), 1997, Executive Committee 48th session, United Nations General Assembly Document No. 12A (A/52/12/Add.1), lett. d)(vi).

⁴⁴ Cfr. Considerando 39 della direttiva qualifiche, che richiama direttamente gli obiettivi posti nel programma di Stoccolma.

⁴⁵ L'UNHCR aveva chiesto l'introduzione di un unico *status*, ricomprendente sia le situazioni che, ad oggi, implicano il riconoscimento dello *status* di rifugiato, sia quelle che comportano la concessione della protezione sussidiaria; tuttavia, la Commissione non aveva seguito tale suggerimento, a causa della ritrosia degli Stati membri. Cfr. UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), *Asylum in the European Union. A Study of the Implementation of the Qualification Directive*, November 2007, consultabile al seguente link: <https://www.refworld.org/docid/473050632.html>.

⁴⁶ L'articolo 2, lett. d) della direttiva 2011/95/UE fornisce la definizione dello straniero che può aspirare allo *status* di rifugiato, elencando quattro presupposti per la sua concessione: il timore di una persecuzione, le determinate ragioni della stessa (espressamente, «per motivi di razza, religione, nazionalità, appartenenza ad un determinato gruppo sociale o opinione politica»), la lontananza dal proprio Paese d'origine e la mancanza di protezione nello stesso, con la precisazione che, in caso di soggetto apolide, lo stesso debba trovarsi «fuori dal territorio nel quale aveva precedentemente la dimora abituale per le stesse ragioni succitate e non può o, a causa di siffatto timore, non vuole farvi ritorno».

⁴⁷ Cfr. Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 10 marzo 2016, cause riunite C-443/14 e C-444/14, *Alo e Osso*, punto 29 e giurisprudenza ivi citata, nonché Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 19 giugno 2018, causa C-181/16, *Gnandi*, punto 53 e giurisprudenza ivi citata.

Quanto alla protezione sussidiaria⁴⁸, invece, la Direttiva qualifiche è stato il primo atto legislativo sovranazionale ad introdurre, in Europa, una qualifica complementare allo *status* di rifugiato, diretta ad attribuire tutela anche a coloro che non presentassero i requisiti fissati dalla Convenzione di Ginevra e recepiti a livello di diritto UE.

Molti Stati membri avevano già sviluppato *status* nazionali ad integrazione e completamento dello *status* giuridico previsto dalla Convenzione di Ginevra⁴⁹; tuttavia, si trattava di qualifiche che, oltre ad essere variamente denominate, implicavano diritti anche molto diversificati tra loro, determinando una forte disomogeneità tra gli ordinamenti nazionali. Proprio per questo motivo, la riforma della direttiva qualifiche, dal punto di vista dell'introduzione della protezione sussidiaria, è stata concepita come un processo di armonizzazione delle modalità di tutela complementare già esistenti a livello nazionale, senza che la previsione di tale ulteriore forma di protezione comportasse la creazione di un nuovo sistema di protezione di per sé⁵⁰.

Il primo impulso all'introduzione di una siffatta qualifica era pervenuto da una proposta del marzo 1997 avanzata dalla delegazione danese nell'ambito dei Gruppi di lavoro su Migrazione e Asilo⁵¹, strettamente correlata ad una nota rilasciata dalla

⁴⁸ L'articolo 2, lett. f) direttiva 2011/95/UE individua, quale beneficiario della protezione di cui si tratta, il soggetto che, pur non rientrando nella clausola di inclusione di cui all'art. 2, lett. d) della medesima direttiva (ossia non possiede i requisiti per ottenere il riconoscimento dello *status* di rifugiato), correrebbe il fondato rischio di subire un «grave danno», non potendo o non ragionevolmente volendo avvalersi della protezione dello Stato di provenienza.

⁴⁹ Da un'indagine relativa alla legislazione in vigore negli Stati membri dell'UE, condotta prima dell'adozione della riforma della Direttiva qualifiche (cfr. D. BOUTEILLET-PAQUET, *Subsidiary Protection: Progress or Set-Back of Asylum Law in Europe? A Critical Analysis of the Legislation of the Member States of the European Union*, in D. BOUTEILLET-PAQUET (ed.), *Subsidiary Protection of Refugees in the European Union: Complementing the Geneva Convention?*, Brussels, 2002, p. 226 e ss.), risultava che Belgio, Irlanda e Regno Unito non avevano ancora introdotto nei loro ordinamenti una definizione giuridica di «protezione sussidiaria», preferendo invece adottare meccanismi *ad hoc* per integrare la Convenzione sui rifugiati. Negli altri 12 Stati membri dell'UE, la legislazione nazionale disciplinava forme di protezione complementare, generalmente configurate come strumenti di tutela concessi per motivi umanitari. L'unica eccezione era rappresentata dal sistema portoghese, in cui la protezione sussidiaria era stata incorporata come diritto positivo riconosciuto alle persone che non fossero in grado tornare nel Paese di origine a causa della grave insicurezza generata da un conflitto armato o da violazioni sistematiche dei diritti umani.

⁵⁰ Si veda, sul punto, l'analisi svolta da J. MCADAM, *Complementary Protection in International Refugee Law*, Oxford, 2007.

⁵¹ Cfr. Danish Delegation Note to Migration and Asylum Working Parties, *Subsidiary Protection*, Doc. 6764/97 ASIM 52, 17 March 1997.

Presidenza olandese nell'aprile del 1997⁵², intesa a focalizzare l'attenzione sulla centralità dell'articolo 3 della CEDU come base giuridica alternativa di protezione per le persone che non rientrano nella definizione di rifugiato ai sensi della Convenzione di Ginevra. Sulla base della proposta danese, gli Stati membri sono stati invitati a rispondere a un questionario relativo all'esistenza, all'interno dei singoli ordinamenti nazionali, di forme di protezione complementare e della prassi relativa alla loro applicazione, che ha condotto alla pubblicazione, nel luglio del 1998, di una panoramica delle varie forme di protezione sussidiaria e delle loro basi giuridiche negli Stati membri⁵³.

L'introduzione della protezione sussidiaria a livello di Unione, dunque, ha comportato la previsione di standard minimi per la definizione e il contenuto di tale *status* complementare, fatta sempre salva la possibilità per i singoli Stati membri di mantenere o introdurre standard più favorevoli quanto alla sua applicazione, purché compatibili con la direttiva. Si pensi, ad esempio, ai c.d. *medical cases*, ovvero alle ipotesi in cui il richiedente asilo presenti particolari necessità legate ad uno stato di salute precario o compromesso, per cui un eventuale rimpatrio comporterebbe un'indebita violazione dell'art. 3 CEDU⁵⁴. Come chiarito dalla Corte di giustizia⁵⁵, ragioni differenti da quelle esplicitate nella direttiva qualifiche – tra cui non rientrano motivi legati allo stato di salute dei richiedenti⁵⁶ – non possono condurre al riconoscimento dei due strumenti di

⁵² Cfr. Presidency Note to Asylum/Migration Working Group, *Implications of Article 3 of the European Convention on Human Rights for the Expulsion of Illegally Resident Third Country Nationals*, Doc. 7779/97 ASIM 89, 28 April 1997.

⁵³ Cfr. *Study on the International Instruments Relevant to Subsidiary Protection*, 10175/98 ASIM 178, 13 July 1998. Per un aggiornamento, si veda General Secretariat of the Council Note to Asylum Working Party, *Compilation of Replies to Questionnaire on Complementary Forms of Protection*, Doc. 8378/01 ASILE 27, 3 May 2001.

⁵⁴ Per un approfondimento sul tema, si veda C. BAULOZ, *Foreigners: Wanted Dead or Alive? Medical Cases before European Courts and the Need for an Integrated Approach to Non-Refoulement*, in *European Journal of Migration and Law*, 2016, p. 409 e ss.

⁵⁵ Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 18 dicembre 2014, causa C-542/13, *Mohamed M'Boj c. État belge*.

⁵⁶ Come specificato dalla Presidenza Danese al momento della redazione dell'art. 15, lett. b) della Direttiva 2004/83/CE, era stata presa la decisione di aggiungere, rispetto al testo dell'art. 3 CEDU, l'espressione «in the country of origin», con il precipuo scopo di escludere dall'applicazione della disposizione i *medical cases*. Testualmente: «Consequently, to avoid the inclusion of such compassionate grounds cases under a subsidiary protection regime, which was never the intention of this Directive, the Presidency is suggesting to limit the scope of sub-paragraph (b) by stating that the real risk of torture or inhuman or degrading treatment or punishment must prevail in his or her country of origin» (cfr.: Presidency Note to the Strategic Committee on Immigration, *Frontiers and Asylum, Proposal for a Council Directive on Minimum Standards for the Qualification and Status of Third Country Nationals and Stateless Persons as Refugees*

protezione internazionale ivi normati, e che esse, pertanto, non possano che eventualmente essere prese in considerazione al fine di attribuire agli interessati ulteriori forme di tutela, le quali siano state disposte a titolo discrezionale e per ragioni caritatevoli o umanitarie da parte degli Stati membri⁵⁷.

In particolare, i principi che hanno fondato la decisione di introdurre questa nuova forma di tutela sono stati ricavati dai principali strumenti di natura internazionale a garanzia dei diritti umani. Tra essi, in particolare, si ricordano i Protocolli n. 6⁵⁸ e n. 13⁵⁹ della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, l'articolo 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, l'articolo 3 della Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura e altri trattamenti crudeli, inumani o degradanti e l'articolo 7 del Patto internazionale sui diritti civili e politici. L'introduzione della protezione sussidiaria, infatti, ha risposto alla necessità di individuare una protezione che fosse, come si legge al considerando 24 della direttiva in parola, «complementare e supplementare rispetto alla protezione dei rifugiati sancito dalla convenzione di Ginevra», dunque non di carattere inferiore, ma piuttosto fondata su presupposti completamente differenti, così da attribuire il diritto di asilo ad un numero di soggetti sempre maggiore⁶⁰. Tuttavia, i

or as Persons who Otherwise Need International Protection, EU Doc. 12148/02 ASILE 43, 20 September 2002, p. 6).

⁵⁷ Il giudice europeo ha espressamente affermato che, da un lato, «(...) l'articolo 6 di tale direttiva [n. 2004/83, c.d. "qualifiche"] contiene un elenco dei responsabili del danno grave, il che corrobora l'idea secondo cui siffatto danno deve essere costituito dal comportamento di un terzo e che esso non può, quindi, derivare semplicemente da carenze generali del sistema sanitario del paese d'origine»; dall'altro, che «(...) il considerando 26 della predetta direttiva precisa che i rischi a cui è esposta in generale la popolazione o una parte della popolazione di un paese di norma non costituiscono di per sé una minaccia individuale da definirsi come danno grave» e «[n]e consegue che il rischio di deterioramento dello stato di salute di un cittadino di paese terzo affetto da una grave malattia dovuto all'assenza di terapie adeguate nel suo paese di origine, senza che sia in discussione una privazione di assistenza sanitaria inflittagli intenzionalmente, non basta a implicare il riconoscimento a quest'ultimo del beneficio della protezione sussidiaria». Cfr. Corte di giustizia, *Mohamed M'Bodj c. État belge*, cit., punti 35, 36 e 37.

⁵⁸ Protocollo n. 6 alla Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali relativo all'abolizione della pena di morte, Strasburgo, 28 aprile 1983.

⁵⁹ Protocollo n. 13 alla Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, relativo all'abolizione della pena di morte in qualsiasi circostanza, Vilnius, 3 maggio 2002.

⁶⁰ Sul punto, si veda F. ROSCAM-ABBING, *Subsidiary protection: improving or degrading the right of asylum in Europe?* in D. BOUTELLET-PAQUET (ed.), *Subsidiary Protection of Refugees in the European Union: Complementing the Geneva Convention?*, Brussels, 2002, pp. 48-49. Si veda anche C. BAULOZ, G. RUIZ, *Refugee Status and Subsidiary Protection: Towards a Uniform Content of International Protection?*, in V. CHETAIL, P. DE BRUYCKER, F. MAIANI (eds.), *op. cit.*, pp. 241-242. Bauloz e Ruiz chiariscono come, in origine, era stata prospettata una "gerarchia" tra le due forme di protezione – *status* di rifugiato e protezione sussidiaria –, giustificata sulla base di due considerazioni: da un lato, si riteneva necessario

termini della direttiva devono essere interpretati in modo da garantire che alle persone che soddisfano i criteri della Convenzione del 1951 sia concesso lo *status* di rifugiato, piuttosto che la protezione sussidiaria. Infatti, le disposizioni della direttiva sulla protezione sussidiaria sono state concepite per rafforzare, e non minare, l'attuale regime globale di protezione dei rifugiati⁶¹.

5.2. Il contenuto della protezione internazionale

Tanto premesso, occorre sottolineare come l'illustrazione del contenuto del diritto d'asilo non possa comunque essere limitata all'assimilazione tra "asilo" e "protezione internazionale". Il contenuto di tale diritto, infatti, si specifica in una serie ulteriore di prerogative, che non circoscrivibili al solo riconoscimento delle qualifiche delineate dalla direttiva richiamata.

In particolare, secondo quanto previsto dagli articoli 13 e 18 della direttiva qualifiche, gli Stati membri "riconoscono" gli *status* in questione alla persona che soddisfa le norme di qualificazione ivi definite, seguendo un procedimento che assume natura

garantire il primato della Convenzione di Ginevra e, dunque, dello *status* giuridico da quest'ultima regolato; dall'altro, si ricollegava la "sussidiarietà" della protezione complementare alla natura temporanea con cui era stata concepita.

⁶¹ Si precisa che le due forme di protezione internazionale cui si è fatto riferimento devono poi essere distinte dalla protezione temporanea, uno strumento a tutela degli sfollati introdotto con la direttiva 2001/55/CE. L'adozione di tale normativa è riconducibile, infatti, alla specifica esigenza emersa soprattutto a partire dagli anni '90, quando il conflitto nell'ex Jugoslavia aveva generato un afflusso massiccio di persone in cerca di protezione in Europa, di armonizzare le politiche di protezione temporanea esistenti nei diversi Stati membri volte (cfr. Conclusioni relative agli sfollati a causa del conflitto nell'ex Jugoslavia adottate dai ministri competenti per l'immigrazione nelle riunioni tenutesi a Londra il 30 novembre ed il 1° dicembre 1992 ed a Copenaghen il 1° e il 2 giugno 1993). Essa è stata infatti elaborata per raggiungere due obiettivi principali: in primo luogo, garantire una protezione immediata e temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati e, in secondo luogo, promuovere un equilibrio degli sforzi tra i Paesi dell'UE che ricevono tali persone e subiscono le conseguenze dell'accoglienza delle stesse, senza comunque imporre la distribuzione obbligatoria dei richiedenti asilo nei Paesi dell'UE. Si veda, sul punto: Cfr. M. INELI-CIGER, *Time to Activate the Temporary Protection Directive Why the Directive can Play a Key Role in Solving the Migration Crisis in Europe*, in *European Journal of Migration Law*, 2016, p. 1 e ss. Per un commento più generale relativo al contenuto della direttiva, si vedano: K. KERBER, *The Temporary Protection Directive*, in *European Journal of Migration and Law*, 2002, p. 193 e ss.; S. PEERS, V. MORENO-LAX, M. GARLICK, E. GUILD, *EU Immigration and Asylum Law (Text and Commentary): Second Revised Edition. Volume 3: EU Asylum Law*, Leiden-Boston, 2015, p. 571 e ss.; A. SKORDAS, *Temporary Protection Directive 2001/55/EC*, in D. THYM, K. HAILBRONNER (eds.), *EU Immigration and Asylum Law. Article-by-article Commentary*, 3rd edition, 2022, pp. 1177-1228.

essenzialmente ricognitiva⁶². Gli Stati membri, infatti, non godono di alcun margine di discrezionalità a questo proposito⁶³. Tale “riconoscimento”, poi, dà accesso ad alcune garanzie che, in seguito alla rifusione della direttiva qualifiche, risultano equiparate per i beneficiari dello *status* di rifugiato e della protezione sussidiaria⁶⁴. Al contrario, invece, sebbene già la direttiva del 2004 prevedeva che il capo dedicato al contenuto della protezione internazionale dovesse applicarsi sia ai rifugiati sia alle persone ammissibili a beneficiare della protezione sussidiaria, ove non diversamente indicato, la maggior parte delle sue disposizioni differenziava i due *status*.

In particolare, i benefici connessi al riconoscimento di uno dei due *status* vengono identificati come “contenuto della protezione internazionale”⁶⁵, finendo, quindi, per estensione, per essere ricompresi nell’alveo applicativo del diritto di asilo stesso. Tra essi vanno ricordati: la protezione dal respingimento, il diritto all’unità familiare, il rilascio di documenti di viaggio, l’accesso all’occupazione, all’assistenza sanitaria e alle strutture di integrazione. Peraltro, i beneficiari di protezione internazionale hanno diritto di avere informazione circa la possibilità di accedere a tali garanzie, in una lingua che essi capiscono o è ragionevole supporre possano capire (articolo 22 direttiva 2011/95/UE).

⁶² Cfr. considerando n. 21 della direttiva qualifiche, che, con riferimento allo *status* di rifugiato, statuisce espressamente che il suo riconoscimento “è un atto ricognitivo”. Altresì v., in tal senso, Corte di giustizia, sentenze del 24 giugno 2015, causa C 373/13, *H.T.*, punto 63, nonché del 12 aprile 2018, causa C-550/16, *A e S*, punti 52 e 54

⁶³ Suddetto obbligo è stato riconosciuto dalla stessa Corte di giustizia europea. In questo senso, cfr. Corte di giustizia, *Abdulla*, cit. punto 62: «Conformemente all’art. 13 della direttiva, lo Stato membro concede lo *status* di rifugiato al richiedente se quest’ultimo soddisfa i requisiti previsti, segnatamente, agli artt. 9 e 10 della direttiva stessa». Si veda anche Corte di giustizia, *Mohamed M’Bodj c. État belge*, cit., punto 29: «Ai sensi dell’articolo 18 della predetta direttiva, gli Stati membri riconoscono tale status al cittadino di paese terzo che può essere considerato persona ammissibile alla protezione sussidiaria».

⁶⁴ In una certa misura, l’articolo 21 della direttiva 2011/95/UE, dedicato alla protezione contro il respingimento e ripreso testualmente dalla direttiva del 2004, stabilisce un trattamento differenziato per i rifugiati rispetto a quello garantito ai beneficiari di protezione sussidiaria. Le eccezioni al principio si applicano infatti solo ai rifugiati in virtù dell’articolo 33(2) della Convenzione di Ginevra. Tuttavia, questa differenza è attenuata dal fatto che tali eccezioni sono state integrate in una certa misura nella definizione di protezione sussidiaria come clausole di esclusione (articolo 17, paragrafo 1, lettera d)).

⁶⁵ Sul punto, occorre ricordare che l’articolo 20 della direttiva qualifiche chiarisce che: a) le disposizioni relative al contenuto della protezione internazionale non devono pregiudicare i diritti sanciti dalla convenzione di Ginevra (par. 1); b) le suddette disposizioni si applicano sia ai rifugiati, sia ai beneficiari della protezione sussidiaria (par. 2), fatte salve alcune eccezioni (cfr. articoli 24 e 29); c) nell’attribuzione delle garanzie connesse al riconoscimento della protezione internazionale occorre tenere in considerazione, in particolar modo, i soggetti vulnerabili (categoria delineata al par. 3 attraverso un’esemplificazione non tassativa).

i) *La protezione dal respingimento*

Il primo profilo che merita di essere preso in considerazione concerne la precisa indicazione contenuta nella direttiva qualifiche circa il necessario rispetto del principio di «*non refoulement*» da parte degli Stati membri, in conformità agli obblighi internazionali. (articolo 21 della direttiva qualifiche). Come affermato dalla Corte di giustizia, la protezione dal respingimento implica un'attenta valutazione dell'importanza del rischio che il richiedente asilo o il beneficiario della protezione internazionale correrebbe qualora fosse costretto a tornare nel proprio Paese di origine, che «in tutti i casi, [deve] essere operata con vigilanza e prudenza, poiché si tratta di questioni d'integrità della persona umana e di libertà individuali, questioni che attengono ai valori fondamentali dell'Unione»⁶⁶. La norma citata consente dunque di richiamare quanto già approfondito nel capitolo precedente (cfr., nello specifico, § 5.2) con riferimento al contenuto di tale principio.

La norma individua, altresì, alcuni casi in cui uno Stato membro viene legittimato a “respingere un rifugiato”⁶⁷ e, nello specifico, quando vi siano ragionevoli motivi per considerare che rappresenti un pericolo per la sicurezza dello Stato membro nel quale si trova; o quando, essendo stato condannato con sentenza passata in giudicato per un reato di particolare gravità, costituisce un pericolo per la comunità di tale Stato membro. In tali ipotesi, peraltro, gli Stati membri hanno la facoltà di revocare, di cessare o di rifiutare il rinnovo o il rilascio di un permesso di soggiorno⁶⁸.

ii) *Il diritto all'unità familiare*

⁶⁶ Cfr. Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 2 marzo 2010, cause riunite C-175/08, C-176/08, C-178/08 e C-179/08, *Salahadin Abdulla*, punto 90.

⁶⁷ Come precisato dalla Corte di giustizia, «[i]l respingimento di un rifugiato, sebbene sia autorizzato in via di principio dalla disposizione derogatoria dell'articolo 21, paragrafo 2, della direttiva 2004/83, costituisce soltanto l'estrema ratio alla quale uno Stato membro può ricorrere quando nessun'altra misura è possibile o sufficiente per affrontare il pericolo al quale tale rifugiato espone la sicurezza o la comunità di tale Stato membro» (cfr. Corte di giustizia, *H.T.*, cit., punto 71).

⁶⁸ Tali ipotesi corrispondono a quanto previsto dalla Convenzione di Ginevra all'articolo 33, par. 2. Al contrario, non vengono espressamente richiamate le condizioni fissate dall'articolo 32 della Convenzione di Ginevra, atte a consentire l'espulsione di un rifugiato (o di un soggetto che abbia promosso domanda per ottenere il riconoscimento di tale *status*). In ogni caso, esse devono trovare applicazione in forza dell'articolo 21, par. 1 e par. 2, prima parte, della direttiva in commento. Cfr. H. BATTJES, *Asylum Qualification Directive, Article 21 MN 11*, in D. THYM, K. HAILBRONNER (eds.), *op. cit.*, pp. 1396-1397.

Un importante beneficio che viene riconosciuto ai titolari di protezione internazionale concerne il diritto al mantenimento dell'unità del nucleo familiare, nel rispetto dei diritti fondamentali e nell'osservanza dei principi contenuti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. In questa prospettiva, l'articolo 23 della direttiva 2011/95/UE stabilisce determinate garanzie⁶⁹ per i familiari dei tutti i beneficiari di protezione internazionale⁷⁰, sopprimendo la facoltà degli Stati membri di determinare autonomamente le condizioni applicabili ai benefici relativi ai familiari dei beneficiari della protezione sussidiaria, prevista dalla direttiva 2004⁷¹. Occorre infatti considerare che detti familiari, semplicemente per la loro relazione con il rifugiato, sono di norma esposti ad atti di persecuzione al punto che questo aspetto potrebbe costituire la base per beneficiare dello *status* di rifugiato⁷².

La portata della norma sconta, in ogni caso, una triplice limitazione. Innanzitutto, i familiari che sono o sarebbero esclusi dalla protezione internazionale non godono dei benefici ivi previsti (par. 3). In secondo luogo, il paragrafo 4 consente agli Stati membri di rifiutare, ridurre o revocare i benefici ivi menzionati, per motivi di sicurezza nazionale o di ordine pubblico. Infine, sebbene la definizione di familiari⁷³ sia stata estesa ai genitori del minore, essa rimane limitata alla famiglia nucleare che già esisteva nel Paese d'origine

⁶⁹ Si tratta dei benefici di cui agli articoli 24 a 35 della direttiva che vanno riconosciuti in conformità alle procedure nazionali e nella misura in cui ciò sia compatibile con lo *status* giuridico personale del familiare.

⁷⁰ Il paragrafo 1 e 2 dell'articolo 23 della direttiva del 2011 risultano sostanzialmente immutati rispetto ai paragrafi 1 e 2 del medesimo articolo 23 della direttiva del 2004.

⁷¹ Questa ampia discrezionalità lasciata agli Stati membri era comunque limitata solo dall'obbligo di garantire, come minimo, "un adeguato tenore di vita". Cfr. Articolo 23 direttiva 2004/83/CE. Peraltro, dalla Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio sull'applicazione della direttiva 2004/83/CE, del 29 aprile 2004, recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta, COM(2010) 314 def., 16 giugno 2010, risulta che tale clausola fosse stata trasposta da un solo Stato membro.

⁷² Cfr. considerando n. 36 direttiva qualifiche.

⁷³ Cfr. articolo 2, lett. j), che ricomprende nella categoria di «familiari» «i seguenti soggetti appartenenti al nucleo familiare, già costituito nel paese di origine, del beneficiario di protezione internazionale che si trovano nel medesimo Stato membro in connessione alla domanda di protezione internazionale: il coniuge del beneficiario di protezione internazionale, o il suo partner non sposato, avente con questi una relazione stabile, se la normativa o la prassi dello Stato membro interessato equipara le coppie non sposate a quelle sposate nel quadro della legge sui cittadini di paesi terzi, i figli minori delle coppie di cui al primo trattino o del beneficiario di protezione internazionale, a condizione che siano non sposati, indipendentemente dal fatto che siano legittimi, naturali o adottivi secondo le definizioni della normativa nazionale, il padre, la madre o altro adulto che sia responsabile, in base alla normativa o alla prassi dello Stato membro interessato, del beneficiario di protezione internazionale, nei casi in cui tale beneficiario è minore e non coniugato».

e i cui membri sono presenti nello Stato membro in cui è stata presentata la domanda di protezione internazionale. Viene invece rimessa alla discrezionalità degli Stati membri la possibilità di estendere l'applicazione dell'articolo 23 anche agli altri congiunti che vivevano nel nucleo familiare al momento della partenza dal paese d'origine e che in quel momento erano completamente o principalmente a carico del beneficiario di protezione internazionale.

La portata del diritto all'unità familiare, dunque, finisce per essere, nel concreto, piuttosto ridotta. E ciò, a maggior ragione, per quanto riguarda i beneficiari di protezione sussidiaria. Questi ultimi, infatti, a differenza dei rifugiati, non sono ancora stati ricompresi nell'ambito di applicazione soggettiva della direttiva 2003/86/CE relativa al diritto al ricongiungimento familiare, la quale non è stata modificata, a differenza di quanto è accaduto con la direttiva qualifiche, e il cui contenuto, di conseguenza, non è stato allineato alla logica di uniformazione degli *status* sottesa alla riforma del 2011⁷⁴. Per rimediare alla situazione, la Commissione europea ha comunque raccomandato che «la direttiva [sul ricongiungimento familiare] non dovrebbe essere interpretata nel senso che obbliga gli Stati membri a negare ai beneficiari di protezione temporanea o sussidiaria il diritto al ricongiungimento familiare»⁷⁵; tuttavia, resta il fatto che non sussiste alcun obbligo in tal senso imposto dal diritto dell'Unione in capo agli Stati membri.

Occorre da ultimo segnalare che l'esigenza di mantenere l'unità familiare è altresì presa in considerazione dall'articolo 12 della direttiva 2013/33/UE, con specifico

⁷⁴ Si veda, sul punto, anche R. PALLADINO, *Il ricongiungimento familiare nell'ordinamento europeo*, Bari, 2012. L'A. chiarisce, peraltro, come le due discipline – quella contenuta nella direttiva qualifiche e quella dettata dalle disposizioni relative al ricongiungimento familiare –, muovano da intenti differenti: «la direttiva 2003/86/CE persegue lo scopo di tutelare il “diritto al ricongiungimento familiare” dei cittadini dei Paesi terzi in conformità, in particolare, all'articolo 8 della CEDU; la direttiva 2011/95/CE, mira ad assicurare “il diritto di asilo dei richiedenti asilo e dei familiari al loro seguito”, muovendo dal presupposto che “[i] familiari, semplicemente per la loro relazione con il rifugiato, sono di norma esposti ad atti di persecuzione al punto che tale circostanza potrebbe costituire la base per beneficiare dello status di rifugiato”» (così, espressamente, p. 203).

⁷⁵ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio concernente gli orientamenti per l'applicazione della direttiva 2003/86/CE relativa al diritto al ricongiungimento, COM(2014) 210 def., 3 aprile 2014, par. 6.2. La Commissione ha peraltro aggiunto che «le esigenze di protezione umanitaria dei beneficiari di protezione sussidiaria non differisc[o]no da quelle dei rifugiati, la Commissione incoraggia gli Stati membri ad adottare norme che riconoscano diritti analoghi ai rifugiati e ai beneficiari di protezione temporanea o sussidiaria. La convergenza dei due status di protezione è confermata anche nel testo rifiuto della direttiva 2011/95/UE (direttiva qualifiche), nell'ambito del pacchetto asilo dell'UE. In ogni caso, anche se una situazione non rientra nel campo di applicazione del diritto dell'Unione, gli Stati membri sono comunque tenuti a rispettare gli articoli 8 e 14 della CEDU».

riferimento alla decisione di assegnazione di un alloggio al richiedente asilo: la norma richiede agli Stati membri di tenere in considerazione il più possibile la presenza di familiari del richiedente sul territorio in cui quest'ultimo riceve accoglienza, al fine di preservare l'unità del nucleo familiare.

iii) Il diritto di soggiorno e il diritto all'alloggio

L'articolo 24 della direttiva qualifica prevede il rilascio di un permesso di soggiorno, che può assumere una durata differente a seconda che si tratti di permesso riconosciuto ai beneficiari dello *status* di rifugiato, ai loro familiari, ovvero ai beneficiari di protezione sussidiaria. Nel primo caso, la durata di tale permesso deve essere di almeno tre anni e rinnovabile, mentre può essere anche inferiore a tre anni e sempre rinnovabile, nel caso in cui si tratti di familiari (fatto salvo l'articolo 23, paragrafo 1, ossia nel rispetto dell'unità familiare). I beneficiari di protezione sussidiaria, invece, hanno diritto ad un permesso di soggiorno rinnovabile che deve essere valido per un periodo di almeno un anno e, in caso di rinnovo, per un periodo di almeno due anni. In ogni caso, è possibile che venga escluso il rilascio di siffatto permesso nel caso in cui vi ostino imperiosi motivi di sicurezza nazionale o di ordine pubblico⁷⁶. In proposito, tuttavia, la Corte di giustizia ha chiarito che «l'articolo 24, paragrafo 1, della direttiva 2004/83 concerne (...) unicamente i casi in cui il pericolo che detto rifugiato rappresenta per la sicurezza nazionale, l'ordine pubblico o la comunità dello Stato membro di cui trattasi non può giustificare né la perdita dello *status* di rifugiato né a fortiori il respingimento di tale medesimo rifugiato»⁷⁷.

Al diritto di soggiorno è strettamente connesso, altresì, il diritto ad avere accesso a un alloggio secondo modalità equivalenti a quelle previste per altri cittadini di paesi terzi regolarmente soggiornanti nel territorio di uno degli Stati membri.

⁷⁶ Inoltre, nel caso in cui si tratti di beneficiari dello *status* di rifugiato, l'articolo 24, par. 1 fa salva l'applicazione dell'articolo 21, par. 3.

⁷⁷ Corte di giustizia, *H. T.*, cit., punto 73. Nello specifico, la Corte era stata interrogata in merito alla nozione di «imperiosi motivi di sicurezza nazionale o di ordine pubblico» – rappresentati, nel caso di specie, dalla partecipazione di un rifugiato alle attività di un'organizzazione qualificata come terroristica dall'elenco predisposto dall'Unione europea –, e l'idoneità di tale nozione a fondare la revoca del permesso di soggiorno in uno Stato membro del rifugiato in questione. L'interpretazione fornita dalla Corte con riferimento all'art. 24 della direttiva 2004/83/CE, può altresì essere considerata rilevante per l'applicazione della norma che ha sostituito suddetta disposizione, l'art. 24 della direttiva 2011/95/UE, dotata di identico contenuto.

Una disciplina parzialmente differente è dettata, invece, con riferimento a coloro che non hanno ancora ottenuto il riconoscimento della protezione internazionale, ma sono in attesa di ricevere un responso quanto alla domanda presentata. Innanzitutto, viene loro garantito, entro tre giorni dalla presentazione della domanda di protezione internazionale, il rilascio di un documento nominativo che certifichi lo *status* di richiedente o che attesti che il richiedente è autorizzato a soggiornare nel territorio dello Stato membro nel periodo in cui la domanda è pendente o in esame⁷⁸. Tale documento consente loro la libertà di circolare nel territorio dello Stato membro ospitante, salva la possibilità per lo Stato stesso di restringere la loro libertà di circolazione a determinate aree⁷⁹. Secondo quanto previsto dall'articolo 9 della direttiva procedure, i richiedenti devono essere autorizzati a rimanere nello Stato membro, ai fini esclusivi della procedura, fintantoché l'autorità accertante non abbia preso una decisione⁸⁰. Tuttavia, è possibile che gli Stati membri stabiliscano un luogo di residenza per il richiedente, per motivi di pubblico interesse, ordine pubblico o, ove necessario, per il trattamento rapido e il controllo efficace della domanda di protezione internazionale. Inoltre, i richiedenti asilo vedono garantirsi condizioni materiali di accoglienza e assistenza, secondo modalità dettate, in linea generale, dalla direttiva 2013/33/UE e, più nello specifico, dalle normative dei singoli Stati membri⁸¹.

iv) *I documenti di viaggio*

⁷⁸ Cfr. Articolo 6, par. 1 della direttiva 2013/33/UE.

⁷⁹ Cfr. Articolo 7 direttiva 2013/33/UE. La norma precisa, in ogni caso, che l'eventuale area assegnata non deve pregiudicare la sfera inalienabile della vita privata, consentendo all'interessato un campo d'azione sufficiente a garantire l'accesso a tutti i benefici predisposti dalla stessa direttiva. È altresì possibile che uno Stato membro, per motivi di pubblico interesse, ordine pubblico o, ove necessario, per il trattamento rapido e il controllo efficace della domanda di protezione internazionale, fissi un luogo di residenza per il richiedente, e subordini la concessione delle condizioni materiali d'accoglienza all'effettiva residenza del richiedente nel luogo predeterminato (par. 2 e 3).

⁸⁰ Cfr. Articolo 9 direttiva 2013/32/UE. È possibile introdurre eccezioni al diritto di rimanere nel caso di domande reiterate (articolo 9, paragrafo 2, e articolo 41) e nei casi di estradizione. In ogni caso, l'extradizione sarà possibile «soltanto se le autorità competenti hanno accertato che la decisione di estradizione non comporterà il «refoulement» diretto o indiretto, in violazione degli obblighi internazionali e dell'Unione di detto Stato membro» (par. 3). Pertanto, l'extradizione di un richiedente asilo senza che sia previamente esaminata la sua domanda di protezione internazionale, costituisce una violazione della direttiva UE.

⁸¹ Per un approfondimento, si veda L. TSOURDI, *Asylum Reception Conditions Directive 2013/33/UE*, in D. THYM, K. HAILBRONNER (eds.), *op. cit.*, p. 1539 e ss. Si segnala che la stessa direttiva accoglienza detta disposizioni specifiche in merito alle condizioni che possono consentire la predisposizione di eventuali misure di trattenimento dei richiedenti asilo. In proposito, v., per tutti, R. PALLADINO, *La detenzione dei migranti: regime europeo, competenze statali e diritti umani*, Napoli, 2018.

Nell'ambito delle prerogative connesse al riconoscimento del diritto d'asilo rientra altresì il rilascio di documenti di viaggio, che consentano ai beneficiari di suddetta protezione di muoversi al di fuori del loro territorio, purché non vi ostino imperiosi motivi di sicurezza nazionale o di ordine pubblico. Invero, nel caso in cui si tratti di beneficiario di protezione sussidiaria, la concessione di tale beneficio viene subordinata all'impossibilità per il soggetto interessato di ottenere un passaporto nazionale. Questa differenza esistente tra le due forme di protezione potrebbe derivare dalla formulazione dell'articolo 28 della Convenzione di Ginevra, rubricato "Titoli di viaggio"⁸². Questa norma, infatti, attua una distinzione tra coloro che siano stati qualificati come rifugiati e che risiedono regolarmente sul territorio di uno Stato membro – ai quali viene riconosciuto un pieno diritto alla concessione di titoli di viaggio che permettano loro di viaggiare fuori di tale territorio –, e «qualsiasi altro rifugiato che si trovi sul loro territorio». Con riferimento a questi ultimi, la norma impone agli Stati parte della Convenzione di esaminare con particolare attenzione i casi di rifugiati che, trovandosi sul loro territorio, non sono in grado di ottenere un documento di viaggio dal paese della loro residenza regolare, decidendo, eventualmente, di rilasciare loro un titolo di viaggio.

Diversa risulta, invece, la disciplina dettata a favore dei richiedenti asilo, i quali non vedono riconoscersi un diritto di libera circolazione all'interno dell'Unione, essendo essi vincolati a restare nello Stato membro responsabile dell'esame della loro situazione giuridica (salve eventuali ulteriori restrizioni).

Peraltro, occorre evidenziare che, benché ai beneficiari della protezione internazionale venga riconosciuto un pieno diritto di soggiorno nel Paese che ha rilasciato loro lo *status* giuridico di rifugiato o di beneficiario della protezione sussidiaria – nonché la libertà di circolare all'interno del territorio nazionale⁸³ –, altrettanto non può dirsi per quanto concerne la libertà di soggiorno in altri Stati membri. Nell'ottica di contrastare i movimenti secondari, infatti, il regolamento Dublino prevede una disciplina atta a identificare non solamente lo Stato membro competente ad esaminare una domanda di asilo, ma anche quello responsabile della protezione eventualmente riconosciuta e nel

⁸² V., in questi termini, Cfr. H. BATTJES, *Asylum Qualification Directive, Article 25 MN 3*, in D. THYM, K. HAILBRONNER, (eds.), *op. cit.*, p. 1049.

⁸³ L'articolo 34 della direttiva qualifiche precisa che tale libertà può essere esercitata «secondo le stesse modalità e restrizioni previste per altri cittadini di paesi terzi soggiornanti regolarmente nei loro territori».

quale la persona potrà risiedere dopo il riconoscimento dello *status*⁸⁴, stabilendo una perfetta coincidenza tra di essi. Di conseguenza, tale regolamento finisce per fissare in maniera definitiva il luogo di soggiorno dei beneficiari di protezione internazionale nello Stato in cui tale protezione viene concessa.

v) *Il diritto di accesso all'istruzione e all'occupazione*

Nell'ambito del contenuto materiale del diritto d'asilo, è necessario ricomprendere anche il diritto, riconosciuto ai minori beneficiari di protezione internazionale, di avere accesso al sistema scolastico, secondo le stesse modalità previste per i loro cittadini, nonché il diritto per gli adulti di accedere al sistema di istruzione generale e di aggiornamento e perfezionamento professionale, secondo le stesse modalità previste per i cittadini di paesi terzi in soggiorno regolare (articolo 27). Viene anche garantito il riconoscimento di diplomi, certificati e altri titoli stranieri, agevolando coloro che non sono in grado di fornire prove documentali delle loro qualifiche attraverso sistemi appropriati di valutazione, convalida e accreditamento dell'apprendimento precedente.

Ai sensi dell'articolo 26 della direttiva, è inoltre previsto che gli Stati membri provvedano all'inserimento lavorativo dei beneficiari di protezione internazionale, attraverso la promozione di opportunità di formazione occupazionale per adulti, formazione professionale, compresi corsi di aggiornamento delle competenze, tirocinio sul luogo di lavoro e servizi di consulenza forniti dagli uffici di collocamento, secondo modalità equivalenti a quelle previste per i loro cittadini⁸⁵. Devono peraltro essere garantiti ai beneficiari di protezione internazionale: il diritto di esercitare un'attività dipendente o autonoma nel rispetto della normativa generalmente applicabile alle

⁸⁴ Sul punto, cfr. C. FAVILLI, *Reciproca fiducia, mutuo riconoscimento e libertà di circolazione di rifugiati e richiedenti protezione internazionale nell'Unione europea*, cit., p. 703. L'A. argomenta, chiarendo che «[s]ono infatti pienamente riconosciuti nello spazio UE gli effetti del diniego del riconoscimento della protezione internazionale, mentre sono limitati gli effetti positivi del riconoscimento, quanto meno in termini di diritto di soggiornare in un altro Stato membro dell'UE».

⁸⁵ Tale previsione è frutto di una modifica apportata all'originaria direttiva qualifiche (la direttiva 2004/83/CE), che attuava una differenziazione quanto all'accesso all'occupazione tra rifugiati e beneficiari della protezione sussidiaria. In particolare, era previsto che «[p]uò essere tenuta in considerazione la situazione esistente sul mercato del lavoro degli Stati membri, eventualmente anche per stabilire un ordine di precedenza per l'accesso all'occupazione per un periodo di tempo limitato da determinare conformemente alla normativa nazionale. Gli Stati membri provvedono a che i beneficiari dello status di protezione sussidiaria accedano al posto per il quale hanno ricevuto un'offerta, in conformità delle norme nazionali in materia di ordine di precedenza sul mercato del lavoro» (articolo 26).

professioni e agli impieghi nella pubblica amministrazione⁸⁶, i medesimi livelli di retribuzione, l'accesso ai regimi di sicurezza sociale connessa all'attività di lavoro dipendente o autonomo, e ogni altra condizione lavorativa prevista per i cittadini.

Simili diritti sono previsti per coloro che abbiano presentato una domanda di protezione internazionale e siano in attesa di ricevere una decisione in merito. In particolare, ai sensi dell'articolo 14 della direttiva accoglienza, è previsto che i figli minori di richiedenti asilo o richiedenti asilo che siano minorenni debbano avere accesso al sistema educativo dello Stato membro ricevente – eventualmente pubblico – a condizioni simili a quelle dei propri cittadini, finché non sia concretamente eseguito un provvedimento di espulsione nei confronti loro o dei loro genitori. Inoltre, l'articolo 16 della medesima direttiva contempla il diritto di accesso dei richiedenti alla formazione professionale indipendentemente dal fatto che abbiano accesso al mercato del lavoro.

Tuttavia, l'accesso al lavoro viene garantito «entro nove mesi dalla data di presentazione della domanda di protezione internazionale nei casi in cui l'autorità competente non abbia adottato una decisione in primo grado e il ritardo non possa essere attribuito al richiedente», alle condizioni stabilite dagli stessi Stati membri, che possono decidere di privilegiare in tal senso i cittadini dell'Unione e i cittadini degli Stati parti dell'accordo sullo spazio economico europeo, nonché i cittadini di paesi terzi in soggiorno regolare (articolo 15 direttiva accoglienza).

vi) *Il diritto all'assistenza sociale e sanitaria*

L'articolo 29 della direttiva qualifiche, rimasto praticamente invariato rispetto alla precedente versione contenuta nella direttiva del 2004, impone agli Stati membri di assicurare ai beneficiari di protezione internazionale adeguata assistenza sociale, alla stregua dei cittadini dello Stato membro che ha concesso tale protezione. Tuttavia, è prevista la possibilità che gli Stati membri riducano alle prestazioni essenziali l'assistenza dovuta nel caso in cui si tratti di beneficiari dello *status* di protezione sussidiaria.

Un regime diversificato non è invece contemplato per quanto concerne l'assistenza sanitaria, dovuta, a norma dell'articolo 30, secondo le stesse modalità previste per i cittadini dello Stato membro che ha riconosciuto la protezione internazionale, e che

⁸⁶ È quanto previsto anche dagli articoli 17 e 18 della Convenzione di Ginevra sui rifugiati.

ricomprende anche il trattamento dei disturbi psichici, almeno a vantaggio di alcune categorie di soggetti⁸⁷.

6. Gli aspetti procedurali

Nella prospettiva di analizzare il contenuto del diritto d'asilo è altresì necessario prendere atto del fatto che non si può discutere esclusivamente di profili di diritto materiale, essendo altresì indispensabile fare riferimento alle garanzie procedurali che sono connesse a tale diritto e che, in qualche modo, consentono di delinearne i tratti principali⁸⁸.

Tale nesso è stato identificato dalla Corte di giustizia, ad esempio, nella decisione del 17 dicembre 2020 che ha concluso la procedura d'infrazione avviata più di tre anni prima dalla Commissione europea nei confronti dell'Ungheria, per violazione di norme in materia di riconoscimento della protezione internazionale e in materia di rimpatri⁸⁹. In quell'occasione, la Corte ha giudicato la legislazione ungherese lesiva dell'effettività del diritto d'asilo, garantito dall'articolo 18 della Carta, in quanto non rispettosa dell'obbligo di garantire accesso effettivo alla procedura di riconoscimento della protezione internazionale. L'accesso alla procedura di asilo è stato così espressamente correlato all'effettività del diritto di cui all'articolo 18, al pari, peraltro, di tutta una serie di diritti connessi, quali il diritto a che tale domanda di protezione sia registrata e possa essere inoltrata ed esaminata entro i termini fissati dalla direttiva 2013/32⁹⁰.

⁸⁷ Si tratta, in particolare, di «beneficiari di protezione internazionale che presentano particolari esigenze», ossia: le donne in stato di gravidanza, i disabili, le vittime di torture, stupri o altre gravi forme di violenza psicologica, fisica o sessuale, o i minori che abbiano subito qualsiasi forma di abuso, negligenza, sfruttamento, tortura, trattamento crudele, disumano o degradante o che abbiano sofferto gli effetti di un conflitto armato (cfr. articolo 30, par. 2).

⁸⁸ Sul punto, v. V. MORENO-LAX, *The EU Right to Asylum: An Individual Entitlement to (Access) International Protection*, in V. MORENO-LAX, *op. cit.*, p. 379: «the procedural dimension of the right to asylum should be considered to inhere in Article 18 as well—alongside the material obligation to grant it when the conditions are met».

⁸⁹ Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 17 dicembre 2020, causa C-808/18, *Commissione c. Ungheria*. La procedura di infrazione aperta dalla Commissione aveva ad oggetto la normativa nazionale in forza della quale le domande di protezione internazionale potevano, di regola, essere presentate solo in una delle due zone di transito, nonché la prassi amministrativa diffusasi tra le autorità ungheresi, volta a limitare sistematicamente l'accesso alle zone di transito tramite la fissazione di un numero massimo di ingressi.

⁹⁰ Corte di giustizia, *Commissione c. Ungheria*, punto 102.

In questa prospettiva, in primo luogo, occorre evidenziare che, sebbene il diritto dell'Unione non riconosca espressamente né il diritto di partire, né il diritto di lasciare un Paese terzo per fuggire da un rischio per la propria incolumità, la normativa che compone il sistema europeo sembra fare implicitamente riferimento ad un composito diritto di "chiedere asilo", ricomprensivo molteplici profili, tutti riconducibili all'esigenza di renderne effettiva la tutela. Si consideri, in particolare, che i preamboli degli strumenti giuridici del CEAS riproducono pedissequamente la medesima formula, mutuata dai paragrafi 3 e 13 delle Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Tampere: «Una politica comune nel settore dell'asilo, che preveda un sistema comune europeo di asilo, costituisce uno degli elementi fondamentali dell'obiettivo dell'Unione europea relativo all'istituzione progressiva di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia aperto a quanti, spinti dalle circostanze, cercano legittimamente protezione nell'Unione». Tale premessa, letta in correlazione all'impegno assunto dall'Unione quanto all'«applicazione, in ogni sua componente, della convenzione di Ginevra», nonché all'osservanza «[de]i principi riconosciuti segnatamente nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea», tra cui il diritto d'asilo di cui all'articolo 18⁹¹, suggerisce la necessità che l'intero impianto normativo europeo renda effettiva la tutela di questo diritto e, dunque, a monte, riconosca la possibilità ai cittadini di paesi terzi di lasciare il proprio paese di provenienza per avere accesso alle procedure di riconoscimento del diritto d'asilo.

In secondo luogo, è proprio il diritto di accesso alla procedura di riconoscimento della protezione internazionale a costituire l'ulteriore premessa logica rispetto alla possibilità

⁹¹ La rilevanza di queste affermazioni nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto europeo in materia di asilo è stata ripetutamente sottolineata dalla Corte di giustizia. Cfr., *ex multis*, Corte di giustizia, *Abdulla*, cit. punti 51-54: «La direttiva è stata adottata sul fondamento, in particolare, dell'art. 63, primo comma, n. 1), lett. c), CE, il quale incaricava il Consiglio dell'Unione europea di adottare misure relative all'asilo, conformemente alla Convenzione di Ginevra e agli altri trattati pertinenti, nell'ambito delle norme minime relative all'attribuzione dello status di rifugiato a cittadini di paesi terzi. Dal terzo, sedicesimo e diciassettesimo 'considerando' della direttiva risulta che la Convenzione di Ginevra costituisce la pietra angolare della disciplina giuridica internazionale relativa alla protezione dei rifugiati e che le disposizioni della direttiva relative alle condizioni per il riconoscimento dello status di rifugiato nonché al contenuto del medesimo sono state adottate al fine di aiutare le autorità competenti degli Stati membri ad applicare detta convenzione basandosi su nozioni e criteri comuni. L'interpretazione delle disposizioni della direttiva deve pertanto essere effettuata alla luce dell'economia generale e della finalità di questa direttiva, nel rispetto della Convenzione di Ginevra e degli altri trattati pertinenti di cui all'art. 63, primo comma, punto 1), CE. Tale interpretazione deve parimenti essere operata, come deriva dal decimo 'considerando' della direttiva, nel rispetto dei diritti fondamentali e dei principi riconosciuti segnatamente nella Carta».

di ricevere la qualifica di rifugiato o di beneficiario della protezione internazionale e, di conseguenza, di godere di tutti i diritti connessi a tali qualifiche⁹².

Questo aspetto procedurale è direttamente riconducibile al dettato dell'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali, norma che suggella il diritto di ciascun individuo, i cui diritti e le cui libertà siano garantiti dal diritto dell'Unione, ad avere accesso ad un ricorso effettivo e ad un giudice imparziale. Inoltre, come sottolineato dalla dottrina⁹³, questa lettura procedurale del diritto d'asilo può essere implicitamente desunta a partire dall'orientamento giurisprudenziale della Corte di giustizia, già richiamato in precedenza e inaugurato con la sentenza *N.S. e a.*, che ha recepito la posizione della Corte europea dei diritti dell'uomo emersa nel caso *M.S.S. e a. c. Belgio e Grecia*. Il punto in questione, in entrambi i casi, era proprio la mancanza di una reale possibilità per i richiedenti interessati di ottenere una valutazione approfondita della loro domanda di asilo, suggerendo, di conseguenza, che il diritto di chiedere asilo, concepito come diritto di accesso alla procedura di determinazione del relativo *status*, debba essere certo ed effettivo⁹⁴.

Il diritto di accesso alla procedura di riconoscimento della protezione internazionale, invero, costituisce solamente il primo degli aspetti procedurali che afferiscono al

⁹² Cfr. M. RENEMAN (ed.), *EU Asylum Procedures and the Right to an Effective Remedy*, London, 2014. A p. 1 si afferma esplicitamente: «In asylum cases a lack of procedural guarantees may undermine the EU rights usually claimed by asylum applicants: the right not be expelled or extradited to a country where they face the risk of being subjected to human rights violations (the principle of non-refoulement) and the right to asylum».

⁹³ Cfr. V. MORENO-LAX, *The EU Right to Asylum: An Individual Entitlement to (Access) International Protection*, in V. MORENO-LAX, *op. cit.*, p. 380.

⁹⁴ Più di recente sulla correlazione tra accesso effettivo alla procedura di esame della domanda di protezione internazionale e tutela del diritto d'asilo, si veda Corte di giustizia, sentenza del 30 giugno 2022, causa C-72/22 PPU, *Valstybės sienos apsaugos tarnyba*. Nella pronuncia richiamata, la Corte di giustizia si è occupata di valutare se l'applicazione di una normativa nazionale come quella lituana, che prevede che un cittadino di un Paese terzo che soggiorna illegalmente sia, per questo stesso fatto, privato della possibilità di presentare una domanda di protezione internazionale sul territorio lituano, impedisce a tale cittadino di godere effettivamente del diritto di asilo, come previsto dall'art. 18 della Carta dei diritti fondamentali. Sul punto, i giudici di Lussemburgo hanno ricordato che al fine di garantire, da un lato, l'accesso effettivo alla procedura di concessione della protezione internazionale e, dall'altro, l'effettività del diritto di asilo, qualsiasi cittadino di un Paese terzo o apolide deve avere il diritto di presentare una domanda di protezione internazionale alla frontiera, nelle zone di transito o sul territorio di uno Stato membro, anche se vi si trova illegalmente. La Corte ha poi precisato che la legislazione lituana non può trovare giustificazione neppure in ragione di quanto previsto dall'art. 72 TFUE. Tale disposizione, infatti, non può essere interpretato in modo tale da conferire agli Stati membri il potere di derogare alle disposizioni del diritto dell'Unione semplicemente invocando le responsabilità che incombono loro per il mantenimento dell'ordine pubblico e la salvaguardia della sicurezza interna.

contenuto del diritto d'asilo, dovendo esso accompagnarsi a tutta un'altra serie di prerogative e garanzie che rendono possibile l'effettiva fruizione.

6.1. Una questione preliminare: l'esistenza di un diritto di accesso al territorio

Per poter discutere di accesso al diritto d'asilo, un profilo che necessita di essere preliminarmente esaminato concerne la configurabilità del diritto, riconosciuto ai cittadini di paesi terzi, di avere accesso nel territorio dell'Unione europea, quanto meno nei casi in cui tale accesso sia reso necessario dall'esigenza di presentare una domanda di protezione internazionale⁹⁵. La questione è tornata all'attenzione della dottrina soprattutto in seguito agli avvenimenti verificatisi alle frontiere orientali dell'UE, nella seconda metà del 2021, che hanno coinvolto migranti al confine bielorusso con la Polonia, e in misura minore con la Lituania e la Lettonia⁹⁶.

Il tema, peraltro, è già stato trattato nel precedente capitolo con riferimento all'individuazione del contenuto del diritto d'asilo, inteso come diritto individuale (si veda il Capitolo II, § 5). In particolare, si è giunti ad affermare che, se è pur vero che non esiste un diritto assoluto, riconosciuto a tutti gli individui, di essere ammessi sul territorio di un altro Paese, d'altro canto, è possibile riconoscere un fondamentale ruolo al principio di *non refoulement* nel superamento, in determinati casi, di quelle barriere all'ingresso poste dagli Stati, volte a negare l'accesso attraverso i propri confini.

Orbene, un'impostazione esattamente speculare può essere assunta con specifico riferimento al sistema asilo dell'Unione europea.

Si rileva, innanzitutto, come non sia possibile ricavare da una lettura degli strumenti che compongono il sistema europeo di asilo un "diritto d'ingresso" per presentare la

⁹⁵ V. V. MORENO-LAX, *The EU Right to Asylum: An Individual Entitlement to (Access) International Protection*, in V. MORENO-LAX, *op. cit.*, p. 389. L'A. chiarisce che la posizione che tenta di affermare l'esistenza di un diritto di ingresso nel territorio degli Stati membri quale corollario del diritto di asilo è molto controversa, poiché sembra porsi in contraddizione con il tenore generale della giurisprudenza di Strasburgo in materia di immigrazione. Tuttavia, l'A. stessa riconosce il suo fondamento, ai sensi del diritto dell'UE.

⁹⁶ Per un'analisi dettagliata dei suddetti avvenimenti, si veda A. DI PASCALE, *I migranti come "arma" tra iniziative di contrasto e obblighi di tutela dei diritti fondamentali. Riflessioni a margine della crisi ai confini orientali dell'UE*, in *rivista.eurojus.it*, Fasc. n. 1/2022, p. 259 e ss.

domanda di protezione internazionale⁹⁷. Non esiste infatti alcuna disposizione del CEAS che affermi espressamente la garanzia per coloro che siano configurabili come richiedenti asilo di aver accesso nello spazio Schengen.

Tuttavia, la centralità che deve comunque essere riconosciuta al principio di *non refoulement* all'interno del sistema – dati i numerosi richiami all'imprescindibile rispetto del divieto di respingimento, contenuti negli strumenti giuridici adottati nell'ambito del sistema europeo comune di asilo – conduce ad escludere la legittimità di un rinvio automatico di cittadini di paesi terzi che, presenti ai valichi di frontiera, pur in assenza dei requisiti prescritti per l'ingresso, manifestino l'intenzione di presentare una domanda di protezione internazionale.

Ciò trova ulteriore conferma nei principi espressi a livello internazionale dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, che, come si è già avuto modo di evidenziare, rappresentano un parametro che deve essere necessariamente rispettato dagli stessi Stati membri. Si pensi alla già citata sentenza *Hirsi Jamaa e a. c. Italia*⁹⁸, con cui la Corte di Strasburgo ha evidenziato l'esigenza di assicurare una valutazione dei bisogni personali di protezione internazionale degli individui soccorsi in mare, prima che gli stessi vengano assoggettati alle operazioni di rinvio verso i Paesi di origine⁹⁹. Ancora, alla sentenza *Sharifi e a. c. Italia e Grecia*¹⁰⁰, la Corte di Strasburgo ha condannato l'Italia per aver respinto trentacinque richiedenti asilo verso la Grecia, nuovamente senza aver esaminato le loro situazioni individuali ed esponendoli al rischio di tortura e trattamenti inumani o degradanti a causa delle carenze sistemiche nel sistema di asilo e di accoglienza greco.

In conclusione, pur a fronte dell'inesistenza di un formale diritto di accesso al territorio degli Stati membri in capo ai cittadini di paesi terzi, è possibile, attraverso una rilettura degli strumenti giuridici del CEAS alla luce del divieto di non respingimento e

⁹⁷ Si veda, in questi termini, A. DI PASCALE, *I migranti come "arma" tra iniziative di contrasto e obblighi di tutela dei diritti fondamentali. Riflessioni a margine della crisi ai confini orientali dell'UE*, cit., p. 277.

⁹⁸ Corte EDU, Grande Camera, sentenza del 23 febbraio 2012, ricorso n. 27765/09, *Hirsi Jamaa e a. c. Italia*.

⁹⁹ Per questa ragione, ha condannato l'Italia per violazione degli articoli 3 e 13 della CEDU e dell'articolo 4 Protocollo 4, volti a «evitare che gli Stati possano allontanare un certo numero di stranieri senza esaminare la loro situazione personale e, di conseguenza, senza permettere loro di esporre le loro argomentazioni per contestare il provvedimento adottato dall'autorità competente». Cfr. Corte EDU, *Hirsi Jamaa*, cit., par. 177 (traduzione a cura del Ministero della Giustizia, Direzione generale del contenzioso e dei diritti umani, eseguita dalle dott.sse Martina Scantamburlo, Rita Pucci e Rita Carnevali, funzionari linguistici).

¹⁰⁰ Corte EDU, sentenza del 21 ottobre 2014, ricorso n. 16643/09, *Sharifi e a. c. Italia e Grecia*.

dell'interpretazione che ne è data dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, dedurre un obbligo per le autorità di frontiera di ammettere sul territorio quei soggetti che manifestino l'intenzione di presentare una domanda di protezione internazionale. Solo in questo modo, infatti, può essere loro garantito un pieno ed effettivo diritto di accesso alle procedure di asilo e può essere data piena attuazione alla sostanza dell'articolo 18 della Carta dei diritti fondamentali.

6.2. Il diritto di accesso alla procedura di esame della domanda di asilo

Il primo profilo che occorre prendere in considerazione alla luce delle argomentazioni sin qui condotte concerne, dunque, l'accesso alla procedura di esame delle domande di protezione internazionale.

L'articolo 7 della direttiva procedure prevede espressamente che «ciascun adulto con capacità di agire abbia il diritto di presentare una domanda di protezione internazionale per proprio conto», nel rispetto di tutta una serie di garanzie previste al capo II della suddetta direttiva¹⁰¹.

Parimenti, il regolamento Dublino individua esplicitamente tra i suoi obiettivi l'esigenza di «garantire un accesso effettivo alle procedure per la concessione della protezione internazionale»¹⁰² e, in questo senso, prevede che «[g]li Stati membri esaminano qualsiasi domanda di protezione internazionale presentata da un cittadino di un paese terzo o da un apolide sul territorio di qualunque Stato membro, compreso alla frontiera e nelle zone di transito»¹⁰³. Il corretto funzionamento del sistema di regole che detta le modalità di determinazione dello Stato competente all'esame delle domande di asilo, in effetti, rappresenta un passaggio fondamentale nell'assicurare un effettivo accesso alla procedura di riconoscimento del diritto d'asilo¹⁰⁴. Per questa ragione, è lo

¹⁰¹ Parallelamente, l'articolo 2, lett. b) della medesima direttiva definisce la «domanda di protezione internazionale» come «una richiesta di protezione rivolta a uno Stato membro da un cittadino di un paese terzo o da un apolide di cui si può ritenere che intende ottenere lo status di rifugiato o lo status di protezione sussidiaria, e che non sollecita esplicitamente un diverso tipo di protezione non contemplato nell'ambito di applicazione della direttiva 2011/95/UE e che possa essere richiesto con domanda separata».

¹⁰² Cfr. Considerando n. 5 del regolamento Dublino.

¹⁰³ Cfr. Articolo 3 del regolamento Dublino.

¹⁰⁴ In senso critico, sulle disfunzionalità del sistema Dublino e, dunque, sul suo «*conclamato fallimento*», si veda C: FAVILLI, *L'Unione che protegge e l'Unione che respinge. Progressi, contraddizioni e paradossi del sistema europeo di asilo*, cit., p. 28.

stesso regolamento a precisare che, se i criteri per l'individuazione della competenza non possono trovare applicazione, deve comunque essere individuato, in via residuale, uno Stato competente all'esame della domanda, ossia «il primo Stato membro nel quale la domanda è stata presentata».

Alla luce della medesima *ratio* possono altresì trovare una giustificazione, da un lato, la garanzia prevista dall'articolo 3 del regolamento e, dall'altro, la clausola di sovranità regolata all'articolo 17. Quanto alla prima disposizione, essa stabilisce che nei casi in cui «si hanno fondati motivi di ritenere che sussistono carenze sistemiche nella procedura di asilo e nelle condizioni di accoglienza dei richiedenti [nello Stato membro che dovrebbe essere considerato competente all'esame della domanda di protezione internazionale], che implicino il rischio di un trattamento inumano o degradante ai sensi dell'articolo 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea», lo Stato membro che ha avviato la procedura di determinazione diventa lo Stato membro competente. L'articolo 17, invece, ammette l'esercizio di un potere discrezionale da parte di ciascuno Stato membro di assumersi la responsabilità per l'esame di una domanda di asilo, quand'anche esso non coincida con lo Stato formalmente competente. In entrambi i casi, in sostanza, si assicura il rispetto di principi fondamentali, quali, in particolare, il divieto di respingimento e, appunto, un accesso effettivo, facile e rapido alla procedura di esame delle domande di protezione internazionale.

Orbene, analizzando nel dettaglio l'aspetto procedurale dell'accesso all'esame delle domande di asilo, una volta individuato lo Stato membro a ciò competente, esso viene garantito, innanzitutto, attraverso il meccanismo di registrazione della relativa istanza, che deve avvenire nel termine di tre giorni lavorativi dalla presentazione della domanda stessa, ad opera di un'autorità competente a norma del diritto nazionale, ovvero nel termine di sei giorni lavorativi¹⁰⁵, se la domanda perviene ad un'autorità non direttamente

¹⁰⁵ Come precisato dalla Corte di giustizia, «[a]ffinché tale termine particolarmente breve possa essere rispettato, è indispensabile, segnatamente al fine di garantire l'efficacia e la rapidità della procedura di esame delle domande di protezione internazionale, che tale autorità comunichi il fascicolo in suo possesso all'autorità competente per la registrazione della domanda a norma del diritto nazionale. In assenza di una siffatta comunicazione, l'obiettivo stesso della direttiva 2013/32, in particolare quello dell'articolo 6, paragrafo 1, della medesima, che consiste nel garantire un accesso effettivo, facile e rapido alla procedura di protezione internazionale, sarebbe seriamente compromesso, come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 72 delle sue conclusioni». Cfr. Corte di giustizia, sentenza del 25 giugno 2020, causa C-36/20 PPU, *Ministerio Fiscal (Autorità che può ricevere una domanda di protezione internazionale)*, punti 81-82.

competente a suddetta registrazione (articolo 6, par. 1 della direttiva procedure)¹⁰⁶. In ogni caso, è sancito che altre autorità preposte a ricevere le domande di protezione internazionale quali la polizia, le guardie di frontiera, le autorità competenti per l'immigrazione e il personale dei centri di trattenimento debbano essere in grado di fornire le dovute informazioni ai richiedenti asilo, al fine di guidarli nella procedura di inoltro delle domande di protezione internazionale¹⁰⁷.

Una volta finalizzata la registrazione della domanda, è necessario che venga poi assicurato l'inoltro della stessa «quanto prima» (articolo 6, par. 2). Si tratta di un passaggio procedurale differente rispetto alla fase della registrazione della domanda¹⁰⁸ – che avviene automaticamente quando una persona che può essere intesa come richiedente lo *status* di rifugiato o lo *status* di protezione sussidiaria presenta una richiesta di tale protezione a uno Stato membro –, poiché implica l'espletamento di eventuali formalità amministrative imposte dalla legislazione nazionale di ciascuno Stato membro. In particolare, è previsto che gli Stati membri possano prevedere che le domande di protezione internazionale siano introdotte personalmente¹⁰⁹ e/o in un luogo designato, ma,

¹⁰⁶ Il rispetto di questi termini è derogabile solamente nel caso in cui vengano presentate domande simultanee di protezione internazionale da parte di un numero elevato di cittadini di paesi terzi o apolidi, le quali rendano molto difficile all'atto pratico la finalizzazione della loro registrazione nel periodo di tempo indicato dal paragrafo 1. Solamente in simili ipotesi, ai sensi del paragrafo 5 della medesima disposizione, gli Stati membri possono stabilire che tale termine sia prorogato di dieci giorni lavorativi.

¹⁰⁷ La direttiva procedure del 2013 ha ampliato la gamma di soggetti legittimati a ricevere le domande di protezione internazionale, ampliando, di conseguenza, le possibilità di presentazione delle istanze di asilo.

¹⁰⁸ Per un chiarimento terminologico, si veda anche la Proposta di modifica di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello *status* di protezione internazionale (rifusione), COM(2011) 319 def., 1 giugno 2011, Allegato, p. 3: «Secondo la definizione di cui all'articolo 2, lettera b), una domanda si considera presentata [(make an application)] non appena una persona di cui si può ritenere che intende ottenere lo status di rifugiato o lo status di protezione sussidiaria chiede protezione a uno Stato membro: tale atto non presuppone alcuna formalità amministrativa. Al momento di "introdurre" una domanda [(lodge an application)], invece, si adempiono le necessarie formalità amministrative. In virtù del paragrafo 2, gli Stati membri devono offrire a chi intenda chiedere protezione internazionale un'effettiva possibilità di inoltrare la domanda appena possibile, a prescindere dalle eventuali restrizioni pratiche di cui al paragrafo 1».

¹⁰⁹ Si segnala che il fatto che ai richiedenti possa essere richiesto di presentare la domanda di asilo "di persona" rappresenta un aspetto di non secondaria importanza. In simili casi, infatti, un consulente legale o un altro rappresentante non potrà agire per loro conto. Tuttavia, ciò non può comunque impedire al richiedente di avvalersi dei servizi di un consulente legale, sempre a condizione che egli sia personalmente presente al momento della presentazione della domanda. In questi termini, si veda J. VEDSTED-HANSES, *Asylum Procedure Directive 2013/32/EU, Article 6 MN 5*, in D. THYM, K. HAILBRONNER (eds.), *op. cit.*, p. 1446.

in ogni caso, gli Stati membri devono offrire a chi intenda chiedere protezione internazionale un'effettiva possibilità di inoltrare la domanda appena possibile.

Quanto al primo aspetto, ai sensi dell'articolo 7 della direttiva procedure, è riconosciuto il diritto di presentare una domanda di protezione internazionale per proprio conto a «ciascun adulto con capacità di agire» (par. 1), mentre coloro che siano a carico di altri soggetti devono poter avere l'opportunità di presentare la domanda di asilo o tramite questi ultimi, ovvero per proprio conto (par. 2). Per quanto riguarda i minori, invece, è previsto che «[g]li Stati membri provvedano affinché il minore abbia il diritto di presentare domanda di protezione internazionale per proprio conto, se ha la capacità di agire in giudizio ai sensi del diritto dello Stato membro interessato, ovvero tramite i genitori o altro familiare adulto, o un adulto responsabile per lui secondo la legge o la prassi dello Stato membro interessato, o tramite un rappresentante» (par. 3). È inoltre possibile che gli Stati membri stabiliscano discrezionalmente che la presentazione di una domanda di protezione internazionale da parte di un adulto con capacità di agire costituisca anche la presentazione di una domanda di protezione internazionale per eventuali minori non coniugati, Trattandosi poi di soggetti minori non accompagnati, la direttiva richiede che gli organismi preposti a effettuare i rimpatri, se, sulla base di una valutazione individuale della situazione personale del minore, ritengono che questi necessiti di protezione ai sensi della direttiva 2011/95/UE, abbiano il diritto di presentare domanda di protezione internazionale a loro nome¹¹⁰.

Quanto al secondo aspetto, invece, esso concerne le modalità logistiche che possono essere stabilite nell'ambito delle formalità amministrative previste dalla legislazione nazionale.

In ogni caso, è specificato dalla stessa direttiva che una domanda di protezione internazionale deve essere considerata presentata – intesa come “inoltrata” – quando un formulario sottoposto dal richiedente o, qualora sia previsto nel diritto nazionale, una relazione ufficiale è pervenuta alle autorità competenti dello Stato membro interessato.

Occorre da ultimo precisare che la direttiva procedure e il regolamento Dublino delimitano esplicitamente il loro ambito di applicazione *ratione loci* alle domande di

¹¹⁰ Cfr. Articolo 10 della direttiva 2008/115/CE.

protezione internazionale che siano state presentate «nel territorio, anche alla frontiera, nelle acque territoriali¹¹¹ o nelle zone di transito degli Stati membri»¹¹².

6.2.1. Le c

Sempre nell'ottica di esaminare l'aspetto procedurale del diritto d'asilo connesso all'esigenza di assicurare accesso alle procedure di riconoscimento della protezione internazionale, occorre prendere in considerazione le garanzie che vengono assicurate ai richiedenti asilo, al fine di rendere effettivo tale accesso.

i) Il diritto di rimanere sul territorio per tutta la durata della procedura

Quanto al diritto del richiedente asilo di rimanere nello Stato membro competente all'esame della sua domanda per tutta la durata della relativa procedura¹¹³, compresa la fase di ricorso¹¹⁴, si è già avuto modo di fare riferimento nella sezione dedicata diritto al

¹¹¹ Come ricorda la dottrina (v., in particolare, C. COSTELLO, E. HANCOX, *The Recast Asylum Procedures Directive 2013/32/EU: Caught between the Stereotypes of the Abusive Asylum-Seeker and the Vulnerable Refugee*, in V. CHETAIL, P. DE BRUYCKER, F. MAIANI (eds.), *op. cit.*, pp. 391-392), per quanto l'aggiunta del riferimento alle «acque territoriali» sia legata all'aumento degli arrivi via mare, occorre considerare che, in ogni caso, i doveri nei confronti dei richiedenti asilo e dei migranti si configurano, in base al diritto internazionale, nel momento in cui uno Stato esercita la sua giurisdizione, il che può avvenire al di fuori delle acque territoriali. Senza contare che i doveri degli Stati membri dell'Unione potrebbero essere considerati anche più ampi alla luce di quanto disposto nel Codice frontiere Schengen e, più in generale, nella Carta dei diritti fondamentali. Sul punto, C. COSTELLO, V. MORENO-LAX, *The Extraterritorial Application of the EU Charter of Fundamental Rights: From Territoriality to Facticity, the Effectiveness Model*, in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, Oxford, 2014, p. 1658.

¹¹² La medesima puntualizzazione vale anche per l'ambito di operatività della direttiva accoglienza, la quale si applica «a tutti i cittadini di paesi terzi e agli apolidi che manifestano la volontà di chiedere la protezione internazionale nel territorio di uno Stato membro, comprese la frontiera, le acque territoriali o le zone di transito, purché siano autorizzati a soggiornare in tale territorio in qualità di richiedenti, nonché ai familiari, se inclusi nella domanda di protezione internazionale ai sensi del diritto nazionale» (cfr. articolo 3, par. 1). La direttiva, inoltre, non trova applicazione con riferimento a soggetti richiedenti la protezione temporanea (regolata dalla direttiva 2001/55/CE), ma, a discrezione degli Stati membri, può essere estesa in relazione a procedimenti di esame di domande intese a ottenere forme di protezione diverse da quella conferita dalla direttiva 2011/95/UE. Al contrario, gli strumenti giuridici menzionati non si applicano «alle domande di asilo diplomatico o territoriale presentate alle rappresentanze degli Stati membri [all'estero]».

¹¹³ Quanto alle deroghe al diritto di rimanere sul territorio dello Stato membro responsabile della domanda, in caso di domande reiterate, si veda l'articolo 41 della direttiva procedure.

¹¹⁴ L'articolo 46, par. 5, direttiva 2013/32/UE sancisce che la proposizione del ricorso sospende automaticamente gli effetti conseguenti al rigetto della domanda da parte dell'autorità amministrativa: gli Stati membri, infatti, devono autorizzare «i richiedenti a rimanere nel loro territorio fino alla scadenza del termine entro il quale possono esercitare il loro diritto a un ricorso effettivo oppure, se tale diritto è stato

soggiorno, quale garanzia rientrante nel “contenuto” della protezione internazionale. In proposito, si segnala solamente che, proprio per garantire l’effettività di questo diritto, la Corte di giustizia ha più volte avuto modo di affermare che ciascun richiedente protezione internazionale, prima di essere allontanato verso un paese in cui esistano seri motivi per ritenere che questi si trovi esposto al rischio reale di trattamenti contrari all’articolo 18 della Carta, nel combinato disposto con il principio di non respingimento (cfr. articolo 33 della Convenzione di Ginevra e articolo 19, par. 2, della Carta) e il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva (articolo 47 della Carta), deve vedersi assicurato un ricorso con pieni effetti sospensivi contro l’esecuzione della misura che consenta il suo rimpatrio¹¹⁵.

ii) *Il diritto all’informazione*

In primo luogo, l’articolo 12 della direttiva procedure assicura al richiedente asilo la possibilità di essere informato della procedura da seguire e dei suoi diritti e obblighi¹¹⁶ durante il procedimento «in una lingua che capisce o che è ragionevole supporre possa capire»¹¹⁷ e «in tempo utile affinché (...) possa far valere i diritti sanciti dalla (...) direttiva e conformarsi agli obblighi». Il richiedente deve altresì essere informato delle eventuali conseguenze di un mancato adempimento di suddetti obblighi e della mancata cooperazione con le autorità, in merito ai tempi e ai mezzi a sua disposizione per adempiere all’onere di addurre elementi a fondamento della propria domanda¹¹⁸, nonché

esercitato entro il termine previsto, in attesa dell’esito del ricorso». Tuttavia, in diverse ipotesi in cui la decisione amministrativa impugnata ha sostanzialmente ritenuto la domanda manifestamente infondata o c.d. abusiva, la sospensione non opera automaticamente, ma deve essere richiesta dalla parte e concessa dal giudice (cfr. articolo 46, par. 6).

¹¹⁵ V., in tal senso, Corte di giustizia, *Abdida*, cit., punto 52, e del 17 dicembre 2015, causa C-239/14, *Tall*, punto 54.

¹¹⁶ Si fa riferimento a quanto disposto dall’articolo 13 della direttiva in commento, in merito agli obblighi di cooperazione con le autorità competenti imposti ai richiedenti asilo, ai fini dell’accertamento dell’identità e degli altri elementi di cui all’articolo 4, par. 2, della direttiva 2011/95/UE. In particolare: a) obbligo di riferire alle autorità competenti o di comparire personalmente dinanzi alle stesse; b) obbligo di consegnare i documenti in loro possesso pertinenti ai fini dell’esame della domanda; c) obbligo di informare le autorità competenti del loro luogo di residenza o domicilio del momento e di qualsiasi cambiamento dello stesso, non appena possibile; d) obbligo di sottoporsi ad eventuali perquisizioni (effettuate da una persona dello stesso sesso, nel pieno rispetto dei principi di dignità umana e di integrità fisica e psicologica); e) obbligo ad essere sottoposti ad eventuali fotografie o registrazioni delle dichiarazioni orali (salva previa informazione).

¹¹⁷ Tale formulazione sembra imporre un onere maggiormente stringente rispetto all’espressione utilizzata nell’originaria versione della direttiva procedure: «in una lingua che è ragionevole supporre possa capire» (cfr. Articolo 10 della direttiva 2005/85/CE)

¹¹⁸ Cfr. Articolo 4 della direttiva 2011/95/UE.

delle conseguenze di un ritiro esplicito o implicito della domanda. Tale onere informativo compete a tutte le autorità che sono coinvolte nella procedura e in ogni fase di essa¹¹⁹.

Parallelamente, l'articolo 5 della direttiva sulle misure di accoglienza sancisce il diritto dei richiedenti asilo di essere informati, per iscritto e in una lingua da loro ragionevolmente comprensibile, «entro un termine ragionevole non superiore a quindici giorni^[120] dopo la presentazione della domanda di protezione internazionale, almeno di qualsiasi beneficio riconosciuto e degli obblighi loro spettanti in riferimento alle condizioni di accoglienza»¹²¹. I quindici giorni previsti dalla norma rappresentano un termine massimo entro cui tali informazioni devono essere fornite ai richiedenti, valendo comunque, come regola generale, l'obbligo di fornire suddette informazioni in un tempo ragionevole (e, quindi, anche inferiore).

Il diritto all'informazione è altresì contemplato dall'articolo 4 del regolamento Dublino¹²², che impone alle autorità competenti nazionali di fornire una serie di indicazioni ai richiedenti asilo¹²³, «non appena sia presentata una domanda di protezione

¹¹⁹ Si veda, in questo senso, Corte di giustizia, sentenza del 25 giugno 2020, causa C-36/20 PPU, VL. Nel caso di specie, il dovere di informazione è stato individuato in capo al giudice istruttore chiamato a pronunciarsi sul trattenimento di un cittadino di un paese terzo in situazione irregolare ai fini del suo respingimento, figura rientrante nel novero delle «altre autorità», contemplate dall'articolo 6, par. 1, secondo comma della direttiva 2013/32, preposte a ricevere domande di protezione internazionale ma non competenti, a norma del diritto nazionale, per la registrazione.

¹²⁰ Parte della dottrina ha criticato tale previsione, considerando eccessivamente lungo il termine di due settimane previsto dalla norma richiamata. V. J. HANDOLL, *Directive 2003/9 on Reception Conditions of Asylum Seekers: Ensuring 'Mere Subsistence' or a 'Dignified Standard of Living'?*, in A. BALDACCINI, E. GUILD, H. TONER (eds.), *Whose freedom, security and justice? EU Immigration and Asylum Law and Policy*, London, 2007, p. 210.

¹²¹ Come precisato dal secondo paragrafo dell'articolo 5 della direttiva 2013/33/UE, le informazioni che gli Stati membri devono fornire ai richiedenti asilo devono riguardare le organizzazioni o i gruppi di persone che forniscono specifica assistenza legale e le organizzazioni che possono aiutarli o informarli riguardo alle condizioni di accoglienza disponibili, compresa l'assistenza sanitaria.

¹²² Si veda anche il Considerando 18 del medesimo regolamento: «(...) Non appena sia presentata la domanda di protezione internazionale, il richiedente dovrebbe essere informato dell'applicazione del presente regolamento e della possibilità, nel corso del colloquio, di fornire informazioni sulla presenza negli Stati membri di familiari, parenti o persone legate da altri vincoli di parentela, al fine di agevolare il processo di determinazione dello Stato membro competente».

¹²³ Le informazioni che devono essere comunicate al richiedente asilo sono relative a: a) le finalità del regolamento Dublino e le conseguenze dell'eventuale presentazione di un'altra domanda in uno Stato membro diverso, nonché le conseguenze dello spostarsi da uno Stato membro a un altro durante le fasi in cui si determina lo Stato membro competente alla valutazione della domanda di protezione internazionale e in cui si procede a suddetto esame; b) i criteri di determinazione dello Stato membro competente, la gerarchia di tali criteri nelle varie fasi della procedura e la loro durata; c) il colloquio personale ai sensi dell'articolo 5 del medesimo regolamento e le modalità di presentazione di informazioni relative alla

internazionale ai sensi dell'articolo 20, paragrafo 2» (ossia nel momento in cui le autorità competenti dello Stato membro interessato ricevono un formulario presentato dal richiedente o un verbale redatto dalle autorità stesse¹²⁴). Come previsto dalla direttiva procedure, tali informazioni devono essere fornite «in una lingua che il richiedente comprende o che ragionevolmente si suppone a lui comprensibile» e, in aggiunta, è richiesto che le stesse risultino «per iscritto» (vengono fornite oralmente solo ove necessario per la corretta comprensione del richiedente). La norma richiamata fa precipuo riferimento all'«opuscolo comune redatto conformemente al paragrafo 3», ossia un formulario contenente le informazioni essenziali che gli Stati membri sono tenuti ad assicurare a ciascun richiedente asilo – con specifiche indicazioni, qualora si tratti di minori non accompagnati –, nonché alcune indicazioni relative all'applicazione del regolamento 603/2013/UE (il cd. regolamento Eurodac), con specifico riferimento al trattamento dei dati personali dei soggetti interessati¹²⁵. È altresì possibile che l'opuscolo

presenza di familiari, parenti o persone legate da altri vincoli di parentela negli Stati membri, compresi i modi in cui il richiedente può presentare tali informazioni; d) la possibilità di impugnare una decisione di trasferimento e, ove applicabile, di chiedere la sospensione del trasferimento; e) l'interscambio di dati relativi al richiedente consentito alle autorità competenti; f) il diritto di accesso ai propri dati e il diritto di chiedere che tali dati siano rettificati se inesatti o che siano cancellati se trattati illecitamente, nonché le procedure da seguire per esercitare tali diritti. In particolare, la Corte di giustizia ha chiarito che «il legislatore dell'Unione, nell'ambito del regolamento n. 604/2013, non si è limitato a fissare regole organizzative che disciplinano unicamente i rapporti tra gli Stati membri ai fini di determinare lo Stato membro competente, ma ha deciso di coinvolgere in tale procedura i richiedenti asilo, obbligando gli Stati membri a informarli dei criteri di competenza e a offrire loro l'opportunità di presentare le informazioni che consentano la corretta applicazione di tali criteri, nonché garantendo loro un diritto di ricorso effettivo avverso la decisione di trasferimento eventualmente adottata in esito al procedimento» (cfr. Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 7 giugno 2016, causa C-63/15, *Ghezelbash*, punto 51).

¹²⁴ Sull'interpretazione del termine «verbale», si veda Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 26 luglio 2017, causa C-670/16, *Mengasteab*. Secondo la Corte, esso deve essere interpretato estensivamente, sottintendendo la prevalenza della sostanza sulla forma e, quindi, essere inteso come «un documento scritto, redatto da un'autorità pubblica e in cui si certifica che un cittadino di paese terzo ha chiesto protezione internazionale, e, eventualmente, quando la suddetta autorità preposta riceve le sole informazioni principali contenute in un documento del genere, ma non il documento stesso o la sua copia, o se, al contrario, una domanda siffatta si consideri presentata unicamente al momento del deposito di una domanda formale di asilo» (punto 76).

¹²⁵ La latitudine dell'onere informativo imposto agli Stati membri con riferimento alla consegna dell'opuscolo ai richiedenti asilo, una volta presentata la domanda di protezione internazionale, è stata fatta oggetto di una serie di rinvii pregiudiziali sollevati da alcuni giudici italiani. Cfr. Corte di Cassazione, ordinanza del 29 marzo 2021 (causa C-228/21); Tribunale di Milano, ordinanza del 14 aprile 2021 (causa C-315/21); Tribunale di Trieste, ordinanza del 2 aprile 2021 (causa C-328/21). In particolare, sono due le principali questioni sottoposte alla Corte di giustizia. La prima, sollevata dalla Corte di Cassazione, riguarda l'interpretazione dell'articolo 4 del regolamento Dublino, in caso di impugnazione della decisione di trasferimento ai sensi degli articoli 26 e 18, paragrafo 1, lettera b) – ossia il caso di ripesa in carico da parte

contenga informazioni ulteriori, connesse alle peculiarità della procedura di esame delle domande di protezione internazionale, come regolata all'interno dei singoli Stati membri. La corretta ricezione di tali informazioni da parte del soggetto interessato viene poi verificata nel corso del colloquio personale che viene effettuato ai sensi dell'articolo 5 del regolamento Dublino.

Da ultimo, si rendono necessarie alcune precisazioni circa il diritto all'informazione che deve essere configurato con riferimento alla fase decisoria, tanto nell'ambito della procedura di determinazione dello Stato competente all'esame della domanda di protezione internazionale, quanto nell'ambito della stessa procedura di esame. Il diritto dell'Unione, infatti, contempla un generale diritto di essere informati prima dell'adozione o dell'esecuzione di qualsiasi provvedimento che ha lo scopo di inviare un cittadino straniero dal territorio di uno Stato membro verso un Paese terzo tutte le volte che si può profilare il rischio di trattamenti inumani o degradanti.

Innanzitutto, nel contesto del sistema Dublino, è previsto un onere di notifica con riferimento alla decisione di trasferire un soggetto dallo Stato membro nel quale quest'ultimo ha presentato l'istanza di asilo, verso quello individuato come competente alla luce dei criteri fissati dal regolamento al Capo III (articoli 7-15), e, se del caso, di

di uno Stato membro del richiedente la cui domanda è in corso d'esame e che ha presentato domanda in un altro Stato membro, oppure si trova nel territorio di un altro Stato membro senza un titolo di soggiorno. La Suprema Corte si è domandata se l'articolo 4 debba essere interpretato nel senso che la violazione dell'obbligo informativo possa essere fatta valere solo a condizione che il richiedente asilo indichi: a) quali informazioni avrebbe fornito all'amministrazione per consentirle di applicare correttamente i criteri di competenza previsti dal regolamento; b) in che modo queste informazioni sarebbero state determinanti per l'adozione di una decisione di trasferimento di diverso contenuto, o avrebbero indotto l'autorità amministrativa a non adottarla. La Cassazione si è interrogata sulla conformità al regolamento dell'orientamento giurisprudenziale italiano che ritiene sufficiente, per annullare una decisione di trasferimento ai sensi dell'art. 18, paragrafo 1, lettera b), la mera denuncia di una violazione formale del procedimento, perché dubita che, in tal modo, si consenta di contestare, indirettamente, la competenza dello Stato membro dove per prima è stata presentata la domanda di protezione per motivi diversi dalla corretta applicazione dei criteri fissati dal regolamento stesso. La seconda questione, invece, sollevata dal Tribunale di Milano, si focalizza sulla violazione degli articoli 4 e 5 del regolamento Dublino con riferimento all'ipotesi di illegittimità del provvedimento impugnato. I giudici milanesi si chiedono: a) se la violazione degli obblighi informativi comporti illegittimità del provvedimento impugnato, a prescindere dalle conseguenze sull'individuazione dello Stato competente all'esame della domanda di asilo; b) se l'illegittimità comporti il mero annullamento del provvedimento, oppure occorra consentire di rimuovere la situazione di illegittimità attraverso l'adempimento effettivo di tali obblighi, in virtù del diritto a un ricorso effettivo ai sensi dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE; c) se l'adempimento spetti all'amministrazione o al giudice dell'impugnazione.

non esaminare la sua domanda di protezione internazionale¹²⁶. Tale comunicazione deve essere rivolta direttamente alla persona interessata in una lingua a lui comprensibile, ovvero, se quest'ultima è rappresentata da un avvocato o un altro consulente legale, gli Stati membri possono scegliere di notificare la decisione a tale avvocato o consulente legale invece che all'interessato. Essa, inoltre, contempla anche l'indicazione dei mezzi di impugnazione disponibili, compreso quello sul diritto di chiedere l'effetto sospensivo, ove applicabile, e sui termini per esperirli e sui termini relativi all'esecuzione del trasferimento e contiene, se necessario, le informazioni relative al luogo e alla data in cui l'interessato deve presentarsi, nel caso in cui si rechi nello Stato membro competente con i propri mezzi.

Nella fase decisoria della procedura di esame della domanda di asilo, invece, secondo quanto previsto dall'articolo 12 della direttiva 2013/32/UE, la decisione dell'autorità accertante deve essere comunicata al richiedente con anticipo ragionevole, unitamente alle indicazioni relative ai mezzi di impugnazione a sua disposizione¹²⁷. Se il richiedente è legalmente rappresentato da un avvocato o altro consulente legale, gli Stati membri possono scegliere di comunicare la decisione al suo avvocato o consulente anziché al richiedente. Chiaramente, la comunicazione circa l'esito della valutazione della domanda di asilo deve essere effettuata in una lingua comprensibile per il richiedente, o che è ragionevole supporre che egli possa capire.

Nella medesima ottica, anche le decisioni relative alle eventuali impugnazioni sollevate dai soggetti destinatari di una decisione di trasferimento o del rigetto di una domanda di riconoscimento della protezione internazionale implicano un correlato onere di comunicazione al soggetto destinatario.

iii) Il diritto ad un colloquio personale

Durante la procedura di determinazione dello Stato membro competente all'esame della domanda di protezione internazionale¹²⁸, nonché nella fase di effettiva valutazione

¹²⁶ Cfr. Articolo 26 del regolamento Dublino.

¹²⁷ L'articolo 19 della direttiva 2013/32/UE stabilisce inoltre che, in caso di decisione negativa su una domanda di primo grado, gli Stati membri forniscono altresì ai richiedenti, su richiesta, informazioni al fine di chiarire i motivi di tale decisione e spiegare in che modo è possibile contestare la decisione.

¹²⁸ L'articolo 5, paragrafi 1, 3 e 6, del regolamento Dublino dispone che lo Stato membro che ha avviato la procedura di determinazione dello Stato membro competente effettua in tempo utile e, in ogni caso, prima che sia adottata una decisione di trasferimento, un colloquio personale con il richiedente asilo, e che al

delle istanze¹²⁹, il legislatore europeo ha previsto lo svolgimento di colloqui personali con i richiedenti, volti a consentire loro di esporre la propria situazione e, dunque, fornire informazioni utili alla corretta analisi della loro situazione giuridica. Tali colloqui rappresentano una garanzia fondamentale per assicurare il diritto alla difesa, il principio dell'eguaglianza delle armi e il diritto a una tutela giurisdizionale effettiva, soprattutto in fase di esame della domanda di asilo. Il colloquio svolto ai sensi degli articoli 14 e seguenti della direttiva procedure, infatti, costituisce uno strumento imprescindibile per assicurare «al richiedente un'effettiva e congrua possibilità di corroborare la propria istanza di protezione internazionale, e garantire che le autorità competenti provvedano a un'attenta valutazione delle esigenze di protezione del richiedente»¹³⁰.

Al contrario, la Corte di giustizia, con la sentenza del 27 luglio 2017, nella causa C-348/16, ha chiarito che rientra nella discrezionalità del giudice di ciascuno Stato membro la decisione circa la necessità o meno di procedere ad un'audizione del richiedente in fase di impugnazione di un provvedimento di primo grado. Tale esigenza deve essere valutata dall'autorità alla luce dell'obbligo di procedere ad un esame completo ed *ex nunc* della domanda di protezione internazionale, come previsto dall'articolo 46, par. 3, della direttiva 32/2013/UE, ai fini del rispetto del principio della tutela giurisdizionale effettiva dei diritti e degli interessi del richiedente¹³¹. Per questa ragione, la Corte ha così ritenuto

richiedente o al consulente legale che lo rappresenta deve essere assicurato l'accesso alla sintesi di tale colloquio. Tuttavia, ai sensi dell'articolo 5, par. 2, è possibile non effettuare tale colloquio qualora il richiedente abbia già fornito informazioni pertinenti per determinare lo Stato membro competente e, in tal caso, lo Stato membro in questione offre al richiedente l'opportunità di presentare ogni altra informazione pertinente per determinare correttamente lo Stato membro competente prima che sia adottata una decisione di trasferimento.

¹²⁹ Si fa riferimento, in particolare, ai colloqui previsti agli articoli da 14 a 17 (colloquio personale sulla domanda di protezione internazionale) e 34 (colloquio sull'ammissibilità di una domanda di asilo) della direttiva procedure.

¹³⁰ Cfr. Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio recante norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca della protezione internazionale, COM(2009) 554 def., 21 ottobre 2009, p. 6. Proprio l'esigenza richiamata è stata posta alla base della proposta di ridurre le deroghe ai principi e alle garanzie procedurali sanciti dalla direttiva procedure, incentivando l'eliminazione della possibilità di omettere il colloquio personale nelle procedure accelerate (disciplinate dall'articolo 31).

¹³¹ Al paragrafo 42, la Corte ha puntualizzato che «[n]el caso di specie, l'obbligo di procedere all'esame completo ed *ex nunc* degli elementi di fatto e di diritto, imposto al giudice competente dall'articolo 46, paragrafo 3, della direttiva 2013/32, deve essere interpretato nel contesto dell'intera procedura d'esame delle domande di protezione internazionale disciplinata da tale direttiva, tenendo conto della stretta connessione esistente tra la procedura di impugnazione dinanzi al giudice e la procedura di primo grado che la precede, nel corso della quale deve essere data facoltà al richiedente di sostenere un colloquio

che il giudice abbia comunque adempiuto al dovere di assicurare una tutela giurisdizionale effettiva, qualora abbia preso in considerazione le memorie prodotte nonché gli elementi oggettivi versati al fascicolo amministrativo risultante dalla procedura di primo grado, ivi compresi, all'occorrenza, il verbale o la registrazione del colloquio personale effettuato nel contesto di tale procedura, e li abbia ritenuti sussistenti per giungere ad un'adeguata decisione nel merito.

Si precisa, peraltro, che, nell'ottica di rendere possibile una comunicazione adeguata durante suddetti colloqui, sia il regolamento Dublino¹³², sia la direttiva procedure¹³³ impongono agli Stati membri di assicurare al richiedente, laddove necessario, l'assistenza di un interprete per interloquire con i soggetti competenti all'espletamento delle interviste.

Inoltre, lo svolgimento di tali colloqui implica, accanto alla necessità di porre attenzione alle differenze linguistiche tra intervistati ed intervistatori, anche la considerazione di ulteriori fattori necessari a garantire la loro concreta utilità, nonché un'effettiva tutela della posizione dei soggetti coinvolti. Ad esempio, l'articolo 4 della direttiva procedure, tra i requisiti richiesti alle autorità responsabili dell'esame delle domande di protezione internazionale (richiamati di seguito), esige che le persone che conducono i colloqui con i richiedenti abbiano acquisito una conoscenza generale dei problemi che potrebbero compromettere la capacità del richiedente di sostenere il

personale sulla sua domanda di protezione internazionale, a norma dell'articolo 14 della direttiva citata». Inoltre, nella motivazione, si chiarisce che «(...) come ha rilevato l'avvocato generale ai paragrafi 58 e 59 e da 65 a 67 delle conclusioni, la necessità che il giudice investito del ricorso ex articolo 46 della direttiva 2013/32 proceda all'audizione del richiedente deve essere valutata alla luce del suo obbligo di procedere all'esame completo ed ex nunc contemplato all'articolo 46, paragrafo 3, di tale direttiva, ai fini della tutela giurisdizionale effettiva dei diritti e degli interessi del richiedente. Tale giudice può decidere di non procedere all'audizione del richiedente nell'ambito del ricorso dinanzi ad esso pendente solo nel caso in cui ritenga di poter effettuare un esame siffatto in base ai soli elementi contenuti nel fascicolo, ivi compreso, se del caso, il verbale o la trascrizione del colloquio personale con il richiedente in occasione del procedimento di primo grado. In circostanze del genere, infatti, la possibilità di omettere lo svolgimento di un'udienza risponde all'interesse sia degli Stati membri sia dei richiedenti, menzionato al considerando 18 della direttiva citata, che sia presa una decisione quanto prima possibile in merito alle domande di protezione internazionale, fatto salvo lo svolgimento di un esame adeguato e completo» (punto 44).

¹³² L'articolo 5, par. 4, del regolamento richiede che il colloquio personale venga effettuato in una lingua che il richiedente comprende o che ragionevolmente si suppone a lui comprensibile e nella quale questi è in grado di comunicare. Inoltre, ove necessario, è prevista la possibilità di avvalersi di un interprete che sia in grado di garantire una comunicazione adeguata tra il richiedente e la persona che effettua il colloquio personale. L'assistenza linguistica è altresì prevista in caso di ricorsi avverso una decisione di trasferimento (cfr. articolo 27 del regolamento Dublino).

¹³³ Cfr. Articolo 12 e 15 della direttiva procedure.

colloquio, come indicazioni che il richiedente potrebbe essere stato torturato nel passato. Inoltre, ai sensi dell'articolo 15, queste devono avere la competenza per tener conto del contesto personale e generale in cui nasce la domanda, compresa l'origine culturale, il genere, l'orientamento sessuale, l'identità sessuale o la vulnerabilità del richiedente (soprattutto quando si tratti di un minore). Ancora, la direttiva procedure evidenzia l'importanza di organizzare i colloqui in modo da consentire ai richiedenti di entrambi i sessi che abbiano subito persecuzioni per motivi di genere di parlare delle loro esperienze passate¹³⁴. In generale, quindi, è necessario che le audizioni dei richiedenti avvengano in condizioni atte ad assicurare la riservatezza adeguata (ammettendo la presenza di familiari o, in generale, soggetti terzi solamente quando ciò risulti utile ad un corretto esame della domanda), che consentano al richiedente di esporre in modo esauriente i motivi della sua domanda.

iv) Il diritto di accesso ad informazioni tecniche e all'assistenza legale

Parallelamente, è previsto che gli Stati membri provvedano affinché i richiedenti ricevano sempre gratuitamente, su richiesta, informazioni giuridiche e procedurali, comprendenti, come minimo, le informazioni sulla procedura con riguardo alla situazione particolare del richiedente¹³⁵. E ciò, a meno che lo Stato membro non abbia deciso di accordare assistenza e/o rappresentanza legali gratuite nelle procedure di primo grado¹³⁶. In ogni caso, come precisato dall'articolo 22 della direttiva procedure, non può mai essere preclusa ai richiedenti asilo la facoltà di consultare, a loro spese, in maniera effettiva un avvocato o altro consulente legale, ammesso o autorizzato a norma del diritto nazionale, sugli aspetti relativi alla domanda di protezione internazionale, in ciascuna fase della procedura, anche in caso di decisione negativa.

¹³⁴ Cfr. Considerando n. 32 della direttiva procedure. Per questa ragione, è previsto all'articolo 15 della direttiva procedure, che, se possibile, su istanza del richiedente, il colloquio venga condotto da una persona del suo stesso sesso (salvo che la richiesta sia basata su motivi non connessi alle difficoltà del richiedente di presentare i motivi della sua domanda in modo comprensibile).

¹³⁵ Cfr. Articolo 19 della direttiva procedure. Per le condizioni per ottenere le informazioni giuridiche e procedurali gratuite e l'assistenza e la rappresentanza legali gratuite, si veda l'articolo 21.

¹³⁶ L'articolo 19 precisa che l'assistenza e la rappresentanza legali gratuite possono comunque non essere accordate, anche se generalmente previste, se un giudice o un'altra autorità competente ritiene che il ricorso del richiedente non abbia prospettive concrete di successo. In ogni caso, se una decisione di non concedere l'assistenza e la rappresentanza legali gratuite è presa da un'autorità diversa dal giudice, gli Stati membri garantiscono che il richiedente abbia diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice avverso tale decisione.

I richiedenti asilo, poi, vedono riconoscersi la facoltà di interloquire con UNHCR o con altre organizzazioni che siano in grado di prestare assistenza legale o altra consulenza ai richiedenti a norma del diritto dello Stato membro interessato. Peraltro, deve sempre essere consentito a questi soggetti – nonché al richiedente asilo in prima persona – l’accesso alle informazioni circa la situazione generale esistente nel paese di origine della persona interessata utilizzate dalla autorità competenti per esaminare la relativa domanda di asilo¹³⁷. Lo stesso vale per le informazioni eventualmente richieste dalle autorità competenti ad esperti, su aspetti particolari come quelli d’ordine medico, culturale, religioso, di genere o inerenti ai minori¹³⁸.

L’accesso all’assistenza legale è previsto anche dal regolamento Dublino, sia in fase di primo colloquio personale del richiedente asilo, sia in caso di impugnazione¹³⁹.

v) *L’esame delle istanze di protezione internazionale*

L’esame delle istanze di protezione internazionale, secondo quanto previsto dall’articolo 4, paragrafi 3 e 10 della direttiva procedure, deve essere «adeguato e completo»¹⁴⁰, nonché condotto «in modo individuale, obiettivo ed imparziale».

Nello specifico, l’articolo 10, elencando i criteri applicabili all’esame delle domande, specifica, innanzitutto, l’esigenza che le autorità competenti utilizzino determinate tipologie di fonti di informazioni – «precise e aggiornate, quali l’EASO¹⁴¹ e l’UNHCR e le organizzazioni internazionali per i diritti umani pertinenti» –¹⁴², per ricostruire il contesto di provenienza dei singoli richiedenti asilo. Inoltre, si esige che le stesse autorità

¹³⁷ Si fa riferimento alle informazioni menzionate dall’articolo 10, par. 3, lett. b) della direttiva procedure.

¹³⁸ In questo caso, si fa richiamo alle informazioni di cui all’articolo 10, par. 3, lett. d) della direttiva 2013/32/UE.

¹³⁹ Quanto allo svolgimento del colloquio personale del richiedente, si veda l’articolo 5 del regolamento. In particolare, il paragrafo 6 fa riferimento all’onere dello Stato membro che effettua il colloquio di redigere una sintesi scritta (in forma di relazione o di modulo standard) dello stesso, che contenga almeno le principali informazioni fornite dal richiedente durante il colloquio. Secondo quanto previsto dalla norma, tale sintesi deve essere messa tempestivamente a disposizione del «richiedente e/o [del]l’avvocato o altro consulente legale che rappresenta il richiedente». Inoltre, per la disciplina specifica del diritto all’assistenza legale in fase di impugnazione, si veda l’articolo 27 del regolamento Dublino.

¹⁴⁰ Cfr. Considerando 18 della direttiva procedure.

¹⁴¹ Si ricorda che l’EASO – l’Ufficio europeo di sostegno per l’asilo (*European Asylum Support Office*) – a partire dal 19 gennaio 2022, è stato sostituito dall’Agenzia dell’Unione europea per l’asilo (*European Union Agency for Asylum*, “EUAA”).

¹⁴² È altresì previsto che le autorità incaricate di decidere sull’eventuale impugnazione di una decisione sulla domanda di protezione internazionale devono avere accesso alle informazioni utilizzate in primo grado, direttamente, per il tramite del richiedente o in altro modo,

siano in grado di provare di possedere determinate conoscenze inerenti al diritto d'asilo e dei rifugiati, potendo in ogni caso consultare esperti, laddove necessario, su aspetti particolari come quelli d'ordine medico, culturale, religioso, di genere o inerenti ai minori¹⁴³. Ancora, l'articolo 4 della direttiva fa riferimento alla tipologia di formazione che gli Stati membri devono assicurare alle autorità coinvolte nel procedimento di esame, facendo riferimento all'importanza della formazione organizzata e sviluppata dall'Ufficio europeo di sostegno per l'asilo (EASO).

Vengono altresì precisati alcuni criteri relativi alle caratteristiche che devono essere rispettate dalle decisioni sulle domande di protezione internazionale. Innanzitutto, è richiesto che le stesse vengano comunicate per iscritto, con indicazione, sempre per iscritto, dei mezzi a disposizione per impugnare l'eventuale decisione negativa. Inoltre, le decisioni devono essere corredate di motivazione in fatto e in diritto.

Quanto al requisito dell'individualità della valutazione della domanda di asilo, la Corte di giustizia ha chiarito che occorre «tene[re] conto, in particolare, di tutti i fatti pertinenti che riguardano il paese d'origine dell'interessato al momento di statuire sulla domanda, informazioni e documenti pertinenti presentati da quest'ultimo e lo status individuale e la situazione personale di quest'ultimo. Se necessario, l'autorità competente deve inoltre prendere in considerazione le spiegazioni fornite in merito alla mancanza di elementi probanti e l'attendibilità generale del richiedente»¹⁴⁴. Inoltre, la necessità di un esame «individuale, obiettivo ed imparziale» implica che la prassi di uno Stato membro di rifiutare sistematicamente il riconoscimento dello *status* di rifugiato – senza svolgere un vero esame del caso specifico, e anche a fronte della concessione della protezione sussidiaria – non possa essere ritenuta conforme al diritto dell'Unione¹⁴⁵. È stato peraltro

¹⁴³ Tale previsione si iscrive nel più ampio tentativo perseguito dalla proposta di modifica della direttiva procedure di «accrescere l'efficacia e la qualità del processo decisionale “anticipando” i servizi, la consulenza e l'assistenza e incoraggiando gli Stati membri ad adottare, in tempi ragionevoli, decisioni solide in primo grado» (cfr. COM(2009) 554 def., cit., p. 5).

¹⁴⁴ V. Corte di giustizia, sentenza del 26 febbraio 2015, causa C-472/13, *Shepherd*, punto 26; sentenza del 9 febbraio 2017, causa C-560/14, *M*, punto 36; sentenza del 25 gennaio 2018, causa C-473/16, *F*, punto 41.

¹⁴⁵ Si veda, in particolare, Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 19 marzo 2019, cause riunite C-297/17, C-318/17, C-319/17 e C-438/17, *Ibrahim e altri*. La vicenda esaminata dalla Corte concerneva una disposizione tedesca (adottata dal legislatore nazionale sulla base della facoltà prevista dall'articolo 33, paragrafo 2, lettera a), della direttiva procedure), che introduceva un'ipotesi di inammissibilità di una domanda di protezione internazionale, in ragione del precedente riconoscimento dello status di rifugiato o della protezione sussidiaria da parte di un altro Stato membro. In particolare, il giudice del rinvio si interrogava sulla compatibilità di una siffatta normativa nazionale con il combinato disposto dell'articolo

evidenziato¹⁴⁶ come gli standard fissati dall'articolo 4, par. 3 della direttiva procedure per assicurare un esame appropriato delle domande di protezione internazionale ricalchino, sostanzialmente, i requisiti sviluppati nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ai sensi degli articoli 3 e 13 della CEDU, affinché venga assicurato un esame rigoroso e imparziale¹⁴⁷.

6.3. Il diritto ad un rimedio effettivo

Un ultimo profilo che merita di essere menzionato nell'ottica di una completa prospettazione relativa al contenuto del diritto d'asilo, concerne il diritto ad un rimedio effettivo¹⁴⁸, che deve essere letto alla luce del principio di effettività della tutela e, dunque,

18 della Carta dei diritti fondamentali e dell'articolo 78 TFUE. I giudici di Lussemburgo, partendo dal presupposto che, secondo quanto previsto dall'articolo 4, par. 3 della direttiva procedure, gli Stati membri sono tenuti ad un esame individuale delle domande d'asilo proposte, ha ritenuto che quando lo Stato membro che ha concesso la protezione sussidiaria rifiuta sistematicamente, senza un vero esame, di riconoscere lo status di rifugiato ai richiedenti che soddisfano comunque le condizioni previste dalla direttiva 2011/95, «il trattamento dei richiedenti non può essere considerato conforme agli obblighi derivanti dall'articolo 18 della Carta dei diritti fondamentali» (punti 97-99).

¹⁴⁶ J. VEDSTED-HANSES, *Asylum Procedure Directive 2013/32/EU, Article 10 MN 2*, in D. THYM, K. HAILBRONNER (eds.), *op. cit.* p. 1454.

¹⁴⁷ Si veda, per tutti, Corte EDU, sentenza dell'11 ottobre 2000, ricorso n. 40035/98, *Jabari c. Turchia*, par. 50: «(...) given the irreversible nature of the harm that might occur if the risk of torture or ill-treatment alleged materialised and the importance which it attaches to Article 3, the notion of an effective remedy under Article 13 requires independent and rigorous scrutiny of a claim that there exist substantial grounds for fearing a real risk of treatment contrary to Article 3 and the possibility of suspending the implementation of the measure impugned».

¹⁴⁸ Sul tema del diritto alla tutela giurisdizionale effettiva si veda, *ex multis*, nella dottrina straniera, P. ALTO, H. HOFMANN, L. HOLOPAINEN, E. PAUNIO, P. LAURENT, D. SAYERS, D. SHELTON, A. WARD, *Article 47 - Right to an Effective Remedy*, in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A commentary*, Oxford, 2014, p. 1197 ss.; M. SAFJAN, D. DÜSTERHAUS, *A Union of Effective Judicial Protection: Addressing a Multi-level Challenge through the Lens of Article 47 CFREU*, in *Yearbook of European Law*, 1, 2014, p. 3 ss.; S. PRECHAL, *The Court of Justice and Effective Judicial Protection: What Has the Charter Changed?*, in C. PAULUSSEN ET AL. (eds.), *Fundamental Rights in International and European Law: public and private law perspectives*, The Hague, 2016, p. 143 ss. Nella dottrina italiana, si vedano, tra gli altri, N. TROCKER, *L'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e l'evoluzione dell'ordinamento comunitario in materia di tutela giurisdizionale dei diritti*, in G. VETTORI (a cura di), *Carta europea e diritti dei privati*, Padova 2002, p. 381 e ss.; A. DI STEFANO, *Art. 13, diritto a un ricorso effettivo*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Comm. breve alla CEDU*, Padova 2012, p. 474; A. ROMITO, *La tutela giurisdizionale nell'Unione Europea tra effettività del sistema e garanzie individuali*, Bari, 2015; R. MASTROIANNI, *L'effettività della tutela giurisdizionale alla prova della Carta dei diritti fondamentali*, in *Liber amicorum Tizzano*, Torino, 2018, p. 586 ss.; P. IAMICELI (a cura di), *Effettività delle tutele e diritto europeo. Un percorso di ricerca per e con la formazione giudiziaria*, Trento, 2020. Per un'analisi del tema con riferimento al settore del diritto

della giurisprudenza relativa all'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Tale garanzia viene assicurata, innanzitutto, nel contesto del sistema Dublino, ove è espressamente sancito, all'articolo 27 del relativo regolamento, che «[i]l richiedente o altra persona di cui all'articolo 18, paragrafo 1, lettera c) o d)^{149]}, ha diritto a un ricorso effettivo avverso una decisione di trasferimento, o a una revisione della medesima, in fatto e in diritto, dinanzi a un organo giurisdizionale», entro un termine ragionevole stabilito dai singoli Stati membri. La proposizione del ricorso può alternativamente comportare: a) il diritto del ricorrente di rimanere nello Stato membro interessato in attesa dell'esito del ricorso o della revisione; b) l'automatica sospensione del trasferimento per un periodo di tempo ragionevole, durante il quale un organo giurisdizionale adotta, dopo un esame attento e rigoroso, la decisione di concedere un effetto sospensivo al ricorso o alla revisione; c) la possibilità per l'interessato di chiedere, entro un termine ragionevole, all'organo giurisdizionale di sospendere l'attuazione della decisione di trasferimento in attesa dell'esito del ricorso o della revisione della medesima (sospendendo il trasferimento fino all'adozione della decisione sulla prima richiesta di sospensione). È altresì possibile che gli Stati membri consentano alle autorità competenti di adottare d'ufficio una decisione di sospendere l'attuazione della decisione di trasferimento in attesa dell'esito del ricorso o della revisione.

La disposizione richiamata è stata oggetto di numerose pronunce della Corte di Giustizia, i cui giudici si sono per lo più preoccupati di evidenziare la duplice declinazione che il diritto ad un rimedio effettivo può assumere all'interno della procedura di determinazione dello Stato membro competente all'esame di una domanda di protezione

d'asilo, si rimanda a M. MORARU ET AL., *Re-Jus Casebook on Effective Justice in Asylum and Immigration*, Trento, 2018; G. CAGGIANO, *Il richiedente la protezione internazionale davanti al giudice tra tutela giurisdizione effettiva e autonomia processuale degli Stati membri dell'unione europea*, in *Liber amicorum Angelo Davì*, Napoli, 2019, p. 453-471; V. ILAREVA, *The Right to be Heard — the Underestimated Condition for Effective Returns and Human Rights Consideration*, in M. MORARU, G. CORNELISSE, P. DE BRUYCKER (eds.), *Law and Judicial Dialogue on the Return of Irregular Migrants from the EU*, Oxford, 2020.

¹⁴⁹ Si fa riferimento a: lett. c) un cittadino di un paese terzo o un apolide che ha ritirato la sua domanda in corso d'esame e che ha presentato una domanda in un altro Stato membro o che si trova nel territorio di un altro Stato membro senza un titolo di soggiorno; lett. d) un cittadino di un paese terzo o un apolide del quale è stata respinta la domanda e che ha presentato domanda in un altro Stato membro oppure si trova nel territorio di un altro Stato membro senza un titolo di soggiorno. In entrambi i casi, il soggetto in questione deve essere ripreso in carico dal primo Stato membro in cui è stata presentata la domanda di asilo.

internazionale. In particolare, da un lato, esso trova una prima concretizzazione con riferimento alla possibilità per chiunque di proporre impugnazione nelle ipotesi in cui uno Stato non effettui i dovuti controlli al fine di accertare l'assenza di possibili violazioni di diritti fondamentali, prima di disporre un trasferimento. Si pensi, ad esempio, alle più volte citate sentenze *N.S. e a.* e *C.K. e a.*¹⁵⁰. Dall'altro, gli Stati non possono dare un'interpretazione restrittiva al diritto ad un rimedio effettivo, che escluda la possibilità di impugnare in sede giurisdizionale un'errata applicazione da parte dello Stato membro dei criteri previsti dal regolamento o che non tenga conto della violazione degli oneri informativi imposti agli Stati nei confronti dei richiedenti¹⁵¹, o, ancora, del mancato rispetto dei termini imperativi fissati per l'effettuazione le procedure di presa e ripresa in carico¹⁵². Se così non fosse, sarebbe compromesso l'effetto utile perseguito attraverso l'art. 27 del Regolamento.

Quanto invece alla procedura di esame delle domande di asilo, l'articolo 46, par. 3 della direttiva 2013/32/UE assicura a ciascun richiedente asilo un ricorso effettivo che preveda «l'esame completo ed ex nunc degli elementi di fatto e di diritto compreso, se del caso, l'esame delle esigenze di protezione internazionale ai sensi della direttiva [2011/95], quanto meno nei procedimenti di impugnazione dinanzi al giudice di primo grado». Il ricorso viene garantito avverso: a) la decisione – di infondatezza, di inammissibilità¹⁵³, presa alla frontiera o in una zona di transito, o di non procedere a un

¹⁵⁰ Corte di giustizia, sentenza del 16 febbraio 2017, causa C-578/16, *C.K. e a.*

¹⁵¹ Corte di giustizia, *Ghezelbash*, cit. Sul tema, si veda la sezione del presente capitolo dedicata al diritto all'informazione.

¹⁵² Corte di giustizia, *Mengesteab*, cit. La Corte, richiamando il ragionamento svolto nella sentenza *Ghezelbash*, ha chiarito come l'evoluzione del sistema Dublino si sia caratterizzata per il rafforzamento della tutela dei richiedenti protezione internazionale, implicando che il loro diritto a un ricorso effettivo ricomprenda anche l'applicazione del regolamento n. 604/2013, comprese le norme di carattere procedurale. Tra queste, non può che rientrare anche il rispetto dei termini imperativi previsti dall'art. 21, par. 1, reg. 604/2013 per la legittimità della richiesta di presa in carico formalizzata da uno Stato membro a un altro. Peraltro, la violazione dei suddetti termini determina un trasferimento automatico della competenza al primo Stato per effetto dell'articolo 21, par. 3, indipendentemente dal fatto che il secondo abbia accettato la presa in carico in maniera esplicita o per silenzio assenso e a prescindere dal ricevimento di una risposta pertinente di Eurodac conformemente all'art. 21, par. 1, co. 2, reg. 604/2013.

¹⁵³ Il ricorso effettivo viene garantito anche qualora un soggetto, pur avendo ottenuto il riconoscimento della protezione sussidiaria, intenda contestare la decisione di inammissibilità della domanda in relazione allo *status* di rifugiato. Salva, tuttavia, l'ipotesi in cui lo *status* di protezione sussidiaria concessa da uno Stato membro offra gli stessi diritti e gli stessi vantaggi che il diritto dell'Unione e quello nazionale riconoscono allo *status* di rifugiato; in questo caso, lo Stato membro può ritenere inammissibile un'impugnazione di una decisione di ritenere inammissibile una domanda in relazione allo *status* di rifugiato a motivo di un insufficiente interesse del richiedente alla continuazione del procedimento.

esame a norma dell'articolo 39 –, che sia stata adottata sulla domanda di asilo; b) il rifiuto di riaprire l'esame di una domanda, sospeso a norma degli articoli 27 e 28; c) una decisione di revoca della protezione internazionale a norma dell'articolo 45. È altresì precisato che il ricorso debba essere consentito entro «termini ragionevoli», che non rendano impossibile o eccessivamente difficile l'accesso agli strumenti impugnatori.

Nella sentenza *Alheto*¹⁵⁴, è stato precisato che la locuzione «ex nunc» evidenzia l'obbligo dell'autorità giudicante di effettuare una valutazione che «tenga conto, se del caso, dei nuovi elementi intervenuti dopo l'adozione della decisione oggetto dell'impugnazione», mentre l'aggettivo «completo», chiede al giudice di esaminare «sia gli elementi di cui l'autorità accertante ha tenuto o avrebbe potuto tenere conto sia quelli che sono intervenuti dopo l'adozione della decisione da parte della medesima»¹⁵⁵. Si impone, dunque, «una valutazione aggiornata del caso di specie»¹⁵⁶, che comporta un esame da parte del giudice di tutti gli elementi di fatto e di diritto relativi alla domanda, sia quelli che l'organo amministrativo ha tenuto o avrebbe potuto tenere in conto, sia quelli nuovi, intervenuti dopo la decisione¹⁵⁷, «senza che sia necessario rinviare il fascicolo all'autorità accertante»¹⁵⁸. Peraltro, la Corte ha affermato che se, di regola, il

¹⁵⁴ Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 25 luglio 2018, causa C-585/16, *Alheto*. Per un'analisi della sentenza, si veda D. STRAZZARI, *Immigrazione e diritto a un ricorso effettivo: le variabili declinazioni ad opera della Corte di giustizia*, in P. IAMICELI (a cura di), *op. cit.*, p. 71 e ss., in particolare p. 86 e ss.

¹⁵⁵ Corte di giustizia, *Alheto*, cit., punti 111 e 113.

¹⁵⁶ *Ibid.*, punto 110.

¹⁵⁷ Si segnala che quanto statuito nella sentenza richiamata è stato parzialmente contraddetto dalla stessa Corte di giustizia con la pronuncia resa nel caso *Ahmedbekova* (sentenza del 4 ottobre 2018, causa C-652/16). In essa, infatti, i giudici di Lussemburgo hanno aperto alla possibilità che ove un giudice constati che i *nova* addotti dal richiedente siano stati dedotti in una fase tardiva del procedimento di ricorso o non siano presentati in maniera sufficientemente concreta per poter essere debitamente esaminati, o ancora, qualora si tratti di elementi di fatto non significativi o non sufficientemente distinti dagli elementi di cui l'autorità accertante ha già potuto tenere conto, non sia tenuto a valutarli a titolo di «ulteriori dichiarazioni». Il passo indietro effettuato dalla Corte è stato spiegato con il timore che, sulla scorta della giurisprudenza precedente (in particolare, la citata sentenza *Alheto*), si corresse il rischio di accentrare nelle mani dell'autorità giurisdizionale la decisione sul riconoscimento della protezione internazionale, benché vi siano Stati che concepiscono la fase giurisdizionale come di stretta impugnazione della fase amministrativa (Olanda e Polonia), o che, pur riconoscendo al giudice la possibilità di una pronuncia di merito relativa al riconoscimento dello *status*, configurano il relativo giudizio come meramente cartolare senza attribuire al giudice poteri istruttori (Belgio). In questi termini, D. STRAZZARI, *Immigrazione e diritto a un ricorso effettivo: le variabili declinazioni ad opera della Corte di giustizia*, in P. IAMICELI (a cura di), *op. cit.*, p. 94.

¹⁵⁸ Corte di giustizia, *Alheto*, cit., punti 111 e 112. Tale posizione della Corte è riconducibile altresì all'esigenza di giungere ad una decisione definitiva quanto prima possibile, in attuazione appunto di uno degli obiettivi della direttiva che è quello dell'esame celere delle domande.

giudice dell'impugnazione non è tenuto a procedere all'audizione del richiedente, a meno che non la ritenga necessaria¹⁵⁹, nell'ipotesi in cui, invece, si trovi ad affrontare aspetti non previamente esaminati dall'autorità amministrativa, egli deve obbligatoriamente sentire il richiedente al fine di consentirgli di prendere posizione sulle nuove allegazioni¹⁶⁰.

Sempre a salvaguardia della completezza della valutazione della domanda di asilo, con la sentenza *Torubarov*¹⁶¹, la Corte di giustizia ha statuito che nel caso in cui, dopo che un giudice di primo grado ha constatato, con un esame «completo ed ex nunc», il diritto di un richiedente asilo a vedersi riconoscere una forma di protezione internazionale, un organo amministrativo o quasi giurisdizionale adotta una decisione in senso contrario, senza dimostrare a tal fine la sopravvenienza di nuovi elementi che giustifichino una nuova valutazione delle esigenze di protezione internazionale dello stesso richiedente, la summenzionata decisione non conforme alla precedente sentenza deve essere riformata e sostituita con la prima decisione, disapplicando, se necessario, la normativa nazionale che gli vieti di procedere in tal senso.

Quanto al tema dell'adeguatezza dei termini per i ricorsi in materia di protezione internazionale, la Corte di giustizia ha chiarito che spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro stabilire le modalità processuali dei ricorsi

¹⁵⁹ Corte di giustizia, sentenza del 27 luglio 2017, causa C-348/16, *Sacko Moussa*. Al paragrafo 42, la Corte ha puntualizzato che «[n]el caso di specie, l'obbligo di procedere all'esame completo ed *ex nunc* degli elementi di fatto e di diritto, imposto al giudice competente dall'articolo 46, paragrafo 3, della direttiva 2013/32, deve essere interpretato nel contesto dell'intera procedura d'esame delle domande di protezione internazionale disciplinata da tale direttiva, tenendo conto della stretta connessione esistente tra la procedura di impugnazione dinanzi al giudice e la procedura di primo grado che la precede, nel corso della quale deve essere data facoltà al richiedente di sostenere un colloquio personale sulla sua domanda di protezione internazionale, a norma dell'articolo 14 della direttiva citata».

¹⁶⁰ In senso conforme, si veda anche Corte di giustizia, sentenza 6 luglio 2020, causa C-517/17, *Milkiyos Addis*, in cui la Corte ha statuito che «sarebbe incompatibile con l'effetto utile della direttiva procedure, in particolare con gli articoli 14, 15 e 34, che il giudice investito del ricorso possa confermare una decisione adottata dall'autorità accertante in violazione dell'obbligo di dare al richiedente la facoltà di sostenere un colloquio personale sulla sua domanda di protezione internazionale, senza procedere esso stesso all'audizione del richiedente nel rispetto delle condizioni e delle garanzie fondamentali applicabili al caso di specie. Infatti, come rilevato in sostanza dall'avvocato generale al paragrafo 103 delle sue conclusioni, in mancanza di una siffatta audizione, il diritto del richiedente a un colloquio personale in condizioni che assicurino la riservatezza adeguata e gli consentano di esporre in modo esauriente i motivi della sua domanda, compresi gli elementi che depongono a favore dell'ammissibilità di quest'ultima, non sarebbe garantito in nessuna fase della procedura d'asilo, il che vanificherebbe una garanzia che il legislatore dell'Unione ha ritenuto fondamentale nell'ambito di tale procedura» (punto 69).

¹⁶¹ Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 29 luglio 2019, causa C-556/17, *Torubarov*, punto 78.

giurisdizionali destinati a garantire la salvaguardia dei diritti dei soggetti dell'ordinamento¹⁶². Tuttavia, ha altresì precisato che il giudice incaricato di decidere il ricorso deve essere posto nelle condizioni di poter «garantire, entro un termine siffatto, l'effettività delle norme sostanziali e delle garanzie procedurali riconosciute al richiedente dal diritto dell'Unione»¹⁶³.

Un'ultima precisazione merita quanto previsto dal paragrafo 5 dell'articolo 46 richiamato in tema di effetto sospensivo del provvedimento di allontanamento conseguente al rigetto di una domanda d'asilo¹⁶⁴. Esso stabilisce il diritto dei richiedenti a rimanere nel territorio dello Stato membro responsabile della procedura fino alla scadenza del termine entro il quale possono esercitare il loro diritto a un ricorso effettivo

¹⁶² Suddetta autonomia processuale è ammissibile in mancanza di norme dell'Unione in materia e a condizione che le modalità processuali stabilite dal diritto interno non siano meno favorevoli rispetto a quelle relative a situazioni analoghe assoggettate al diritto interno (principio di equivalenza) e che non rendano in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dal diritto dell'Unione (principio di effettività). Sul tema dell'autonomia procedurale degli Stati membri, si veda, per tutti, D.U. GALETTA, *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea: paradise lost?: studio sulla c.d. autonomia procedurale: ovvero sulla competenza procedurale funzionalizzata*, Torino, 2009; M. BOBEK, *Why There is no Principle of "Procedural Autonomy" of the Member States*, in B. DE WITTE, H. MICKLITZ (eds.), *The European Court of Justice and autonomy of the Member States*, Cambridge, 2011, p. 305 e ss.; B. KRANS, A. NYLUND (eds.), *Procedural autonomy across Europe*, Cambridge, 2020.

¹⁶³ Corte di giustizia, sentenza del 19 marzo 2020, causa C-406/18, *PG*, punto 37. Nel caso di specie, la Corte ha giudicato ammissibile una normativa nazionale che imponga al giudice investito di un ricorso avverso una decisione di rifiuto di una domanda di protezione internazionale un termine di 60 giorni per statuire. In un'altra occasione, i giudici di Lussemburgo hanno ritenuto che una normativa nazionale che impone al giudice del ricorso un termine di otto giorni per l'esame di una domanda di protezione internazionale ritenuta inammissibile dalle autorità amministrative, è incompatibile con il diritto a un ricorso effettivo, «qualora tale giudice non sia in grado di assicurare, entro un simile termine, l'effettività delle norme sostanziali e delle garanzie processuali riconosciute al richiedente dal diritto dell'Unione» (Corte di giustizia, sentenza del 19 marzo 2020, causa C-564/18, *LH*, punto 77).

¹⁶⁴ L'importanza della previsione dell'effetto sospensivo della proposizione di un ricorso avverso una decisione che possa determinare un allontanamento del soggetto verso il Paese di provenienza è stata evidenziata anche dalla Corte EDU. Si ricorda, sul tema, la pronuncia *Gebremedhin c. Francia* (Corte EDU, Grande Camera, sentenza del 26 aprile 2007, ricorso n. 25389/05), la quale, richiamando la giurisprudenza precedente in tema di "rimedio effettivo", ha ribadito che l'articolo 13 della Convenzione impone agli Stati di predisporre strumenti di ricorso esperibili dinanzi alle autorità nazionali prima che possano essere poste in essere misure contrarie alla CEDU, i cui effetti possono essere potenzialmente irreversibili (cfr. Corte EDU, *Jabari c. Turchia*, cit., par. 50). Pertanto, l'efficacia del rimedio predisposto dipende strettamente dal suo carattere sospensivo, e ciò, soprattutto, quando risulta coinvolta una violazione dell'articolo 3 della Convenzione: proprio in ragione del carattere irreversibile del danno che può derivare dal concretizzarsi del rischio di tortura o di trattamento inumano e degradante, infatti, la Corte esige che le misure nei confronti delle quali viene promosso un ricorso non possano essere eseguite prima di essere state esaminate dalle autorità nazionali e, quindi, vengano sospese (cfr. Corte EDU, sentenza del 5 febbraio 2002, ricorso n. 51564/99, *Čonka c. Belgio*, par. 79 e ss.).

oppure, se tale diritto è stato esercitato entro il termine previsto, in attesa dell'esito del ricorso. Suddetto effetto sospensivo, invece, può essere subordinato alla decisione di un giudice competente, d'ufficio o su richiesta del ricorrente stesso, qualora l'impugnazione riguardi una decisione: *i)* di manifesta infondatezza ai sensi dell'articolo 32, par. 2, o di infondatezza ai sensi dell'articolo 31, par. 8; *ii)* una decisione di inammissibilità ex articolo 33, par. 2, lett. a), b) o d); *iii)* di rifiuto di riapertura del caso del richiedente, sospeso ai sensi dell'articolo 28; *iv)* di non esaminare o di non esaminare esaurientemente la domanda ai sensi dell'articolo 39¹⁶⁵.

In ogni caso, il diritto dei richiedenti a rimanere nel territorio dello Stato membro responsabile della procedura a seguito di impugnazione di un provvedimento negativo è espressamente previsto dalla direttiva europea solo avverso la decisione giurisdizionale di rigetto della domanda in primo grado. Al contrario, è ammissibile una normativa nazionale la quale, pur prevedendo un appello contro le sentenze di primo grado confermate di decisioni che respingono domande di protezione internazionale e impongono un obbligo di rimpatrio, non dota tale mezzo di impugnazione di effetto sospensivo automatico, anche quando la persona interessata invochi un grave rischio di violazione del principio di non respingimento. Come ricordato dalla Corte di giustizia¹⁶⁶, infatti, nessuna delle disposizioni della direttiva procedure impone agli Stati membri di riconoscere ai richiedenti protezione internazionale il diritto di proporre appello avverso la decisione giurisdizionale di rigetto della loro domanda in primo grado, né, a maggior ragione, un suo effetto sospensivo automatico. Un tale obbligo non è ricavabile né dalla struttura generale o dalle finalità della direttiva – considerando che il principio di effettività del ricorso di cui all'articolo 46, par. 3, della direttiva, si riferisce esclusivamente al primo grado di giudizio –, né dall'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali, il quale «letto alla luce delle garanzie contenute all'articolo 18 e all'articolo 19, paragrafo 2, della medesima, impone soltanto che un richiedente protezione internazionale, la cui domanda sia stata respinta e nei confronti del quale sia stata adottata una decisione di rimpatrio, possa far valere i suoi diritti in maniera effettiva dinanzi a un organo giurisdizionale, il mero fatto che un grado di giudizio aggiuntivo, previsto dal

¹⁶⁵ Cfr. Articolo 46, par. 6 della direttiva procedure. L'applicazione di tale paragrafo alle procedure di frontiera regolate dall'articolo 43 è subordinata alle condizioni fissate dal paragrafo 7 dell'articolo 46.

¹⁶⁶ Corte di giustizia, sentenza del 26 settembre 2018, causa C-180/17, X, Y.

diritto nazionale, non abbia effetto sospensivo automatico non permette di ritenere che il principio di effettività sia stato violato»¹⁶⁷.

¹⁶⁷ *Ibid.*, punto 43. Il medesimo principio è stato riconfermato da Corte di giustizia, ordinanza del 27 settembre 2018, causa C-422/18 PPU, *FR*, in risposta ad alcune questioni pregiudiziali sollevate dal Tribunale di Milano con riferimento alla normativa nazionale che non prevede un effetto sospensivo automatico della decisione di rigetto della domanda di asilo impugnata innanzi alla Corte di Cassazione (cfr. articolo 35bis, co. 13, del d.lgs. n. 25/2008).

CONCLUSIONI

LA LATITUDINE DEL DIRITTO DI ASILO NEL DIRITTO UE

Il percorso delineato nella presente sezione ha rappresentato una premessa indispensabile al fine di condurre l'analisi relativa alla configurabilità della categoria giuridica dell'abuso di diritto nel sistema europeo comune di asilo. In particolare, l'esame condotto ha consentito di tratteggiare il contenuto del diritto di asilo, così come concepito nell'ambito del CEAS, al fine di condurre, nel capitolo successivo, un'indagine più approfondita relativa alle forme di abuso che di questo diritto possono essere realizzate.

Le conclusioni a cui si è giunti possono dunque essere riassunte come di seguito.

Innanzitutto, occorre prendere le mosse dall'identificazione che viene generalmente effettuata tra i concetti di "asilo" e "protezione internazionale": sono gli stessi testi legislativi, infatti, a considerare fungibili le due espressioni terminologiche, utilizzando alternativamente l'una o l'altra. L'asilo, quindi, è innanzitutto la protezione internazionale, intesa come *status* giuridico riconosciuto attraverso la procedura delineata dalla direttiva 2013/32/UE, che può concretarsi, a seconda delle caratteristiche proprie di ogni caso, nello *status* di rifugiato, ovvero nella protezione sussidiaria.

In secondo luogo, la qualificazione di un soggetto come beneficiario del diritto d'asilo implica la possibilità di prendere in considerazione il "contenuto della protezione internazionale", ossia quelle specifiche garanzie connesse al positivo riconoscimento di uno dei due *status*, elencate dalla stessa direttiva qualifiche al Capo VII (articoli 20-35). Tra esse, in particolare, si ricordano il diritto di soggiorno nello Stato membro individuato come responsabile della gestione della domanda di asilo, all'interno del quale il beneficiario di protezione è libero di circolare, e il diritto al non respingimento. Sono altresì previste garanzie legate all'assistenza socio-sanitaria e all'inserimento occupazionale.

Passando infine ai profili procedurali, si è cercato di evidenziare la stretta correlazione esistente tra il riconoscimento di prerogative sostanziali connesse allo *status* di beneficiario di protezione internazionale e la preliminare necessità di assicurare in modo effettivo l'accesso al procedimento previsto dalla direttiva 2013/32/UE.

In questa prospettiva, una prima questione tratteggiata ha riguardato la configurabilità in capo a cittadini di paesi terzi presenti alla frontiera di uno Stato membro, intenzionati

ad avere accesso alla procedura di asilo, pur senza disporre dei requisiti previsti per l'accesso regolare nel territorio, di un "diritto di ingresso" nello spazio Schengen. Come si è avuto modo di precisare, benché un diritto siffatto non sia formalmente previsto dagli strumenti giuridici del CEAS, un obbligo in tal senso in capo agli Stati membri attraverso una loro rilettura alla luce del necessario rispetto del principio di *non refoulement*.

In seguito, si è passati ad analizzare le garanzie connesse all'accesso alla procedura di asilo, inteso come il diritto di ciascun adulto con capacità di agire di presentare una domanda di protezione internazionale per proprio conto. In particolare, si è evidenziata l'importanza: a) di assicurare un'adeguata informazione circa le modalità di presentazione delle domande di protezione internazionale, in una lingua comprensibile al soggetto interessato; b) di apprestare forme di assistenza tecnico-legale, che possano agevolare i richiedenti asilo nella corretta istruzione delle pratiche; c) di predisporre condizioni adeguate a consentire lo svolgimento del colloquio personale del richiedente, fase imprescindibile nell'ottica di condurre un corretto esame delle domande asilo.

Da ultimo, si è dato conto del significato e della rilevanza del diritto ad un ricorso effettivo avverso eventuali decisioni di rigetto delle istanze di protezione internazionale, quale strumento per sopperire ad eventuali errori di valutazione in primo grado.

Tutto ciò considerato, è ora possibile affrontare gli interrogativi posti alla base della presente ricerca, applicando le categorie classificatorie elaborate con riferimento all'"abuso di diritto" al concetto di "asilo", inteso nei termini sopra riportati.

CAPITOLO IV

IL CONCETTO DI ABUSO DI DIRITTO NELL'AMBITO DEL SISTEMA EUROPEO COMUNE DI ASILO

SOMMARIO: 1. Punti fermi e prospettive di analisi. – 1.1. La struttura dell'analisi. – SEZIONE I. IL PIANO NORMATIVO. – 1. L'individuazione del campo di indagine. – 2. I documenti programmatici: i primi segnali dell'attenzione al tema dell'abuso. – 2.1. Le proposte della Commissione alla base degli strumenti giuridici del CEAS. – 2.2. Alcune primarie considerazioni sulla concezione di abuso di diritto d'asilo. – 3. Gli strumenti giuridici che compongono il CEAS. – 3.1. Gli istituti di natura procedurale. – 3.1.1. Il sistema Dublino. – 3.1.2. Le procedure accelerate o di frontiera. – 3.1.3. Le domande inammissibili. – 3.1.4. La qualificazione di uno Stato come «sicuro». – 3.1.5. Le domande reiterate. – 3.1.6. L'analisi del concetto di abuso con riferimento alle condotte esaminate. – 3.1.7. La (non) operatività del test sull'abuso. – 3.2. Le norme di natura sostanziale. – 3.2.1. Il bisogno di protezione internazionale *sur place*. – 3.2.2. Revoca, cessazione o rifiuto del rinnovo dello status di rifugiato e della protezione sussidiaria. – 3.2.3. Riduzione o revoca delle condizioni materiali di accoglienza. – 5. Alcune considerazioni. – 5.1. C'è spazio per un principio generale di divieto di pratiche abusive? Un primo segnale dalla giurisprudenza delle Corti europee. – SEZIONE II. IL PIANO GIURISPRUDENZIALE. – 1. Premessa: i primi segnali dalla giurisprudenza delle Corti europee sull'interpretazione degli strumenti giuridici del CEAS. – 1.1. Alcune considerazioni. – 2. La giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di abuso di diritto nel sistema asilo: la necessità di una delimitazione del campo d'indagine. – 3. Il concetto di abuso nei rinvii pregiudiziali dei giudici nazionali. – 4. Il concetto di abuso attraverso le pronunce della Corte di giustizia. – 5. Sull'operatività del concetto di abuso: un tentativo di risposta. – CONCLUSIONI. LE PECULIARITÀ DELL'ABUSO DI DIRITTO NEL SISTEMA EUROPEO COMUNE DI ASILO: LA NECESSITÀ DI UN BILANCIAMENTO DEGLI INTERESSI IN GIOCO.

1. Punti fermi e prospettive di analisi

L'analisi sinora svolta ha permesso di definire, da un lato, il concetto di abuso di diritto – che si sostanzia in un comportamento conforme al dettame normativo, ma posto in essere in modo artificioso, al fine di trarre un indebito vantaggio dall'applicazione di norme dell'Unione o di un altro ordinamento nazionale –, e, dall'altro, il contenuto del diritto d'asilo alla base del CEAS, che si compone di molteplici aspetti, di natura sostanziale e procedurale.

Tanto premesso, è ora possibile procedere con la fase di applicazione analitica delle direttrici classificatorie individuate nel capitolo I relativamente al concetto di abuso di

diritto, al settore del diritto d'asilo, come regolato nel contesto ordinamentale europeo e inteso nei termini descritti nel capitolo III.

In questo senso, può essere utile richiamare brevemente i tratti fondamentali delle conclusioni raggiunte con riferimento alla concettualizzazione dell'abuso di diritto. In particolare:

i) I due principali contesti nell'ambito dei quali la nozione di abuso è stata analizzata dai giudici europei sono: a) i casi in cui disposizioni di matrice europea sono state invocate al fine di eludere l'applicazione del diritto nazionale, così da rendere applicabile la normativa di un diverso Stato membro, ritenuta più vantaggiosa; b) le ipotesi in cui vengono messi in atto comportamenti volti a beneficiare di una norma di matrice europea, perseguendo tuttavia una finalità divergente rispetto allo scopo sotteso alla disposizione stessa. Rispetto alla prima categoria di condotte (lettera a), l'approccio della Corte di giustizia ha rivelato una tendenza ad attribuire rilevanza all'interesse dei singoli Stati membri ad evitare che sia aggirata una determinata normativa interna. Tuttavia, come è stato evidenziato, la Corte ha cercato di circoscrivere il più possibile le ipotesi in cui ammettere una limitazione dell'applicazione del diritto europeo in nome del divieto di pratiche abusive. Quanto alla seconda categoria di casi (lettera b), i giudici di Strasburgo hanno dimostrato, salvo alcune eccezioni (come nei casi in cui sia configurabile un comportamento in frode ad una norma dell'Unione, inteso come condotta carente dei presupposti per l'applicazione della norma stessa), di non considerare rilevante il carattere artificioso della situazione preconstituita per beneficiare di un determinato diritto, finendo per escludere, in simili ipotesi, forme di abuso.

ii) Come si è avuto modo di constatare dall'analisi della giurisprudenza in tema di abuso di diritto all'interno di settori del diritto dell'Unione diversi dal CEAS, nei casi in cui l'abuso è stato inteso come condotta di aggiramento o sfruttamento del diritto europeo al fine di eludere la normativa di un dato Stato membro e rendere applicabile quella di uno Stato diverso, perché considerata più favorevole, esso è stato interpretato in termini di elemento descrittivo rispetto ad una determinata situazione fattuale, ovvero come limite che gli Stati possono opporre all'applicazione del diritto dell'Unione (attraverso l'introduzione, legittimata dalla stessa normativa europea di riferimento, di clausole anti-abuso). Al contrario, le ipotesi in cui la Corte ha fatto riferimento alla categoria giuridica dell'abuso di diritto, in particolare qualificato come "principio generale", sono state

quelle in cui la stessa ha attuato un'assimilazione tra la mancanza dei presupposti oggettivi di operatività di una determinata disposizione e il carattere abusivo della condotta posta in essere – apprezzato secondo i parametri fissati nel test elaborato dalla più volte citata sentenza *Emsland-Stärke*, poi precisati dalla giurisprudenza successiva.

iii) Occorre distinguere la nozione di “abuso”, adottata come riferimento ai fini della presente analisi, e il concetto di “frode” in senso stretto, che non risulta oggetto del presente lavoro (v. Premessa metodologica, § 5.1).

1.1. La struttura dell'analisi

Orbene, venendo alla descrizione dell'operazione di analisi che si intende condurre, occorre innanzitutto delineare i parametri di riferimento che verranno presi in considerazione nel corso dell'indagine.

Da un lato, si passerà in rassegna il sistema normativo del sistema europeo comune di asilo, di cui si analizzeranno: a) i documenti di natura programmatica e le proposte normative che hanno portato all'adozione degli strumenti giuridici che lo compongono; b) gli strumenti giuridici stessi. Con riferimento a tale contesto normativo, occorre tenere presente che la normativa in materia di asilo che si andrà ad esaminare non fa mai riferimento esplicito al concetto di abuso; tuttavia, come già più volte evidenziato, la *ratio* antielusiva che sottostà ad alcuni istituti traspare sia dalla loro interpretazione teleologica – alla luce dei documenti programmatici predisposti ai fini della loro adozione –, sia dalla loro interpretazione sistematica.

Dall'altro lato, si prenderà in considerazione il piano giurisprudenziale e, nello specifico, le pronunce della Corte di giustizia relative: a) alla corretta interpretazione degli istituti che si andranno ad esaminare attraverso la lente del concetto di abuso di diritto¹; b) all'analisi del concetto di abuso di diritto in materia di asilo. Si precisa sin d'ora che l'esame della giurisprudenza verrà condotto non solamente in una prospettiva esplorativa quanto alla configurabilità e all'operatività della categoria giuridica dell'“abuso”, ma

¹ In questa prospettiva, si prenderanno in considerazione anche alcune pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di riconoscimento del diritto d'asilo, che hanno contribuito a fissare determinati standard nell'interpretazione e nell'operatività di questo diritto fondamentale e delle garanzie ad esso connesse.

anche nell'ottica di verificare se le conclusioni tratte con riferimento all'abuso del diritto d'asilo a livello ordinamentale, trovino o meno una conferma a livello giurisprudenziale.

Tale studio, quindi, sarà strutturato, rispetto a ciascun parametro, in tre momenti: in primo luogo, si procederà ad una ricerca testuale dei riferimenti al concetto di "abuso", al fine di circoscrivere l'ambito della ricerca; in secondo luogo, si passerà all'analisi degli elementi individuati, condotta attraverso i due criteri tassonomici elaborati nel capitolo I, ossia la tipologia di condotta qualificata come "abusiva" e la qualificazione giuridica attribuita a tale concetto; in terzo luogo, si cercheranno di trarre conclusioni in merito alla configurabilità di una forma di "abuso di diritto", intesa come categoria giuridica.

Infine, un interrogativo trasversale che accompagnerà l'intero percorso di analisi riguarderà l'effettivo attore della condotta qualificabile come "abusiva": partendo dal presupposto che, come chiarito nel capitolo precedente, sono prospettabili diverse concezioni del diritto d'asilo – che individuano alternativamente come titolare dello stesso diritto lo Stato, o l'individuo –, sarà necessario ragionare sull'identificazione dell'effettivo responsabile dell'abuso: il richiedente asilo o il legislatore (europeo o nazionale).

SEZIONE I

IL PIANO NORMATIVO

1. L'individuazione del campo di indagine

Il primo parametro di riferimento per condurre l'analisi relativa al concetto di abuso di diritto in materia di asilo è il sistema legislativo del CEAS. Nello specifico, nella prospettiva di indagine che si intende seguire, si è scelto di privilegiare lo studio di alcuni istituti giuridici regolati dagli strumenti normativi del sistema europeo comune di asilo, che consentiranno di meglio evidenziare la rilevanza del tema dell'abuso. In questo senso, dunque, non si avrà la pretesa di analizzare tutto l'apparato dispositivo predisposto all'intero del sistema asilo a livello europeo, ma, piuttosto, si procederà all'analisi di specifici istituti ritenuti rilevanti nell'ottica dello studio dell'abuso di diritto.

Occorrerà prendere in considerazione, innanzitutto, alcuni testi di natura programmatica, che hanno dettato gli orientamenti strategici della programmazione legislativa e operativa in materia, secondo quanto espressamente previsto dall'articolo 68 TFUE². Accanto ad essi, si analizzeranno le proposte avanzate dalla Commissione che hanno segnato l'evoluzione della legislazione del sistema europeo comune di asilo. L'utilità della loro analisi si ricollega alla necessità di indagare le ragioni che soggiacciono all'adozione degli strumenti normativi del CEAS e, per tale ragione, il loro esame sarà puramente volto a ricostruire la *ratio* delle suddette norme per facilitare, in un secondo momento, la loro correlazione con il concetto di abuso di diritto.

In secondo luogo, dunque, si procederà all'esame della normativa attualmente in vigore, con una particolare attenzione su quattro strumenti giuridici: la direttiva qualifiche, la direttiva procedure, la direttiva accoglienza e il regolamento Dublino III. Di questi ultimi, si analizzeranno, come anticipato, solamente alcuni istituti, rispetto ai quali è possibile individuare una correlazione tra il comportamento del soggetto che ne innesca l'applicazione e uno stigma di abusività, e dai quali, pertanto, potrebbe emergere una *ratio* (almeno implicitamente) antielusiva.

² La norma, introdotta con il Trattato di Lisbona, pur ribadendo una funzione specifica attribuita al Consiglio europeo, a livello generale, dall'articolo 15 TUE, rappresenta un retaggio dell'impostazione intergovernativa che caratterizzava il settore GAI prima della sua comunitarizzazione e ha avuto quale conseguenza la proliferazione di documenti programmatici, atti a definire le azioni da intraprendere in questo campo.

2. I documenti programmatici: i primi segnali dell'attenzione al tema dell'abuso.

Per procedere nella ricerca dei riferimenti al concetto di abuso all'interno dei documenti istituzionali che hanno portato alla creazione del sistema europeo comune di asilo³, prendendo in esame il contenuto dell'atto che, a livello programmatico, ha delineato i primi orientamenti politici per lo sviluppo delle neo-attribuite competenze nei settori dei controlli delle frontiere, dell'asilo e dell'immigrazione – il Programma di Tampere del 1999⁴ –, non si rinvengono particolari riferimenti all'abuso. È la risoluzione del Parlamento europeo resa al termine proprio del Consiglio europeo di Tampere, invece, a contenere effettivamente un primo richiamo a tale concetto. Nello specifico, in un paragrafo dedicato a “Asilo e migrazione”, il Parlamento, contestando al Consiglio europeo di non essere riuscito a concordare un sistema unico di asilo «ma solo norme procedurali comuni, condizioni minime di accoglienza dei richiedenti asilo e il ravvicinamento delle norme sul riconoscimento e il contenuto dello status di profugo», sottolinea l'esigenza che «si proceda rapidamente verso un accordo su un sistema unico di asilo che preveda uno status uniforme per i profughi sulla base di una proposta della Commissione», sistema che dovrebbe essere dotato di modalità per effettuare «controlli sugli eventuali abusi»⁵. È interessante notare, peraltro, come la necessità di introdurre meccanismi anti-abuso venga strettamente ricollegata «al fine di salvaguardare il principio stesso dell'asilo», implicando che eventuali condotte elusive del sistema possano direttamente inficiare l'effettiva tutela del diritto d'asilo stesso.

Nessun riferimento all'abuso si rinviene all'interno del Programma dell'Aia, adottato dal Consiglio europeo per il quinquennio 2004-2009, mentre il collegamento tra prevenzione degli abusi e salvaguardia del corretto funzionamento del sistema asilo viene replicato all'interno del Libro verde sul futuro regime comune europeo in materia di asilo del 2007⁶, presentato dalla Commissione per individuare le possibili scelte per definire la

³ Si precisa che i documenti che verranno analizzati nel presente paragrafo sono stati selezionati in esito ad una ricerca testuale, che ha permesso di individuare i testi in cui i richiami al concetto di abuso risultano più marcati e rilevanti.

⁴ Si fa riferimento al programma adottato in esito al Consiglio europeo tenutosi a Tampere, il 15 e 16 ottobre 1999.

⁵ Risoluzione del Parlamento europeo sul Consiglio europeo di Tampere, Risultati del Consiglio europeo del 15 e 16 ottobre a Tampere, B5-0187, 0188, 0190 e 0193/1999, 27 ottobre 1999, pp. 63-66, par. 13.

⁶ Libro verde sul futuro regime comune europeo in materia di asilo (presentato dalla Commissione), COM(2007) 301 def., 6 giugno 2007.

seconda fase della creazione del regime comune europeo in materia di asilo, secondo il piano d'azione delineato proprio nell'ambito del Programma dell'Aia⁷. La Commissione, in particolare, nell'ottica di «adottare un'impostazione integrata e globale della politica di asilo, e adoperarsi per migliorare tutti gli aspetti della procedura di asilo, dal momento in cui le persone chiedono l'accesso alla protezione nell'UE, fino all'individuazione di una soluzione duratura per coloro che hanno bisogno di protezione internazionale», ritiene fondamentale dotare le amministrazioni nazionali competenti in materia di asilo di «strumenti adeguati che le mettano in grado di gestire in modo efficace i flussi di richiedenti asilo e di prevenire concretamente frodi e abusi, per salvaguardare l'integrità e la credibilità del regime di asilo»⁸.

Interessante risulta anche quanto è possibile leggere nel paragrafo intitolato “Attuazione – Misure di accompagnamento”: la Commissione, dopo aver ricordato che lo scopo che il libro verde intende perseguire consiste nella fissazione di obiettivi di medio e lungo termine, che consentano di «spingersi al di là di quanto già proposto [nell'ambito del Programma dell'Aia] ed esaminare nuovi settori ai quali sarebbe vantaggioso estendere la cooperazione pratica tra Stati membri», esemplifica alcuni possibili azioni da adottare per raggiungere un maggiore ravvicinamento delle pratiche e delle dottrine giuridiche nazionali. In particolare, si fa menzione dell'opportunità per gli Stati membri di stabilire impostazioni comuni, tra le altre⁹, «per individuare e prevenire frodi e abusi». Orbene, il richiamo agli abusi effettuato in questi termini suggerisce l'esistenza di diversificate pratiche antielusive sviluppate dai singoli Stati membri, rispetto alle quali si richiede una maggiore armonizzazione.

Ancora, il tema del divieto dell'abuso viene letto in termini di efficacia del sistema asilo anche all'interno della Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo,

⁷ Programma dell'Aia, *Rafforzamento della libertà, della sicurezza e della giustizia nell'Unione europea*, GU C 53, 3 marzo 2005, pp. 1-14.

⁸ Libro Verde sul futuro regime comune europeo in materia di asilo, cit., p. 3. Le esigenze di prevenzione degli abusi si affianca alla necessità di «1) permettere a quanti sollecitano protezione nell'UE di presentare domanda, far valere i propri diritti e ottenere una risposta adeguata alle proprie esigenze personali in condizioni migliori, nonché 2) potenziare la capacità di tutte le parti coinvolte nel processo di asilo di svolgere efficientemente i propri compiti, per migliorare la qualità generale del processo».

⁹ Altri settori rispetto ai quali si auspicano impostazioni comuni sono l'attuazione delle clausole di esclusione o di cessazione delle forme di protezione internazionale in presenza di alcune fattispecie, quali la persecuzione specificamente legata al sesso della vittima o nei confronti di bambini, o ancora la traduzione di documenti e alle modalità e procedure d'intervista.

al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale europeo e al Comitato delle Regioni del giugno 2008¹⁰, dove la Commissione sottolinea nuovamente la necessità di adottare un sistema di asilo dotato di norme e regole giuridiche uniformi, di dispositivi e di meccanismi di cooperazione comuni a tutti gli Stati membri, «che assicurino norme elevate di protezione durante tutta la procedura di asilo, dal momento dell'accoglienza dei richiedenti asilo fino alla piena integrazione delle persone che hanno ottenuto la protezione, pur garantendo l'integrità del sistema attraverso la prevenzione degli abusi»¹¹.

È solo con l'adozione del Programma di Stoccolma¹², invero, che il tema dell'abuso non solo entra ufficialmente a far parte del dialogo interistituzionale, ma, soprattutto, inizia ad essere espressamente menzionato nei testi di definizione delle linee politiche da seguire nella costruzione del sistema asilo¹³. Come è già stato evidenziato, esplicito è il riferimento all'esigenza di adottare procedure eque ed efficaci che consentano di «prevenire gli abusi»¹⁴, che vadano ad affiancare norme elevate in materia di protezione. In questo contesto, inoltre, il tema degli abusi dei sistemi di asilo viene legato anche all'esigenza di predisporre un efficiente meccanismo per la condivisione delle responsabilità tra Stati membri, nell'ottica di evitare una possibile compromissione dei principi del CEAS¹⁵.

¹⁰ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Piano strategico sull'asilo: un approccio integrato in materia di protezione nell'Unione europea*, COM(2008) 360 def., 17 giugno 2008, pp. 1-12. Si veda, in particolare, p. 7 e ss.

¹¹ COM(2008) 360 def., cit., p. 12.

¹² Programma di Stoccolma, *Un'Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini*, adottato dal Consiglio europeo dell'11 dicembre 2009, *GUUE* C 115, 4 maggio 2010, pp. 1-38.

¹³ Nessun riferimento al concetto in esame, invece, si rinviene all'interno della Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Creare uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia per i cittadini europei – Piano d'azione per l'attuazione del programma di Stoccolma*, COM(2010) 171 def., 20 aprile 2010.

¹⁴ Programma di Stoccolma, cit., par. 6.2. Si segnala, peraltro, che il Programma di Stoccolma riserva una spiccata attenzione alla prevenzione degli abusi e delle frodi anche con riferimento al settore della libera circolazione delle persone. Si menziona, al par. 2.2, la necessità di: «[a)] seguire attentamente l'attuazione e l'applicazione delle norme in questione per evitare abusi e frodi, [b)] esaminare quale sia il modo migliore per scambiare informazioni, anche relative ai permessi di soggiorno, e documentazione e come si possano coadiuvare le autorità degli Stati membri per lottare efficacemente contro l'abuso di questo principio fondamentale».

¹⁵ *Ibid.*, par. 6.2.2. Minore rilevanza ai fini della presente ricerca – data la loro scarsa pregnanza contenutistica – hanno avuto le conclusioni adottate dal Consiglio europeo dei Capi di Stato e di governo riunitosi a Ypres, il 26 e 27 giugno 2014, che hanno provveduto a delineare gli orientamenti strategici per lo spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia successivi al programma di Stoccolma e destinati a guidare l'azione dell'Unione europea in quest'ambito durante il quinquennio 2015-2020.

Procedendo in ordine cronologico, è possibile prendere in considerazione la Prima relazione annuale sull'immigrazione e l'asilo¹⁶, volta a valutare lo stato di andamento dell'attuazione del patto europeo sull'immigrazione e l'asilo, adottato nell'ottobre 2008. Richiamando le proposte presentate per avviare il processo di riforma degli strumenti del CEAS fino a quel momento adottati (si veda sul punto *infra* § 2.1.1.), la Commissione ne sottolinea la *ratio*, consistente nell'intenzione di «semplificare, razionalizzare e consolidare le norme sostanziali e procedurali in materia di protezione nell'intera UE e rendere più solide le decisioni in primo grado, impedendo in tal modo gli abusi e rendendo più efficace la procedura di asilo»¹⁷.

Inoltre, merita di essere richiamata la Quarta relazione annuale sull'asilo¹⁸, che, a sua volta, rinvia al contenuto della nota adottata dal Consiglio il 23 aprile 2012¹⁹. Essa, individuando sei settori strategici principali di intervento²⁰, al fine di affrontare la migrazione irregolare, assicurando nel contempo il rispetto dei diritti fondamentali, include anche l'esigenza di «contrastare gli abusi dei canali di migrazione legale» e di «preservare la libera circolazione prevenendo abusi da parte di cittadini di paesi terzi». Tali riferimenti all'abuso, benché più strettamente correlati al tema dell'immigrazione, finiscono per “invadere il campo” del riconoscimento del diritto d'asilo nel momento in cui, ad esempio, si prospetta – quale possibile misura nella lotta all'immigrazione clandestina – l'istituzione di un meccanismo di sospensione che consenta la rapida sospensione in via temporanea dell'esenzione dal visto per un paese terzo in caso di improvviso e rilevante abuso delle procedure di asilo.

¹⁶ Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, Prima relazione annuale sull'immigrazione e l'asilo, COM(2010) 214 def., 6 maggio 2010.

¹⁷ Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, cit. par. 2.4.

¹⁸ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, Quarta relazione annuale sull'immigrazione e l'asilo (2012), Bruxelles, COM(2013) 422 def., 17 giugno 2013.

¹⁹ Nota della Presidenza del Consiglio dell'Unione europea, *Azione dell'UE sulle pressioni migratorie — Una risposta strategica*, 23 aprile 2012, reperibile al seguente link: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-8714-2012-REV-1/it/pdf> [ultimo accesso: 14 marzo 2023].

²⁰ Gli altri quattro settori di intervento menzionati sono: a) il rafforzamento della cooperazione con i paesi terzi di transito e di origine sulla gestione della migrazione; b) il miglioramento della gestione delle frontiere alle frontiere esterne; c) la prevenzione dell'immigrazione clandestina attraverso la frontiera greco-turca; d) il miglioramento della gestione della migrazione, tra cui i rimpatri.

In questo contesto, si inserisce l'Agenda europea sulla migrazione adottata dalla Commissione nel 2015²¹, la quale, proponendosi di adottare un *corpus* essenziale di misure e una politica comune chiara e coerente in materia di asilo, individua, tra le priorità, la definizione di un approccio più efficace agli abusi. In particolare, la Commissione sottolinea l'elevata percentuale di domande di asilo che hanno dato luogo a decisioni negative, ricollegando tale dato al rischio per gli Stati membri di non essere in grado di assicurare una protezione rapida a chi ne avesse effettivamente bisogno.

E, nella medesima prospettiva, anche il *nuovo patto sulla migrazione e l'asilo*, proposto dalla Commissione il 23 settembre 2020, intravede nella lotta agli abusi, uno dei principali obiettivi da perseguire nell'ambito di un approccio europeo globale alla gestione della migrazione e dell'asilo (si veda la premessa metodologica).

2.1. Le proposte della Commissione alla base degli strumenti giuridici del CEAS

Tanto premesso con riferimento ai documenti programmatici che hanno segnato la nascita e l'evoluzione della politica in materia di asilo, occorre a questo punto muovere nella direzione di un'analisi più approfondita concernente le proposte elaborate della Commissione, volte all'adozione degli strumenti giuridici del CEAS. In particolare, sarà interessante evidenziare l'evoluzione della posizione della Commissione in una prospettiva cronologica, a partire dall'analisi delle proposte che hanno portato alla "prima generazione" del regime europeo in materia di asilo, passando dalle proposte alla base degli strumenti giuridici attualmente in vigore, fino ad arrivare a quelle rientranti nel contesto del *nuovo patto sulla migrazione e l'asilo*.

i) Gli strumenti giuridici del CEAS di "prima generazione"

Sulla base del contenuto del Programma dell'Aia, la Commissione fissa un obiettivo chiaro con la proposta di direttiva recante norme sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi ed apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto dello status di protezione: «garantire un elevato livello di protezione a coloro che ne hanno oggettivamente bisogno,

²¹ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Agenda europea sulla migrazione*, COM(2015) 240 def., 13 maggio 2015.

prevenendo al contempo l'uso abusivo delle domande d'asilo che compromette la credibilità del sistema, spesso a scapito dei richiedenti asilo che hanno realmente bisogno di protezione»²². Viene quindi immediatamente individuata l'esigenza di evitare forme di condotte abusive da parte dei richiedenti asilo, così da assicurare la corretta tenuta del sistema. In questa prospettiva, ad esempio, viene previsto con riferimento alla nozione di "familiare" (articolo 2 della proposta di direttiva), che può contemplare, oltre al coniuge, anche il partner convivente (anche dello stesso sesso) del richiedente, «se la legislazione o la prassi dello Stato membro interessato equipara sotto il profilo giuridico le coppie non sposate a quelle sposate». Come precisato nel commento all'articolo, premettendo che la disposizione non è volta a produrre un'effettiva armonizzazione delle norme nazionali in materia di riconoscimento delle coppie non sposate, ma consente semplicemente che possa essere applicato il principio della parità di trattamento, si richiede che i partner non sposati conducano una relazione stabile, sostenuta da prove di coabitazione o da testimonianze affidabili, proprio al fine di prevenire eventuali abusi.

La medesima disposizione, con la medesima attenzione all'esigenza di prevenire abusi, si rinviene nella proposta di direttiva concernente le condizioni di accoglienza dei richiedenti asilo²³. Nella proposta, più in generale, viene contemplato uno specifico gruppo di norme, contenente disposizioni volte a ridurre o revocare l'accesso ad alcune o a tutte le condizioni di accoglienza, così come la possibilità di un ricorso giudiziario avverso una decisione di riduzione o revoca delle condizioni di accoglienza, proprio al fine di impedire abusi del sistema di accoglienza (salva la possibilità di riesame delle relative decisioni)²⁴.

Sul piano procedurale, poi, nella proposta di direttiva recante norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello *status* di rifugiato²⁵, benché non si rinvenga mai un utilizzo esplicito del termine "abuso",

²² Proposta di direttiva del Consiglio recante norme sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi ed apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto dello status di protezione, COM(2001) 510 def., 26 febbraio 2002, par. 4.

²³ Proposta di direttiva del Consiglio recante norme minime relative all'accoglienza dei richiedenti asilo negli Stati membri, COM(2001) 181 def., 31 luglio 2001, par. 3, lett. d).

²⁴ La medesima *ratio* è sottesa nel considerando n. 14: «[l']eventuale sfruttamento abusivo del sistema di accoglienza deve essere contrastato prevedendo la riduzione o la revoca delle condizioni di accoglienza dei richiedenti asilo per giustificati motivi».

²⁵ Proposta di direttiva del Consiglio recante norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di rifugiato, COM(2000) 578 def., 27 febbraio 2001.

alcune disposizioni lasciano trasparire la *ratio* antielusiva ad esse sottesa, che si ricollega alla necessità di limitare i movimenti secondari dei richiedenti asilo da uno Stato membro all'altro. Si fa riferimento, in particolare, a taluni concetti e pratiche, quali «domande non ammissibili», «domande manifestamente infondate», «paese d'origine sicuro», «paese terzo sicuro», già all'epoca esistenti in molti Stati membri, ma regolati in maniera anche molto diversa e per cui la Commissione auspica l'adozione di norme comuni. Tra di esse, ad esempio, l'articolo 28 si occupa di introdurre il regime da applicare alle domande manifestamente infondate, ossia quelle che «sono chiaramente fraudolente o non attinenti ai criteri per il riconoscimento dello status di rifugiato ai sensi della convenzione di Ginevra»²⁶. Inoltre, vengono regolate le domande fraudolente sotto l'aspetto dell'identità e della nazionalità del richiedente, rispetto alle quali lo stesso abbia fornito informazioni false, tali da compromettere in modo sostanziale la credibilità di una domanda. Non si fa dunque riferimento al termine “abuso”, ma piuttosto al concetto di “frode”, che, nello specifico, implica l'utilizzo di documentazione falsa.

Un'ultima menzione merita la proposta relativa all'adozione del cosiddetto regolamento Dublino II²⁷, che richiamando uno degli obiettivi specifici del programma di Stoccolma, mira a «prevenire l'abuso delle procedure d'asilo», identificando quest'ultimo «nel fenomeno delle domande d'asilo multiple presentate da una medesima persona, simultaneamente o in tempi successivi, in diversi Stati membri al solo fine di prolungare il suo soggiorno nell'Unione europea». Tale riferimento è particolarmente rilevante nell'ottica di delineare la tipologia di condotta che, nella prospettiva della Commissione, assume i tratti di abusività che meritano di essere contrastati attraverso disposizioni specifiche. Accanto a questo richiamo, poi, vengono prese in considerazione alcune condotte definite “fraudolente”, inerenti, in particolare, la contraffazione dei documenti, quali il visto o un documento di soggiorno, che, se rilasciati da un determinato

Per un'analisi del processo di negoziazioni che ha condotto all'adozione della proposta, si veda D. ACKERS, *The Negotiations on the Asylum Procedures Directive*, in *European Journal of Migration and Law*, 2005, p. 1 e ss.

²⁶ Si veda la definizione adottata dall'Executive Committee of the High Commissioner's Programme, *The Problem of Manifestly Unfounded or Abusive Applications for Refugee Status or Asylum*, Conclusion No. 30 (XXXIV), 20 October 1983, contained in *United Nations General Assembly Document No. 12A (A/38/12/Add.1)*.

²⁷ Proposta di regolamento del Consiglio che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda d'asilo presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo, COM(2001) 447 def., 30 ottobre 2001.

Stato membro, vi radicano la competenza all'espletamento del successivo esame della domanda di asilo. In particolare, la Commissione fissa una soglia oltre la quale la frode attuata dal richiedente asilo può essere considerata rilevante nell'ottica di un mutamento di competenza: deve dimostrarsi «che la frode consiste in una sostituzione o una contraffazione avvenuta successivamente al rilascio del suddetto documento»²⁸.

ii) Gli strumenti giuridici del CEAS attualmente in vigore

Passando all'esame delle proposte che hanno condotto alla riforma del sistema europeo comune di asilo a seguito dell'adozione del Trattato di Lisbona e sulla scia di quanto prospettato con il Programma di Stoccolma²⁹, occorre innanzitutto sottolineare come esse siano state animate dall'intento di sviluppare «una politica comune in materia di asilo, di protezione sussidiaria e di protezione temporanea» attraverso l'adozione di norme «comuni ed uniformi» (art. 67, paragrafo 2 TFUE), segnando così, una volta per tutte, il superamento del modello basato su «norme minime»³⁰.

Infatti, come evidenziato dalla Commissione nell'originaria proposta di modifica della direttiva procedure³¹, le consultazioni con gli esperti dei governi e della società civile, le

²⁸ Commento all'articolo 9, par. 5 della proposta di regolamento: «Il fatto che il documento di soggiorno o il visto sia stato rilasciato ad un cittadino di un paese terzo che ha declinato una identità falsa o usurpata o dietro presentazione di documenti falsificati, contraffatti o non validi, non osta all'attribuzione della competenza allo Stato membro che lo ha rilasciato. Tuttavia, lo Stato che ha rilasciato il documento di soggiorno o il visto non è competente se può comprovare che la frode è avvenuta successivamente al rilascio».

²⁹ Sullo sviluppo della politica di asilo ha inciso anche il *Patto europeo sull'immigrazione e l'asilo*, approvato il 16 ottobre 2008 dai capi di Stato e di governo degli Stati membri (COM(2008) 360 def.).

³⁰ Tale nozione veniva interpretata esigendo che, in un primo tempo, il regime comunitario rappresentasse esclusivamente il minimo denominatore comune rispetto ai quali gli Stati membri potessero trovare accordo in seno al Consiglio (cfr. N. PICARRA, *Le développement d'une politique commune en matière d'asile*, in C. D. U. DE SOUSA, P. DE BRUYCKER, *L'émergence d'une politique européenne d'asile*, Bruxelles, 2004, p. 15 e ss., in particolare p. 17).

³¹ Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio recante norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca della protezione internazionale (rifusione), COM(2009) 554 def., 21 ottobre 2009. Tale versione della proposta di rifusione della direttiva procedure è stata seguita da una successiva proposta nel 2011, che si è resa necessaria in ragione dello scarso sostegno ottenuto da parte dei governi nazionali in seno al Consiglio. Peraltro, prima che la Commissione emettesse la proposta modificata, il Parlamento europeo aveva espresso la sua posizione in prima lettura nell'aprile 2011; ad essa, tuttavia, non era poi stato riservato grande rilievo da parte della Commissione stessa in sede di modifica della proposta. Per un'analisi più generale del ruolo del Parlamento nell'ambito della procedura di codecisione in materia di asilo, si veda E. LOPATIN, *The Changing Position of the European Parliament on Irregular Migration and Asylum Under Co-Decision*, in *Journal of Common Market Studies*, 2013, p. 740 e ss.

osservazioni del mondo accademico, le riposte degli Stati membri ai questionari e l'analisi delle disposizioni di attuazione svolta dalla Commissione stessa avevano rivelato due problemi principali legati all'adozione di sole "norme minime" in materia³²: tali norme erano state considerate insufficienti e vaghe, in quanto non dotate della potenzialità necessaria per garantire un esame equo ed efficiente. Dunque, la proposta di modifica della direttiva procedure, richiamando, peraltro, il contenuto del Piano strategico sull'asilo³³, ha annunciato l'intento di garantire un livello superiore di armonizzazione e migliori norme di protezione internazionale in tutta l'Unione, per creare «maggiore coerenza tra gli strumenti dell'UE in materia di asilo, semplificare, snellire e consolidare i regimi procedurali di tutta l'Unione e permettere decisioni di primo grado più solide», al fine del raggiungimento di un duplice fine: prevenire gli abusi e migliorare l'efficacia della procedura di asilo³⁴. In questa prospettiva, sono state individuate una serie di misure ritenute indispensabili per «prevenire gli abusi e preservare l'integrità dei sistemi d'asilo», tenendo altresì conto «delle preoccupazioni degli Stati membri sulle domande reiterate e manifestamente infondate»³⁵. Si fa riferimento ai motivi di inammissibilità, compreso il concetto di «paese terzo sicuro», alle procedure accelerate, al concetto di

³² La Commissione, nel contestualizzare la proposta all'interno del quadro politico e giuridico dell'Unione, ha fatto richiamo alle sei riunioni di esperti (esperti degli Stati membri, ONG, l'UNHCR e i professionisti legali che assistono i richiedenti asilo nell'esperire le procedure nazionali), organizzate tra il febbraio 2008 e il gennaio 2009, volte a fornire alla Commissione stessa informazioni utili sugli aspetti da affrontare nella presente proposta. All'interno di esse, era emersa una tendenza generale a sviluppare un'ulteriore armonizzazione dei regimi procedurali; tuttavia, alcuni Stati membri avevano sottolineato la necessità di mantenere un certo livello di flessibilità per quanto riguarda l'organizzazione delle procedure di asilo e regimi procedurali diretti a prevenire abusi, mentre altri avrebbero preferito colmare le carenze dell'attuale quadro attraverso misure di cooperazione pratica piuttosto che con un intervento legislativo.

³³ Cfr. COM(2008) 360 def., cit.

³⁴ Al paragrafo 3 della proposta in commento, la Commissione, elencando le garanzie procedurali che si intendono assicurare nell'ambito delle procedure di esame delle domande di asilo in primo grado, richiama ancora una volta la correlazione esistente tra le misure suggerite e la prevenzione degli abusi delle procedure, realizzabile «migliorando le conoscenze dei richiedenti riguardo ai criteri applicabili e portando così a un maggiore rispetto degli obblighi procedurali». Anche le misure previste in ordine alla qualità del processo decisionale, ricomprendenti, tra le altre, le modalità del colloquio personale e le disposizioni sulla consulenza di esperti e sulla formazione, dovrebbero migliorare la preparazione del personale competente nell'identificare tempestivamente le domande strumentali o fraudolente. A ulteriore sostegno di tali misure viene sottolineato il principio di un'unica autorità accertante.

³⁵ Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio recante norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca della protezione internazionale (rifusione), COM(2009) 554 def., 21 ottobre 2009, par. 3.1. La Commissione prosegue, sintetizzando come segue: «La presente proposta, insomma, vuole definire le condizioni necessarie affinché le procedure di asilo applicate nella Comunità siano accessibili, efficienti, eque e contestualizzate».

paese di origine sicuro e, appunto, alle domande manifestamente infondate e alla nozione di domanda reiterata. Concetti e meccanismi procedurali, questi, che erano già stati enucleati nella prima direttiva procedure, ma che in sede di riforma vengono consolidati e ne viene meglio definito il ruolo funzionale nell'ambito delle procedure d'asilo, nonché riconnessi espressamente ad una finalità antielusiva o di reazione ad eventuali condotte abusive.

Inoltre, ai paragrafi 3 e 4 della proposta in commento, la Commissione evidenzia la necessità di incidere su ulteriori aspetti ritenuti ugualmente correlati alla prevenzione degli abusi delle procedure. Si tratta, da un lato, di alcune garanzie procedurali³⁶, che siano in grado di migliorare le conoscenze dei richiedenti riguardo ai criteri applicabili alle domande di asilo, così da aspirare a un maggiore rispetto degli obblighi procedurali; dall'altro, di alcune misure previste in ordine alla qualità del processo decisionale, ricomprendenti, tra le altre, le modalità del colloquio personale e le disposizioni sulla consulenza di esperti e sulla formazione, le quali, appunto, dovrebbero migliorare la preparazione del personale competente nell'identificare tempestivamente le domande strumentali o fraudolente.

Si segnala, peraltro, che con la proposta modificata di rifusione della direttiva procedure, il riferimento alla necessità di individuare strumenti di contrasto a potenziali abusi è stato, se possibile, ancora più esplicito³⁷. Per fare qualche esempio, l'articolo 28 della proposta modificata (corrispondente all'articolo 24 della proposta del 2009), fornisce strumenti per contrastare la ripetizione abusiva delle domande, individuando un limite oltre il quale la ripresentazione di un'istanza dopo un ritiro implicito non implica

³⁶ Come si legge nella proposta avanzata dalla Commissione, le misure proposte dovrebbero: a) ridurre le deroghe ai principi e alle garanzie procedurali sanciti dalla presente direttiva (ad esempio, eliminando la possibilità di omettere il colloquio personale nelle procedure accelerate); b) prevedere nuove garanzie, come il diritto all'assistenza legale gratuita per i richiedenti protezione internazionale nelle procedure di primo grado; c) introdurre speciali garanzie per i richiedenti asilo vulnerabili, fra cui disposizioni sulle perizie medico-legali, l'esenzione di certe categorie di richiedenti dalle procedure accelerate o di frontiera e dai regimi procedurali diretti ad accertare gli elementi della domanda nei casi di persecuzione per motivi di genere o di età.

³⁷ Il paragrafo 3.1.2. della proposta modificata (dal titolo "Contrastare meglio i potenziali abusi") recita: «La proposta modificata aumenta la capacità degli Stati membri di contrastare potenziali abusi del sistema di asilo. Grazie alle nuove norme, gli Stati membri potranno accelerare le procedure ed esaminare una domanda alla frontiera se il richiedente ha rilasciato dichiarazioni palesemente false o improbabili che contraddicono informazioni sufficientemente verificate sul paese di origine, rendendo la domanda chiaramente non convincente. Le stesse norme si applicano ai richiedenti che costituiscono un pericolo per la sicurezza nazionale o l'ordine pubblico».

un obbligo di riapertura dell'esame, ma consente l'applicazione della disciplina prevista per le domande reiterate. Ancora, l'articolo 31 (corrispondente all'articolo 27 della proposta del 2009) introduce numerosi cambiamenti per quanto riguarda la procedura di esame di primo grado e le procedure accelerate³⁸, proprio per permettere di combattere gli abusi con maggiore flessibilità e mezzi più efficaci.

Orbene, emerge quindi in modo molto chiaro dalla proposta di rifusione della direttiva procedure, una visione stereotipata del richiedente asilo, che si traduce in misure volte a superare la preoccupazione che le procedure di asilo debbano funzionare per eliminare le domande "abusive". Come è stato ben evidenziato in dottrina³⁹, la nozione di "abuso" – sebbene non definita – pervade il provvedimento e, dal momento che le normali procedure non sono ritenute adatte a gestire alcune domande abusive, vengono escogitati meccanismi procedurali aggiuntivi⁴⁰.

Ancora, si legge nella proposta di rifusione della direttiva qualifiche⁴¹ che «[essa] è adottata congiuntamente alla rifusione della direttiva procedure così da garantire un livello superiore di armonizzazione e migliori norme di protezione sostanziali e procedurali, sull'attuale base giuridica, ai fini dell'instaurazione di una procedura comune di asilo e di uno status uniforme». In questo senso, le modifiche prospettate risultano

³⁸ Ad esempio, viene proposto un ulteriore motivo per accelerare l'esame delle domande di asilo o effettuarlo alla frontiera, strettamente legato al tema dell'abuso, in quanto relativo ai casi in cui il richiedente ha rilasciato dichiarazioni palesemente false o evidentemente improbabili che contraddicono informazioni sufficientemente verificate sul paese di origine.

³⁹ In questi termini, espressamente, C. COSTELLO, E. HANCOX, *The Recast Asylum Procedures Directive 2013/32/EU: Caught between the Stereotypes of the Abusive Asylum Seeker and the Vulnerable Refugee*, in V. CHETAIL, P. DE BRUYCKER, F. MAIANI (eds.), *Reforming the Common European Asylum System: The New European Refugee Law*, Leiden-Boston, 2015, p. 377 e ss., in particolare, pp. 378 e 379.

⁴⁰ Lo stesso ragionamento vale per un altro stereotipo associato alla figura del richiedente asilo, ossia lo stigma della vulnerabilità. Si riconosce che alcuni richiedenti asilo sono particolarmente vulnerabili o hanno esigenze speciali e, ancora una volta, le procedure ordinarie vengono considerate inadeguate a far fronte a queste specifiche esigenze. Si veda sempre C. COSTELLO, E. HANCOX, *The Recast Asylum Procedures Directive 2013/32/EU: Caught between the Stereotypes of the Abusive Asylum Seeker and the Vulnerable Refugee*, in V. CHETAIL, P. DE BRUYCKER, F. MAIANI (eds.), *op. cit.*, p. 379. Le A. argomentano, precisando che «these stereotypes create complexity, and crowd out the basic notion of refugee status determination (rsd) as a process for recognizing refugees, on the assumption that many (although of course not all) of those who apply will be so recognized».

⁴¹ Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta (rifusione), COM(2009) 551 def., 21 ottobre 2009, par. 1.1. Per un approfondimento dottrinale sulla riforma del regolamento Dublino II, si veda: F. IPPOLITO, S. VELLUTI, *The Recast Process of the EU Asylum System: A Balancing Act Between Efficiency and Fairness*, in *Refugee Survey Quarterly*, 2011, p. 24 e ss.

volte, tra l'altro, a semplificare le procedure decisionali e permettere decisioni di primo grado più solide, in modo da prevenire gli abusi. Come evidenziato dalla Commissione, infatti, l'obiettivo è quello di ridurre l'incertezza del diritto e i margini di errore amministrativo e ciò al fine di trattare le domande in tempi rapidi, ma anche di «rafforza[re] le capacità delle autorità di trattare le domande infondate e strumentali». Ancora una volta, si rinviene un collegamento tra la necessità di prevenire un utilizzo abusivo e strumentale del sistema con l'obiettivo di consentire «alle persone che necessitano effettivamente di protezione internazionale di accedere in tempi più brevi ai diritti riconosciuti dalla direttiva» e, nel contempo, di migliorare la credibilità dell'intero processo⁴².

Quanto alla modifica del sistema Dublino⁴³, la proposta avanzata dalla Commissione nel dicembre del 2008 si è posta in linea di continuità con il precedente regolamento, almeno per quanto concerne il tema del divieto di condotte abusive⁴⁴. In particolare, invariate⁴⁵ rimangono le finalità perseguite dalle sue disposizioni e i principi ad esse sottese, primo fra tutti quello dell'unicità della competenza, secondo il quale una domanda di protezione internazionale che venga proposta nel territorio dell'Unione europea da un cittadino di uno Stato terzo o da un apolide deve essere esaminata dalle autorità competenti di un solo Stato membro. Questo principio era stato fondato sull'esigenza di contrastare la prassi delle domande multiple e, di conseguenza, anche il

⁴² *Ibidem*.

⁴³ Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide (rifusione), COM(2008) 820 def., 3 dicembre 2008.

⁴⁴ Sono stati altri i profili che hanno interessato il processo di riforma del regolamento Dublino II. In particolare, una delle maggiori criticità del sistema delineato dal regolamento del 2003 concerneva il fatto che si presupponesse che i richiedenti asilo potessero avere accesso ai medesimi livelli di protezione in tutti gli Stati membri, senza contare le rilevanti differenze esistenti tra i sistemi di asilo nazionali per quanto riguarda gli standard di tutela. Sul tema, v. E. GUILD, *Seeking Asylum: storm clouds between international commitments and EU legislative measures*, in *European Law Review*, 2004, p. 198 e ss.; M. GARLICK, *The EU Discussions on Extraterritorial Processing: Solution or Conundrum?*, in *International Journal of Refugee Law*, 2006, p. 601 e ss.

⁴⁵ Per un'analisi dettagliata degli elementi di continuità e di discontinuità tra il regolamento 604/2013/UE e il regolamento 343/2003/CE, si veda O. FERACI, *Il nuovo regolamento "Dublino III" e la tutela dei diritti fondamentali dei richiedenti asilo*, in *Osservatorio sulle fonti*, Fasc. 2/2023, 2013, in particolare pp. 5-9.

fenomeno dei cosiddetti movimenti secondari, in una prospettiva, come già evidenziato, specificatamente volta a «prevenire abusi in relazione alle procedure di asilo»⁴⁶.

Da ultimo, si segnala, con riferimento alla proposta di rifusione della direttiva sulle misure di accoglienza⁴⁷, che essa si limita a ricalcare, per quanto concerne il profilo legato alla lotta contro eventuali condotte abusive dei richiedenti asilo, quanto già esposto in seno alla proposta di adozione della direttiva del 2003/9/CE. Anzi, la Commissione, dato il rilevante impatto sul livello di vita dei richiedenti che può avere la riduzione o la revoca di tali condizioni di accoglienza, propone di limitare le circostanze nelle quali tali condizioni di accoglienza potrebbero essere completamente revocate, evitando così che i richiedenti asilo possano essere lasciati in stato di indigenza in queste circostanze e garantendo che ne siano rispettati i diritti fondamentali.

iii) Le più recenti proposte di riforma del CEAS

Prima di prendere in considerazione le proposte adottate dalla Commissione a fronte della presentazione del *nuovo patto sulla migrazione e l'asilo*, meritano un breve cenno alcune delle proposte intervenute a partire dal 2016, volte a realizzare una riforma approfondita del CEAS, secondo quanto preannunciato nell'Agenda europea sulla migrazione del 2015.

Si fa riferimento alla proposta di riforma del regolamento Dublino III, avanzata dalla Commissione nel maggio 2016⁴⁸, poi ritirata il 23 aprile del 2021, che, insieme alle proposte legislative per la riforma delle direttive sulle procedure di asilo e sulle

⁴⁶ Così si legge nella proposta di rifusione del regolamento Dublino del 2008, nella parte dedicata all'inquadramento della stessa nel panorama giuridico esistente (par. 1).

⁴⁷ Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio recante norme minime relative all'accoglienza dei richiedenti asilo negli Stati membri (rifusione), COM(2008) 815 def., 3 dicembre 2008.

⁴⁸ Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di paese terzo o da un apolide (rifusione), COM(2016) 270 def., 4 maggio 2016. Tale proposta era stata preceduta da una precedente, risalente al settembre 2015 (COM(2015) 450 def., 9 settembre 2015), con cui la Commissione aveva proposto di modificare parzialmente il regolamento Dublino III introducendo un meccanismo di «ricollocazione di crisi», simile a quello delle decisioni del Consiglio n. 1523 e n. 1601 del 2015, ma a carattere permanente. Per un'analisi, si veda G. MORGESE, *La riforma del sistema Dublino: il problema della condivisione delle responsabilità*, in *Diritto pubblico*, Fasc. 1/2020, p. 97 e ss., e la dottrina ivi citata.

qualifiche⁴⁹, nonché di quella sulle condizioni di accoglienza⁵⁰, mira ad evitare che «il meccanismo Dublino sia perturbato da abusi e dalla caccia all'asilo più vantaggioso (*asylum shopping*) da parte di richiedenti e beneficiari di protezione internazionale». All'interno della proposta, nello specifico, a fronte delle carenze e dei punti deboli nella concezione e nell'attuazione del sistema europeo di asilo, e specialmente delle norme Dublino, emerse a seguito della crisi migratoria degli anni 2013-2015, si ribadisce l'esigenza di adottare disposizioni chiare sugli obblighi dei richiedenti e sulle conseguenze del mancato rispetto di tali obblighi; la mancanza di norme siffatte, infatti, fa sì che il sistema «si prest[i] spesso ad abusi da parte dei richiedenti stessi»⁵¹. Tra le misure proposte per sanzionare eventuali violazioni del sistema da parte dei richiedenti asilo, si ricordano⁵²: l'applicazione di una procedura di esame accelerata che non prevede

⁴⁹ Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio recante norme sull'attribuzione a cittadini di paesi terzi o apolidi della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria e sul contenuto della protezione riconosciuta, che modifica la direttiva 2003/109/CE del Consiglio, del 25 novembre 2003, relativa allo status dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo, COM(2016) 466 def., 13 luglio 2016.

⁵⁰ Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale (rifusione), COM(2016) 465 def., 13 luglio 2016.

⁵¹ Nella proposta in esame si ribadisce la centralità del principio dell'unicità della competenza: «La proposta ha le seguenti finalità specifiche: (...) scoraggiare gli abusi e impedire i movimenti secondari dei richiedenti all'interno dell'UE, in particolare stabilendo chiaramente che questi ultimi devono presentare domanda nello Stato membro di primo ingresso e rimanere nello Stato membro designato come competente; ciò implica anche conseguenze proporzionate di ordine procedurale e materiale in caso di mancato rispetto di tali obblighi» (Relazione, par. 1). Inoltre, nel paragrafo dedicato alle «Consultazioni dei portatori di interessi» (par. 3.5), si evidenzia come, secondo gli Stati membri, «[l]e modifiche introdotte con la riforma del 2013 (Dublino III) conferiscono ai richiedenti maggiori diritti che, in caso di abuso, rischiano di vanificare l'intero sistema». Si veda anche la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, *Riformare il sistema europeo comune di asilo e potenziare le vie legali di accesso all'Europa*, COM(2016) 197 def., 6 aprile 2016, p. 12: «onde impedire i movimenti secondari dei beneficiari di protezione internazionale, le disposizioni di cui alla direttiva qualifiche in merito alla fornitura di informazioni, alla cooperazione e agli obblighi di comunicazione saranno rafforzate (per quanto riguarda i richiedenti asilo). Sarà chiaramente stabilito che i rifugiati possono godere solo di diritti e prestazioni nello Stato membro che ha concesso loro protezione e in cui hanno l'obbligo di restare. Inoltre, il regolamento Dublino sarà modificato in modo da garantire che gli Stati membri riprendano in carico i beneficiari di protezione internazionale che dovrebbero rimanere nello Stato membro che ha accordato loro la protezione. Il fatto che una persona abbia irregolarmente lasciato il territorio di tale Stato membro potrebbe costituire un motivo per avviare il riesame del suo status».

⁵² Cfr. COM(2016) 197 def., cit., p. 12. La proposta, inoltre, sottolinea la necessità di «approfondire e rafforzare le disposizioni vigenti dell'acquis che mettono in relazione il fatto che un richiedente non presenti domanda nel più breve tempo possibile, sebbene ne abbia la possibilità effettiva, con la valutazione dell'attendibilità della domanda stessa. Ciò potrebbe comportare che la partenza irregolare di una persona dallo Stato membro competente sia presa in considerazione ai fini della valutazione della domanda di asilo».

il diritto di permanenza in attesa del ricorso (fatto salvo il principio di non respingimento e il diritto a un ricorso effettivo); l'assegnazione a una determinata zona dello Stato membro interessato; la sottoposizione, se necessario, a misure di trattenimento; ove possibile, la concessione dell'accesso solo in natura al beneficio delle condizioni materiali di accoglienza.

È chiara, dunque, ancora una volta, la preoccupazione della Commissione quanto ai profili di malfunzionamento e inefficienza del sistema asilo, che vengono strettamente ricollegati a forme di abuso dei suoi meccanismi operativi da parte dei richiedenti asilo.

Quanto alla direttiva procedure, nella proposta di regolamento volto ad abrogare la direttiva 2013/32/UE⁵³, emerge nuovamente quella visione stereotipata del richiedente asilo, già individuata all'interno della precedente normativa, che finisce per bipolarizzare la struttura delle disposizioni, alla luce della considerazione del carattere "abusivo" o "vulnerabile" del soggetto di volta in volta interessato⁵⁴. Con riferimento ai primi, ossia ai richiedenti asilo "abusivi", si sottolinea l'esigenza di introdurre norme più rigorose, rafforzando e rendendo obbligatori gli strumenti procedurali, prima solamente facoltativi, atti a punire gli abusi da parte dei richiedenti, i movimenti secondari e le domande manifestamente infondate.

iv) segue: le proposte del nuovo patto sulla migrazione e sull'asilo

Venendo all'esame delle proposte contenute nel *nuovo patto sulla migrazione e l'asilo*, pare interessante sottolineare, in primo luogo, che all'interno delle relazioni della Commissione che accompagnano ciascuna proposta non si rinviene mai l'espressione "abuso". Passando in rassegna i documenti pubblicati nel settembre 2020, infatti, la ricerca a livello testuale di suddetto termine e dei suoi derivati – nonché di altri termini utilizzati come alternativa, quali "frode" o "elusione" – non dà alcun risultato. Tale dato è sicuramente significativo se letto in una prospettiva di evoluzione storica delle proposte

⁵³ Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce una procedura comune di protezione internazionale nell'Unione e abroga la direttiva 2013/32/UE, COM(2016) 467 def., 13 luglio 2016.

⁵⁴ Nella parte dedicata all'individuazione del contesto all'interno del quale si inserisce la proposta, si legge espressamente: «[Il sistema europeo comune di asilo] [g]arantisce che, ovunque si trovino nell'UE, i richiedenti asilo siano trattati in modo equo e adeguato. Fornisce gli strumenti necessari per la rapida identificazione delle persone effettivamente bisognose di protezione internazionale e il rimpatrio di chi non ha bisogno di protezione. È generoso verso le categorie più vulnerabili e rigoroso nei confronti dei potenziali abusi, sempre nel rispetto dei diritti fondamentali».

di riforma del sistema che si sono susseguite nel corso degli anni e che si è cercato di ripercorrere nei paragrafi precedenti. Tuttavia, quest'assenza di riferimenti testuali al concetto di abuso non deve trarre in inganno: alcune delle proposte normative avanzate, se interpretate in un'ottica sistematica, possono comunque rivelare una *ratio* ricollegabile ad esigenze antielusive, che sostanzialmente ricalca la prospettiva rinvenibile in istituti del CEAS già esistenti e che meglio si analizzeranno di seguito. In questo senso, peraltro, può essere utile considerare il documento di lavoro della Commissione che accompagna la proposta ora analizzata⁵⁵.

Per fare qualche esempio, basti considerare che nella proposta di modifica del regolamento Eurodac, in cui non viene esplicitato l'obiettivo di evitare abusi, si precisa che le innovazioni implicate dalla riforma – in particolare, la possibilità per gli Stati membri di contare i richiedenti, in aggiunta alle “domande” e la facoltà di registrare la concessione di assistenza per il rimpatrio volontario e la reintegrazione⁵⁶ – dovrebbero consentire proprio una migliore prevenzione degli abusi.

Lo stesso ragionamento è riferibile anche alla proposta di introdurre un meccanismo di *pre-entry screening* alla frontiera: se nella proposta avanzata dalla Commissione⁵⁷ non si fa mai cenno ad esigenze anti-abuso, nel documento citato, si esplicita come il meccanismo di controlli preliminari all'ingresso consenta «an accelerated assessment of asylum requests that are abusive or inadmissible, or that have been lodged by applicants from low recognition rate countries, in order to swiftly return those without a right to stay in the EU».

⁵⁵ Commission staff working document accompanying the document *Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on asylum and migration management and amending Council Directive (EC)2003/109 and the proposed Regulation (EU)XXX/XXX [Asylum and Migration Fund]*, SWD(2020) 207 def., 23 September 2020.

⁵⁶ Proposta modificata di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce l'«Eurodac» per il confronto delle impronte digitali per l'efficace applicazione del regolamento (UE) XXX/XXX [regolamento sulla gestione dell'asilo e della migrazione] e del regolamento (UE) XXX/XXX [regolamento sul reinsediamento], per l'identificazione di cittadini di paesi terzi o apolidi il cui soggiorno è irregolare e per le richieste di confronto con i dati Eurodac presentate dalle autorità di contrasto degli Stati membri e da Europol a fini di contrasto, e che modifica i regolamenti (UE) 2018/1240 e (UE) 2019/818, COM(2020) 614 def., 23 settembre 2020.

⁵⁷ Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che introduce accertamenti nei confronti dei cittadini di paesi terzi alle frontiere esterne e modifica i regolamenti (CE) n. 767/2008, (UE) 2017/2226, (UE) 2018/1240 e (UE) 2019/817, COM(2020) 612 def., 23 settembre 2020.

In ogni caso, un'eccezione all'assenza di riferimento al concetto di "abuso" nelle relazioni della Commissione si rinviene nella proposta di regolamento sulla gestione dell'asilo e della migrazione che intende sostituire l'attuale regolamento Dublino⁵⁸, in cui l'obiettivo di scoraggiare e prevenire⁵⁹ gli abusi rimane sempre tra le priorità della Commissione.

In quest'ottica, si prenda in considerazione, a titolo esemplificativo, la modifica della definizione di "familiari", che, replicando quanto già prospettato nel 2016, si propone di ampliare in un duplice senso: *i)* includendo fratelli e sorelle del richiedente; *ii)* includendo i legami di parentela formati dopo la partenza dal paese di origine ma prima dell'arrivo nel territorio dello Stato membro. In sostanza, come si legge nella stessa proposta, tali categorie di soggetti non pongono alcun rischio di abuso, dal momento che: *i)* «i fratelli e sorelle costituiscono una categoria circoscritta ma importante, per la quale è relativamente semplice provare e verificare il vincolo di parentela»; *ii)* tenere conto delle famiglie formatesi durante il transito permette di stabilire un legame significativo tra la persona interessata e lo Stato membro competente, il che dovrebbe «ridurre il rischio di spostamenti non autorizzati o di fuga delle persone contemplate dall'estensione delle norme»⁶⁰. Al contrario, non è stata apportata alcuna modifica alla nozione di famiglia applicabile all'articolo 16 del regolamento Dublino III, dedicato alle "Persone a carico". La disposizione contempla, quale criterio di collegamento ai fini della determinazione della competenza, l'esistenza di un rapporto di dipendenza tra il richiedente e un figlio, un fratello o un genitore, quando ricorrano motivi di gravidanza, maternità recente, malattia grave, grave disabilità o età avanzata. Come è stato notato in dottrina⁶¹, a causa

⁵⁸ Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sulla gestione dell'asilo e della migrazione e che modifica la direttiva 2003/109/CE del Consiglio e la proposta di regolamento (UE) XXX/XXX [Fondo Asilo e migrazione], COM(2020) 610 def., 23 settembre 2020.

⁵⁹ Interessante evidenziare l'utilizzo del verbo "scoraggiare", accanto al riferimento alla necessità di "prevenzione" degli abusi. Il primo termine, infatti, suggerisce l'introduzione di disposizioni atte a disincentivare abusi del sistema, che implicano determinate conseguenze di ordine procedurale e materiale in caso di mancato rispetto di tali obblighi. In questo senso, esplicitamente, la proposta volta ad introdurre il regolamento cosiddetto Dublino IV, cfr. COM(2016) 270 def., cit.

⁶⁰ Cfr. par. 5.3. della proposta in commento.

⁶¹ Si veda, in questi termini, F. MAIANI, *Into the Loop: The Doomed Reform of Dublin and Solidarity in the New Pact*, in D. THYM (ed.), *Reforming the Common European Asylum System. Opportunities, Pitfalls, and Downsides of the Commission Proposals for a New Pact on Migration and Asylum*, Baden-Baden, 2022, p. 43 e ss.

del timore di matrimoni fittizi – e quindi a causa del timore di un possibile abuso –, i coniugi sono stati esclusi dal novero dei soggetti presi in considerazione dalla norma.

2.2. Alcune preliminari considerazioni sulla concezione di abuso di diritto d’asilo

Alla luce dell’analisi testuale effettuata, si è reso evidente come l’utilizzo del concetto di “abuso” da parte delle istituzioni, in sede di redazione sia dei programmi politici, sia delle proposte alla base della legislazione del CEAS, sia piuttosto frequente. Soprattutto con riferimento ai meccanismi alla base del sistema Dublino e ad alcuni istituti predisposti dalle tre direttive sulle qualifiche, sulle procedure e sulle misure di accoglienza, i richiami allo stereotipo del richiedente protezione internazionale “abusivo” sono numerosi e costanti nel corso dell’evoluzione della stessa politica in materia di asilo. Ed è proprio questo un primo dato che emerge dall’esame condotto: l’“abuso” che le istituzioni, a vari livelli, si propongono di prevenire o scoraggiare è sempre e costantemente riferito al cittadino di Paese terzo, presente sul territorio dell’Unione e – almeno astrattamente – intenzionato a promuovere una domanda di riconoscimento della protezione internazionale. Tale considerazione, per quanto apparentemente scontata, assume una notevole rilevanza nella prospettiva di sciogliere l’interrogativo relativo all’effettivo soggetto che può essere considerato responsabile dell’“abuso” del diritto d’asilo.

Quindi, un secondo profilo che può essere sottolineato concerne la collocazione dell’esigenza di prevenire condotte abusive (da parte dei richiedenti asilo, come si diceva) tra le priorità da perseguire nell’ambito dei processi di riforma innescati dai documenti analizzati: un simile obiettivo, infatti, rappresenta, dal punto di vista delle istituzioni, una premessa indispensabile per assicurare la corretta ed effettiva operatività dell’intero sistema. In sostanza, si percepisce l’abuso del diritto d’asilo come una delle primarie cause del malfunzionamento di alcuni degli strumenti giuridici del CEAS, primo fra tutti il sistema Dublino⁶².

Inoltre, una questione in parte collegata a tale aspetto riguarda la correlazione che viene instaurata tra la frequenza delle condotte “abusive” poste in essere da alcuni soggetti e le conseguenze che ne derivano in punto di effettivo riconoscimento di una forma di

⁶² Tanto che riferimenti espliciti al concetto di abuso si rinvengono, come si è fatto notare, anche nella più recente proposta di modifica del regolamento che ne detta i criteri di funzionamento.

protezione a soggetti che ne siano “realmente” legittimati. Ancora una volta, soprattutto dalla retorica della Commissione, emerge una parziale attribuzione di responsabilità, quanto all’esistenza di carenze nel sistema, direttamente in capo a coloro che, sfruttando i meccanismi di funzionamento del sistema stesso, attuano comportamenti definiti, appunto, “abusivi”.

Da ultimo, anche il raggiungimento di una maggiore armonizzazione a livello legislativo è stato correlato all’esigenza di superare gli abusi del sistema, resi possibili proprio dalla scarsa omogeneità riscontrabile tra le diverse normative dei singoli Stati membri.

3. Gli strumenti giuridici che compongono il CEAS

Orbene, l’analisi svolta sinora assume una rilevanza peculiare nell’ottica di procedere nell’effettiva indagine del concetto di “abuso” con riferimento al contesto normativo europeo. Infatti, molti istituti che si andranno ad esaminare nel presente paragrafo, pur non esplicitamente diretti a prevenire condotte abusive, nascondono una finalità di questo tipo, suggerendo, a livello più generale, la creazione di un sistema basato su meccanismi presuntivi legati allo stigma di abusività correlato a determinate condotte.

Tenendo presenti le considerazioni avanzate con riferimento ai documenti di natura programmatica sopra esaminati, è ora possibile addentrarsi nell’analisi del panorama normativo che compone il CEAS, andando ad approfondire lo studio di alcuni istituti selezionati. La scelta delle disposizioni da esaminare trova una giustificazione nella *ratio* alla base di questi stessi istituti, ricostruita, appunto, grazie allo studio della documentazione istituzionale sopra richiamata.

L’esame verrà condotto assumendo come parametri due tipologie diverse di disposizioni: da un lato, si prenderanno in considerazione le norme che introducono alcuni meccanismi procedurali, predisposti dal legislatore europeo in ragione di condotte dei richiedenti asilo astrattamente riconducibili allo stigma dell’abusività (e regolati dal regolamento Dublino e dalla direttiva procedure); dall’altro, si indagheranno alcune disposizioni di natura sostanziale, alla base delle quali si ritiene rinvenibile una correlazione con la nozione di abuso (tratte, in particolare, dalla direttiva qualifiche e dalla direttiva sulle misure di accoglienza).

3.1. Gli istituti di natura procedurale

3.1.1. Il sistema Dublino

I primi profili che meritano di essere esaminati riguardano il meccanismo di riparto delle competenze tra Stati membri per l'esame delle domande di asilo, disciplinato dal noto regolamento Dublino III. Infatti, come illustrato nel capitolo II, le regole che ne governano l'applicazione costituiscono la base per comprendere il funzionamento dell'intero sistema europeo comune di asilo e le logiche ad esso sottese.

In particolare, un approfondimento relativo al sistema Dublino assume rilevanza alla luce della conformazione dei meccanismi che lo governano, dichiaratamente volti a fronteggiare due specifici fenomeni, che le stesse istituzioni qualificano come "condotte abusive": le domande di asilo multiple e i movimenti secondari.

i) I movimenti secondari

I movimenti secondari possono essere definiti come gli spostamenti posti in essere dai richiedenti asilo, intenzionati a lasciare le aree "sicure" inizialmente raggiunte (ad esempio, il territorio del primo Stato membro in cui un individuo abbia fatto ingresso), per raggiungere nuove destinazioni dove presentare domanda di protezione internazionale, indipendentemente dalla precedente concessione di una forma di protezione internazionale e in assenza di autorizzazione o (solitamente) di documentazione sufficiente per il viaggio⁶³. Si possono dunque distinguere due tipologie fondamentali di movimenti secondari: quelli posti in essere da coloro che siano già beneficiari di una forma di protezione internazionale, e gli spostamenti realizzati da coloro che siano richiedenti asilo e, dopo aver fatto ingresso nel territorio di uno Stato

⁶³ V., in questi termini, S. E. ZIMMERMANN, *Irregular Secondary Movements to Europe: Seeking Asylum Beyond Refuge*, in *Journal of Refugee Studies*, 2009, p. 74 e ss. L'A. precisa che «[s]uch movements appear to contradict the idea, as based upon the 1951 Convention refugee definition, that safety is at the root of refugee migration, since with that already attained in previous areas questions arise about the causes of movements to new ones. As a result of the distinction between primary and secondary movements, the latter are more likely to be seen as voluntary and motivated by economic or quality of life concerns than by safety» (p. 75).

membro e aver (eventualmente) presentato un'istanza di protezione, si muovano verso un'ulteriore destinazione.

La preoccupazione sottesa a questo fenomeno è stata palesata a più riprese nelle proposte di riforma del regolamento Dublino III sopra richiamate, e concerne direttamente il rischio di destabilizzazione dell'intero sistema asilo⁶⁴. Come sottolineato da uno studio condotto dallo European Parliamentary Research Service⁶⁵, infatti, i movimenti secondari costituiscono un elemento tale da mettere sotto pressione i sistemi nazionali di riconoscimento del diritto d'asilo, le loro capacità di accoglienza, la tenuta dei loro sistemi economici e comportare preoccupazioni legate alla sicurezza interna al Paese ospitante. Inoltre, accanto a tali preoccupazioni, è stato evidenziato che tali spostamenti possono implicare il rischio per i richiedenti asilo che si trovano in una situazione irregolare di essere esposti alla violenza e a diverse forme di sfruttamento. Infatti, nel momento in cui i richiedenti asilo si vedono negata la possibilità di rimanere nel Paese di destinazione e, eventualmente, di rientrare in un Paese da cui sono passati in precedenza, corrono il pericolo di essere lasciati in una sorta di "limbo", cioè di essere spostati da un paese all'altro senza che la loro richiesta di asilo sia valutata⁶⁶.

Orbene, per far fronte a questa pratica, il regolamento Dublino ha fissato criteri tassativi che consentono di determinare *ex ante* la competenza per l'esame di una determinata domanda di asilo, non ammettendo deroghe al sistema di ripartizione delle

⁶⁴ A livello più generale, l'UNHCR ha più volte sottolineato che «[t]he phenomenon of refugees, whether they have been formally identified as such or not (asylum-seekers), who move in an irregular manner from countries in which they have already found protection, in order to seek asylum or permanent resettlement elsewhere, is a matter of growing concern. This concern results from the destabilizing effect which irregular movements of that kind have on structured international efforts to provide appropriate solutions for refugees. (...) Of similar concern is the growing phenomenon of refugees and asylum-seekers who will fully destroy or dispose of their documentation in order to mislead the authorities of the country of arrival» (cfr. UN General Assembly, *Addendum to the Report of the United Nations High Commissioner for Refugees: Report of the Executive Committee on the Programme of the UNHCR on the Work of its Fortieth Session*, 30 October 1989 (A/44/12/Add.1)).

⁶⁵ Cfr. A. RADJENOVIC, *Secondary movements of asylum-seekers in the EU asylum system*, European Parliamentary Research Service (EPRS), PE 608.728, October 2017.

⁶⁶ *Ibidem*. Per descrivere tale situazione di incertezza, si parla di richiedenti asilo "in orbita". Tale espressione è stata utilizzata per la prima volta dal Prof. Melander dell'Università di Lund (cfr. G. MELANDER, *Refugee in orbit*, Geneva, 1978) per riferirsi ai richiedenti asilo che, pur non essendo stati direttamente rimpatriati in un Paese in cui potrebbero essere perseguitati, vedono negarsi l'asilo, o non riescono a trovare uno Stato disposto a esaminare la loro domanda, e, dunque, vengono spinti da un Paese all'altro in una costante ricerca di asilo.

V. sul termine richiamato anche P. WEIS, *Refugees in Orbit*, in *Israel Yearbook on Human Rights*, Leiden, 1980, p. 157 e ss.

responsabilità previsto⁶⁷, se non in determinati casi tassativamente disciplinati dallo stesso regolamento (v. *infra*). Tali criteri determinativi della competenza concernono: la qualifica di minore non accompagnato del richiedente⁶⁸, la qualifica di familiare di beneficiario della protezione internazionale o di familiare di richiedente della protezione internazionale⁶⁹, la titolarità di permessi di soggiorno o visti⁷⁰, l'ingresso e/o il soggiorno irregolare all'interno di un determinato Stato membro⁷¹. Essi, dunque, attribuiscono rilevanza solo in parte – e talvolta esclusivamente a livello formale – alle esigenze

⁶⁷ Peraltro, dalla proposta di revisione del regolamento avanzata dalla Commissione nel 2016, emerge un tentativo di ulteriore irrigidimento del sistema, derivante da una sempre maggiore fissità dei criteri e delle regole che lo governano, nonché dalla chiara individuazione degli obblighi dei richiedenti protezione internazionale e delle conseguenti sanzioni in caso di inottemperanza, inclusa la possibile esclusione dal sistema di accoglienza. Cfr. § 2.1 e COM(2016) 270 def., cit.

⁶⁸ L'articolo 8 prevede che, qualora il richiedente sia un minore non accompagnato, la competenza spetta allo Stato membro nel quale si trova legalmente un familiare o un fratello del minore non accompagnato, oppure quello nel quale sia presente un suo parente, qualora sia accertato, in base a un esame individuale, che tale parente può occuparsi di lui/lei. Inoltre, in mancanza di un familiare, di un fratello o di un parente, è competente lo Stato membro in cui il minore non accompagnato ha presentato la domanda di protezione internazionale, purché ciò sia nell'interesse superiore del minore. Tuttavia, se il richiedente è un minore coniugato il cui coniuge non è legalmente presente nel territorio degli Stati membri, lo Stato membro competente è lo Stato membro in cui si trova legalmente il padre, la madre o un altro adulto responsabile per il minore, per legge o per prassi di detto Stato membro, o un fratello se legalmente presente.

⁶⁹ Gli articoli 9 e 10 stabiliscono che, in caso di familiari di beneficiari di protezione internazionale o familiari di richiedenti protezione internazionale, la competenza spetta, rispettivamente, allo Stato che ha concesso la protezione internazionale al familiare del richiedente, ovvero allo Stato che è responsabile dell'esame della domanda di protezione internazionale, presentata dal familiare del richiedente. Inoltre, l'articolo 11 regola la cosiddetta "Procedura familiare": «Quando diversi familiari e/o fratelli minori non coniugati presentano una domanda di protezione internazionale nel medesimo Stato membro simultaneamente, o in date sufficientemente ravvicinate perché le procedure di determinazione dello Stato competente possano essere svolte congiuntamente, e se l'applicazione dei criteri enunciati nel presente regolamento porterebbe a trattarle separatamente, la determinazione dello Stato competente si basa sulle seguenti disposizioni: a) è competente per l'esame delle domande di protezione internazionale di tutti i familiari e/o di fratelli minori non coniugati lo Stato membro che i criteri designano come competente per prendere in carico il maggior numero di essi; b) negli altri casi, è competente lo Stato membro che i criteri designano come competente per l'esame della domanda del più anziano di essi».

⁷⁰ Ai sensi dell'articolo 12, se il richiedente è titolare di un titolo di soggiorno in corso di validità o di un visto in corso di validità, lo Stato membro competente per l'esame della domanda di protezione internazionale è quello che ha rilasciato il titolo di soggiorno o il visto (a meno che il visto non sia stato rilasciato per conto di un altro Stato membro nel quadro di un accordo di rappresentanza).

⁷¹ Cfr. articolo 13: «Quando è accertato, sulla base degli elementi di prova e delle circostanze indiziarie di cui ai due elenchi menzionati all'articolo 22, paragrafo 3, del presente regolamento, inclusi i dati di cui al regolamento (UE) n. 603/2013, che il richiedente ha varcato illegalmente, per via terrestre, marittima o aerea, in provenienza da un paese terzo, la frontiera di uno Stato membro, lo Stato membro in questione è competente per l'esame della domanda di protezione internazionale. Detta responsabilità cessa 12 mesi dopo la data di attraversamento clandestino della frontiera».

specifiche dei richiedenti asilo (come, ad esempio, la salvaguardia dell'unità familiare), mentre, per il resto, rispecchiano la logica, retaggio della Convenzione Dublino, atta ad allocare le responsabilità per l'esame delle domande di asilo in capo allo Stato che ha consentito l'ingresso regolare o non del cittadino straniero⁷².

Peraltro, proprio in un'ottica di contrasto agli abusi del sistema, l'articolo 7 del regolamento Dublino, oltre a stabilire l'ordine gerarchico tra i criteri determinativi della competenza – precisando che gli stessi «si applicano nell'ordine nel quale sono definiti dal (...) capo [III]» – sancisce la cosiddetta “freezing rule”⁷³, prevedendo che la determinazione dello Stato membro competente debba avvenire sulla base della situazione esistente al momento in cui il richiedente ha presentato domanda di protezione internazionale per la prima volta in uno Stato membro. Tale regola, pur essendo stata concepita in una logica di favore per i richiedenti, rischia di generare situazioni negative per gli stessi, e ciò principalmente nei casi in cui potrebbero trovare applicazione criteri che attribuiscono rilevanza all'esistenza di legami familiari. Si pensi, ad esempio, al caso in cui un richiedente asilo non possa beneficiare dell'operatività del criterio di cui agli articoli 9 e 10, poiché il familiare rispetto al quale sarebbe possibile far valere il diritto all'unità familiare abbia ottenuto il riconoscimento di una forma di protezione internazionale o abbia presentato la relativa istanza pochi giorni dopo la presentazione della prima domanda di asilo da parte dell'interessato. Per questa ragione, la Commissione aveva proposto di introdurre un'eccezione alla “freezing rule” proprio nei casi in cui fossero sorte esigenze di salvaguardia dell'unità familiare, rendendo rilevante, ai fini della determinazione della competenza, il momento in cui il richiedente asilo avesse presentato la domanda più recente di protezione internazionale⁷⁴. Tuttavia, tale

⁷² Per un'analisi delle problematiche connesse a tale impostazione del sistema, si veda § 2, capitolo III.

⁷³ Cfr. C. HRUSCHKA, F. MAIANI, *Dublin III Regulation (EU) No 604/2013, Article 7 MN 4*, in D. THYM, K. HAILBRONNER (eds.), *EU Immigration and Asylum Law. Article-by-article Commentary*, 3rd edition, 2022, p. 1667. Gli A. precisano che tale regola trova applicazione solamente con riferimento ai criteri di cui al capo III, senza operare, invece, per eventuali altre norme che possano determinare una modifica dell'attribuzione di competenza (ad esempio, gli articoli 16 e 17, ovvero le disposizioni che possono determinare una cessazione della competenza).

⁷⁴ Cfr. Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide, COM(2008) 820 def., 3 dicembre 2008, p. 30. Il paragrafo 3 dell'articolo 7 era stato così formulato: «In deroga al paragrafo 2, per garantire il rispetto del principio dell'unità familiare e del prevalente interesse del minore, la determinazione dello Stato membro competente in applicazione dei criteri definiti agli articoli da 8 a 12

modifica era stata emendata dal Parlamento in sede di esame della proposta, con la giustificazione che una siffatta deroga avrebbe reso la determinazione della responsabilità eccessivamente complessa e, soprattutto avrebbe incoraggiato forme di abuso⁷⁵. In linea con questa impostazione, il Consiglio aveva proposto di escludere dall'ambito di applicazione dell'eccezione il criterio di cui all'articolo 9, al fine di evitare che un richiedente asilo potesse avvantaggiarsi della sua applicazione sposando un beneficiario di protezione internazionale⁷⁶.

Sotto altro punto di vista, l'esigenza di fronteggiare i movimenti secondari si è tradotta nella proposta di "velocizzare" l'esame della richiesta di asilo in ciascuna delle sue fasi, sin dallo stadio della determinazione di competenza.

In questo senso, rispetto al regolamento Dublino II, il regolamento 604/2013, ha introdotto termini specifici per la presentazione delle domande di ripresa in carico⁷⁷, ossia le richieste volte ad individuare la responsabilità per l'esame di una domanda di asilo in capo allo Stato in cui fosse già stata presentata in precedenza un'istanza di protezione internazionale (v. *infra*). Tali richieste, ai sensi dell'articolo 23, par. 2, devono essere presentate «quanto prima» e, in ogni caso, entro due mesi dal ricevimento della risposta pertinente Eurodac ai sensi dell'articolo 9, par. 5, del regolamento (UE) n. 603/2013. Solo nel caso in cui la richiesta sia basata su prove diverse dai dati ottenuti dal sistema Eurodac,

avviene sulla base della situazione esistente al momento in cui il richiedente asilo ha presentato la domanda più recente di protezione internazionale. Il presente paragrafo si applica a condizione che le precedenti domande del richiedente asilo non siano state ancora oggetto di una prima decisione di merito».

⁷⁵ Cfr. European Parliament, Report on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third-country national or a stateless person (recast), A6-0284/2009, Amendment 20, 29 April 2009.

⁷⁶ Cfr. Council of the EU, Regulation of the European Parliament and of the Council establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third-country national or a stateless person (recast), doc. No. 12328/09, 29 July 2009.

⁷⁷ Come precisato dalla Corte di giustizia, «l'articolo 23, paragrafo 3, del regolamento Dublino III deve essere interpretato nel senso che lo Stato membro nel quale sia stata presentata una nuova domanda di protezione internazionale è competente per l'esame di quest'ultima, qualora una richiesta di ripresa in carico non sia stata formulata da detto Stato membro entro i termini di cui all'articolo 23, paragrafo 2, di tale regolamento, pur se, da un lato, un altro Stato membro era competente per l'esame di domande di protezione internazionale presentate in precedenza e, dall'altro, alla scadenza dei suddetti termini era pendente dinanzi a un giudice di quest'ultimo Stato membro il ricorso proposto contro il rigetto di una di dette domande» (cfr. Corte di giustizia, sentenza del 5 luglio 2018, causa C-213/17, X, punto 40).

il termine massimo previsto per il suo invio è di tre mesi, decorrenti dalla data di presentazione della domanda di protezione internazionale⁷⁸.

Inoltre, è stato ridotto il termine per rispondere alle richieste di informazioni riguardanti il richiedente utili ai fini della determinazione dello Stato membro competente, dell'esame della domanda di protezione internazionale, o dell'attuazione di qualsiasi obbligo derivante dal presente regolamento. Ai sensi dell'articolo 34, par. 4, lo Stato membro richiesto è tenuto a comunicare i dati richiesti⁷⁹ entro cinque settimane, dovendo debitamente giustificare eventuali ritardi⁸⁰.

È stato altresì introdotto un termine per rispondere alle domande presentate per ragioni umanitarie ed è stato specificato che tali domande possono essere presentate in qualsiasi momento. Secondo quanto stabilito dall'articolo 17, infatti, lo Stato membro nel quale è manifestata la volontà di chiedere la protezione internazionale e che procede alla determinazione dello Stato membro competente, o lo Stato membro competente, può, in ogni momento prima che sia adottata una prima decisione sul merito, chiedere a un altro Stato membro di prendere in carico un richiedente al fine di procedere al

⁷⁸ Sul punto, la proposta di riforma del regolamento Dublino III del 2020 (cfr. COM(2020) 610 def., cit.), sulla scia di quanto proposto dalla Commissione nel 2016, ha previsto la trasformazione delle richieste di ripresa in carico in semplici notifiche di ripresa in carico, che devono tassativamente essere presentate senza indugio e in ogni caso entro due settimane dal ricevimento del riscontro positivo dell'Eurodac. Lo Stato membro notificato dovrebbe confermare o contestare il ricevimento della notifica allo Stato membro che l'ha effettuata entro una settimana, e la mancata reazione entro tale termine equivale alla conferma del ricevimento della notifica.

⁷⁹ Come stabilito dal paragrafo 2 dell'articolo 34, le informazioni che possono essere richieste possono riguardare solamente: soltanto: a) i dati relativi all'identificazione del richiedente e, eventualmente, dei suoi familiari, parenti o persone legate da altri vincoli di parentela (cognome, nome e, eventualmente, cognome precedente; soprannomi o pseudonimi; cittadinanza, attuale e precedente, data e luogo di nascita); b) i documenti d'identità e di viaggio (riferimento, periodo di validità, date di rilascio, autorità di rilascio, luogo di rilascio ecc.); c) gli altri elementi necessari per stabilire l'identità del richiedente, comprese le impronte digitali trattate a norma del regolamento (UE) n. 603/2013; d) i luoghi di soggiorno e gli itinerari di viaggio; e) i titoli di soggiorno o i visti rilasciati da uno Stato membro; f) il luogo nel quale la domanda è stata presentata; g) la data di presentazione di un'eventuale domanda di protezione internazionale precedente, la data di presentazione della domanda attuale, lo stato di avanzamento della procedura e l'eventuale decisione adottata.

⁸⁰ Si segnala che il mancato rispetto del termine di cinque settimane non dispensa lo Stato membro richiesto dall'obbligo di rispondere e se dalla ricerca svolta dallo Stato membro richiesto che non abbia rispettato il termine massimo emergono informazioni che ne dimostrano la competenza, tale Stato membro non può invocare la scadenza dei termini previsti agli articoli 21, 23 e 24 come motivo per rifiutare di conformarsi alla richiesta di presa o ripresa in carico. In questo caso i termini di cui agli articoli 21, 23 e 24 per la presentazione di una richiesta di presa o ripresa in carico sono prorogati di un periodo equivalente al ritardo della risposta da parte dello Stato membro.

ricongiungimento di persone legate da qualsiasi vincolo di parentela, per ragioni umanitarie (soprattutto connesse a motivi familiari o culturali), anche se tale altro Stato membro non sarebbe formalmente competente. Tale Stato richiesto è tenuto a provvedere a ogni necessaria verifica per esaminare i motivi umanitari invocati e a rispondere allo Stato membro richiedente entro due mesi dal ricevimento della richiesta, dovendo motivare un eventuale rifiuto.

Da ultimo, occorre ricordare che una misura che consente di tracciare i movimenti dei richiedenti asilo e dei migranti attraverso le frontiere interne ed esterne degli Stati membri dell'Unione è rappresentata dalla banca dati dattiloscopica europea, Eurodac, uno strumento di profilazione di tutti coloro che fanno ingresso nel territorio dell'UE. Si tratta di un sistema informatico su larga scala, che dal 2003 agevola la determinazione dello Stato membro competente, ai sensi del regolamento (UE) n. 604/2013, per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno Stato membro da un cittadino di un paese terzo o da un apolide, memorizzando ed elaborando le impronte digitali di tutti i cittadini di Paesi terzi che sono entrati in un Paese europeo e, dunque, consentendo l'identificazione delle nuove domande di asilo rispetto a quelle già registrate nel database. In questo senso, Eurodac può così fornire uno strumento di tracciamento dei movimenti secondari.

ii) Le domande d'asilo multiple

Le domande d'asilo multiple rappresentano un fenomeno che si configura quando un cittadino di un paese terzo presenti una domanda di asilo in un determinato Stato membro e si rechi poi in un altro Stato (sempre parte del sistema Dublino) per presentarvi una nuova domanda d'asilo. Simili fattispecie risultano quindi strettamente connesse al fenomeno dei movimenti secondari, dal momento che la proposizione di una nuova istanza costituisce, il più delle volte, il fine ultimo perseguito dal richiedente asilo che si sposta all'interno di un altro Stato membro.

Come già evidenziato, la presentazione di domande multiple. – definita come “*asylum shopping*” – viene connotata espressamente come forma di abuso e la lotta contro tale pratica rappresenta, come anticipato, uno degli obiettivi perseguiti attraverso la specifica conformazione del meccanismo di riparto di competenze fissato dal sistema Dublino. In particolare, il regolamento individua, quale specifico metodo di contrasto, un meccanismo di ripartizione delle responsabilità tra Stati membri che si basa sul principio

dell'unicità della competenza. In base ad esso, il legislatore europeo ha regolato l'allocazione della responsabilità per l'esame di una domanda di protezione internazionale che venga proposta nel territorio dell'Unione europea da un cittadino di uno Stato terzo o da un apolide, in capo ad un solo Stato membro, concentrando in esso anche tutte le successive fasi della trattazione della situazione giuridica di un determinato soggetto. Infatti, lo Stato membro, tenuto, ai sensi dell'articolo 18 del regolamento Dublino, ad esaminare o portare a termine l'esame della domanda di protezione internazionale presentata da un richiedente, è altresì chiamato, una volta riconosciuta una forma di protezione internazionale, anche ad occuparsi dell'accoglienza dell'interessato, ovvero, in caso di rigetto della sua domanda, ad assicurargli accesso ad un mezzo di impugnazione efficace ai sensi dell'articolo 46 della direttiva 2013/32/UE, ovvero a provvedere al suo allontanamento verso il paese di provenienza. Non esiste infatti un diritto di libera circolazione dei beneficiari di protezione internazionale se non fino a tre mesi, analogamente a quanto disposto per tutti i cittadini di paesi terzi regolarmente soggiornanti.

Dunque, per assicurare il rispetto del principio dell'unicità della competenza e, di conseguenza, per far fronte a eventuali abusi, sono stati previsti meccanismi di presa e ripresa in carico della gestione della situazione specifica di un richiedente asilo da parte degli Stati membri, che possono essere attivati nel momento in cui sia stata (almeno asseritamente) realizzata una violazione delle regole di competenza. La procedura per la richiesta di presa in carico, regolata dagli articoli 21 e 22, può essere attivata dallo Stato membro che ha ricevuto una domanda di protezione internazionale e che ritiene che un altro Stato membro sia competente per l'esame della stessa⁸¹. La richiesta di ripresa in carico, invece, regolata dagli articoli 23, 24 e 25, può essere effettuata dallo Stato membro che ha ricevuto una domanda di protezione internazionale da parte di un soggetto che aveva già presentato istanza di asilo in uno Stato membro⁸².

⁸¹ Cfr. Articolo 18, par. 1, lett. a), regolamento 604/2013.

⁸² Nello specifico, la richiesta di ripresa in carico può essere effettuata da uno Stato membro presso il quale una persona di cui all'articolo 18, paragrafo 1, lettere b) (ossia il richiedente la cui domanda è in corso d'esame e che ha presentato domanda in un altro Stato membro oppure si trova nel territorio di un altro Stato membro senza un titolo di soggiorno), c) (ossia un cittadino di un paese terzo o un apolide che ha ritirato la sua domanda in corso d'esame e che ha presentato una domanda in un altro Stato membro o che si trova nel territorio di un altro Stato membro senza un titolo di soggiorno), o d) (ossia un cittadino di un paese terzo o un apolide del quale è stata respinta la domanda e che ha presentato domanda in un altro Stato

iii) La descrizione delle condotte

Come ricordato dalla Corte di giustizia nella sentenza *N.S. e a.*⁸³, le regole che sono poste alla base del funzionamento del sistema Dublino si pongono «l'obiettivo principale di accelerare il trattamento delle domande nell'interesse tanto dei richiedenti asilo quanto degli Stati partecipanti» e, in questo senso, hanno cercato «di razionalizzare il trattamento delle domande di asilo e di evitare la saturazione del sistema con l'obbligo, per le autorità nazionali, di trattare domande multiple introdotte da uno stesso richiedente, di accrescere la certezza del diritto quanto alla determinazione dello Stato competente a trattare la domanda di asilo e, così facendo, di evitare il forum shopping». Dunque, lo spostamento attraverso diversi Stati membri e la conseguente presentazione di plurime o successive domande di asilo costituiscono condotte che contraddicono la *ratio* di «certezza del diritto» che soggiace al principio dell'unicità e dell'immodificabilità della competenza a trattare le domande di asilo: seppur non vietati puntualmente da una specifica norma di legge, questi comportamenti vengono qualificati come “abusivi”, proprio in quanto elusive di questa logica, frutto di una precisa scelta politica del legislatore dell'Unione. In particolare, sembra non essere neppure rilevante la ragione che soggiace a tali spostamenti: il semplice fatto che non vengano rispettati i criteri determinativi della competenza fissati dal regolamento Dublino implica la messa in atto dei meccanismi antielusivi sopra esaminati.

Tendenzialmente, comunque, i movimenti secondari e le connesse domande multiple possono trovare una giustificazione nel “dislivello normativo” attualmente esistente tra i sistemi di asilo dei diversi Stati membri. Occorre infatti considerare che, soprattutto dopo la cosiddetta “crisi dei rifugiati” del 2015 e 2016, in un sistema comune di asilo – come quello europeo – fondato sui principi di reciproca fiducia e solidarietà, la propensione dei governi nazionali a difendere i propri interessi ha ispirato un atteggiamento riluttante a trovare soluzioni che richiedessero una più intensa cooperazione e condivisione delle responsabilità. Ciò ha prodotto, come risultato, una grande differenziazione a livello nazionale in termini di condizioni di accoglienza (in particolare, con riferimento alla

membro oppure si trova nel territorio di un altro Stato membro senza un titolo di soggiorno), abbia presentato una nuova domanda di protezione internazionale che ritenga che un altro Stato membro sia competente ai sensi dell'articolo 20, paragrafo 5, e dell'articolo 18, paragrafo 1, lettere b), c) o d).

⁸³ Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 21 dicembre 2011, causa C-411/10 e C-493/10, *N.S. e a.*, punto 79.

durata dei permessi di soggiorno e all'accesso all'assistenza sociale), *status*, procedure, accesso alle misure di integrazione, al diritto al ricongiungimento familiare e ai diritti sociali⁸⁴. Come evidenziato dalla Commissione⁸⁵, ciò è stato possibile, in parte, in ragione del fatto che alcune disposizioni, soprattutto contenute nella direttiva procedure e nella direttiva accoglienza, hanno natura facoltativa e, quindi, non hanno ricevuto tutte la medesima realizzazione. In parte, poi, quanto al riconoscimento degli *status* previsti dalla direttiva qualifiche, è stato riscontrato che, nella pratica, il tasso di riconoscimento varia, talvolta in misura notevole, tra gli Stati membri, senza che via sia un'adeguata convergenza per quanto riguarda la decisione di accordare lo *status* di rifugiato o di protezione sussidiaria ai richiedenti provenienti da un determinato paese di origine.

In definitiva, i fenomeni in esame potrebbero essere spiegati secondo un duplice punto di vista: o come scelte di mera convenienza, attraverso le quali i richiedenti asilo fanno in modo di rendere applicabile alla loro situazione giuridica personale il regime legale ritenuto maggiormente favorevole⁸⁶; ovvero come «tecniche di resilienza»⁸⁷, volte a salvaguardare esigenze essenziali, nonché aspirazioni sociali ed affettive di cittadini di paesi terzi, giunti nell'Unione europea in cerca di protezione. In questa seconda prospettiva, l'Alto Commissariato per i rifugiati ha ricordato che tra i vari fattori che possono giustificare gli spostamenti dei richiedenti asilo possono rientrare: i limiti esistenti alle possibilità di accesso alle procedure di riconoscimento del diritto d'asilo, il mancato soddisfacimento di standard di protezione adeguati, che implicano il rischio di esposizione al respingimento, il desiderio di ricongiungersi a famiglie e comunità

⁸⁴ Si veda in questi termini anche COM(2016) 197 def., cit., p. 5: «Il sistema europeo comune di asilo è caratterizzato anche da differenze nel trattamento dei richiedenti asilo da uno Stato membro all'altro, in particolare per quanto riguarda la durata delle procedure di asilo o le condizioni di accoglienza, situazione che a sua volta incoraggia i movimenti secondari».

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ La valutazione circa le caratteristiche “maggiormente favorevoli” di un determinato ordinamento possono riguardare non solamente profili giuridici strettamente connessi alle procedure di riconoscimento della protezione internazionale, ma, più in generale, anche aspetti legati alle politiche sociali caratterizzanti i singoli Stati membri, che potrebbero consentire una più agevole integrazione socio-lavorativa degli stranieri, ovvero un più ampio accesso ad attività pubbliche assistenziali.

⁸⁷ Espressione utilizzata da M. CASTIGLIONE, *L'interesse superiore del minore al ricongiungimento familiare tra sovranità statale e Regolamento Dublino III*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, Fasc. 1/2020, p. 130.

allargate, la mancanza di accesso ai canali migratori regolari⁸⁸ e il desiderio di trovare opportunità per un futuro migliore⁸⁹.

Tutto ciò considerato e volendo leggere i movimenti secondari e le domande multiple attraverso le categorie di condotte abusive prese in esame nel primo capitolo, sembra possibile interpretare tali comportamenti come forme di *abusive rule appropriation*: i richiedenti asilo si spostano sul territorio dell'Unione, al solo fine di presentare la domanda di protezione internazionale nello Stato membro dal quale abbiano interesse a veder esaminata la propria istanza, o per poter beneficiare delle peculiarità di un determinato ordinamento giuridico, ovvero per poter far fronte a personali esigenze di natura sociale o affettiva.

3.1.2. Le procedure accelerate o di frontiera

i) Il regime giuridico

Tra gli istituti di natura procedurale che implicitamente presuppongono un riferimento al concetto di abuso, una disposizione che merita una particolare attenzione è l'articolo 31, par. 8 della direttiva procedure, il quale implica l'applicazione di una procedura accelerata o svolta alla frontiera o in zone di transito nei casi tassativi, elencati dalla norma stessa⁹⁰, salva l'applicazione delle garanzie di cui al capo II della medesima direttiva. Si tratta di una serie di ipotesi che, come si avrà modo di evidenziare,

⁸⁸ Per una riflessione circa le caratteristiche dei canali di ingresso legale di cui possono avvalersi le persone bisognose di protezione internazionale, si veda S. MARINAI, *L'Unione europea e i canali di accesso legale per i soggetti bisognosi di protezione internazionale*, in *Diritto Pubblico*, 2020, p. 57 e ss.

⁸⁹ Cfr. United Nation High Commissioner for Refugees (UNHCR), *Onward Movement Of Asylum-Seekers And Refugees: Discussion paper prepared for the Expert Roundtable on Onward Movement Graduate Institute of International and Development Studies*, Geneva, 1-2 October 2015. Si veda anche lo studio condotto da J. BREKKE, G. BROCHMANN, *Stuck in Transit: Secondary Migration of Asylum Seekers in Europe, National Differences, and the Dublin Regulation*, in *Journal of Refugee Studies*, 2015, p. 145 e ss.; J. SCHAPENDONK, *Navigating the Migration Industry: Migrants Moving through an African-European Web of Facilitation/Control*, in *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 2018, p. 663 e ss.

⁹⁰ Si tratta di una disposizione esattamente specularmente alla norma contenuta nell'articolo 31, par. 7 della direttiva procedure, che contempla la facoltà per gli Stati membri di esaminare in via prioritaria almeno le domande che siano verosimilmente fondate o che siano proposte da un richiedente asilo «vulnerabile ai sensi dell'articolo 22 della direttiva 2013/33/UE, o [che] necessiti di garanzie procedurali particolari, specialmente se si tratta di un minore non accompagnato» (salva la possibilità di prevedere anche ulteriori ipotesi). Per un commento, si veda J. VEDSTED-HANSES, *Asylum Procedure Directive 2013/32/EU, Article 33 MN 2*, in D. THYM, K. HAILBRONNER (eds.), *op. cit.*, pp. 1499-1500.

analizzandole una a una, e come si è avuto modo di far emergere dall'esame della posizione della Commissione esplicitata nelle proposte di riforma della direttiva procedure, si basano su una presunzione di "abusività" della condotta del soggetto⁹¹. Tale natura è altresì desumibile dal fatto che la casistica ricompresa nell'articolo 31, par. 8 ricalca e amplia le ipotesi di «manifestly unfounded or abusive applications», individuate dal Comitato esecutivo dell'UNHCR⁹².

È l'articolo 43 a disciplinare le procedure alla frontiera o nelle zone di transito, che possono essere utilizzate per decidere sull'ammissibilità di una domanda, ai sensi dell'articolo 33, ivi presentata; e/o, appunto sul merito di una domanda nell'ambito di una procedura a norma dell'articolo 31, paragrafo 8 (paragrafo 1)⁹³. Si tratta di procedure che possono durare al massimo quattro settimane, termine oltre il quale il richiedente è ammesso nel territorio dello Stato membro, affinché la sua domanda sia esaminata conformemente alle altre disposizioni della presente direttiva (paragrafo 2)⁹⁴. In sostanza, dunque, gli Stati membri sono autorizzati ad imporre ai richiedenti protezione internazionale di soggiornare, per una durata massima di quattro settimane, alla loro frontiera o in una delle loro zone di transito al fine di verificare, prima di pronunciarsi sul loro diritto di ingresso nel loro territorio, se la loro domanda sia inammissibile, ai sensi dell'articolo 33 della direttiva 2013/32/UE, oppure se essa debba essere dichiarata infondata in conformità all'articolo 31, paragrafo 8, di tale direttiva.

⁹¹ Si veda anche il considerando n. 20 della direttiva procedure: «In circostanze ben definite per le quali una domanda potrebbe essere infondata o vi sono gravi preoccupazioni di sicurezza nazionale o di ordine pubblico, gli Stati membri dovrebbero poter accelerare la procedura di esame, introducendo in particolare termini più brevi, ma ragionevoli, in talune fasi procedurali, fatto salvo lo svolgimento di un esame adeguato e completo e un accesso effettivo del richiedente ai principi fondamentali e alle garanzie previsti dalla presente direttiva».

⁹² Cfr. Executive Committee of the High Commissioner's Programme, *The Problem of Manifestly Unfounded or Abusive Applications for Refugee Status or Asylum*, cit.

⁹³ Come è stato chiarito in dottrina, dal tenore letterale della norma in esame si evince che le decisioni sull'inammissibilità possono essere adottate esclusivamente con riferimento a domande di protezione internazionale che siano state presentate alla frontiera o in una zona di transito (l'articolo 43 parla di domande «ivi presentate»). Al contrario, gli Stati membri potrebbero decidere di applicare le procedure di cui all'articolo 43 tutte le volte in cui ricorra una delle condizioni di cui all'articolo 31, par. 8, a prescindere dal luogo in cui sia stata presentata l'istanza di asilo. Cfr. J. VEDSTED-HANSES, *Asylum Procedure Directive 2013/32/EU, Article 43 MN 2*, in D. THYM, K. HAILBRONNER (eds.), *op. cit.*, p. 1526.

⁹⁴ Si veda anche Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 14 maggio 2020, cause riunite C-924/19 PPU e C-925/19 PPU, *FMS, FNZ, SA, SA junior*, punto 235.

Infine, il paragrafo 3 dell'articolo 43 consente agli Stati membri, in una situazione di afflusso massiccio di richiedenti protezione internazionale, di continuare ad applicare le procedure accelerate e/o di frontiera anche se il termine di quattro settimane è scaduto⁹⁵ (sempre che i richiedenti protezione internazionale siano accolti, alla scadenza di suddetto termine, nelle immediate vicinanze della frontiera o della zona di transito⁹⁶).

Occorre considerare che l'applicazione di suddette procedure può frequentemente legittimare, altresì, la predisposizione di misure di trattenimento ai sensi dell'articolo 8, par. 3, lett. c) della direttiva sulle misure di accoglienza⁹⁷. Infatti, come precisato dal considerando n. 38 della direttiva 2013/32/UE, le procedure di frontiera sono destinate a consentire agli Stati membri di decidere in merito alle domande di protezione internazionale che sono presentate alla frontiera o nelle zone di transito di uno Stato membro prima che sia presa una decisione sull'ammissione dei richiedenti nel suo territorio⁹⁸. Tale trattenimento, in ogni caso, dovrà essere sottoposto alla disciplina di cui all'articolo 43 e, pertanto, non eccedere le quattro settimane.

Peraltro, l'operatività di siffatte procedure va ad inficiare alcuni diritti procedurali riconosciuti ai richiedenti asilo. Si pensi all'articolo 41, che istituisce una deroga al diritto dei richiedenti di rimanere sul territorio di uno Stato membro durante l'esame della domanda di asilo, qualora la domanda stessa debba qualificarsi come «reiterata» (v. nel

⁹⁵ In sostanza, come nota J. VEDSTED-HANSES, *Asylum Procedure Directive 2013/32/EU, Article 43 MN 3*, in D. THYM, K. HAILBRONNER (eds.), *op. cit.*, p. 1526, «this provision may seem to allow for extending 'border procedures' both geographically and temporally ('where and for as long as these third-country nationals or stateless persons are accommodated normally at locations in proximity to the border or transit zone')».

⁹⁶ Cfr. Corte di giustizia, *FMS, FNZ, SA, SA junior*, cit., par. 245-246: «esigendo che tali richiedenti siano accolti in condizioni normali, l'articolo 43, paragrafo 3, della direttiva 2013/32 ha necessariamente escluso che essi possano rimanere in stato di trattenimento. (...) Ne consegue che l'articolo 43, paragrafo 3, della direttiva 2013/32 non legittima uno Stato membro a trattenere i richiedenti protezione internazionale alle sue frontiere o in una delle sue zone di transito al di là del termine di quattro settimane (...), anche qualora un afflusso massiccio di richiedenti protezione internazionale renda impossibile l'applicazione delle procedure previste all'articolo 43, paragrafo 1, di tale direttiva entro un siffatto termine».

⁹⁷ La norma recita: «Un richiedente può essere trattenuto soltanto: (...) c) per decidere, nel contesto di un procedimento, sul diritto del richiedente di entrare nel territorio». Del resto, l'articolo 10, par. 5, e l'articolo 11, par. 6, della direttiva 2013/33/UE fanno espressamente riferimento alle modalità di trattenimento di un richiedente protezione internazionale ad un posto di frontiera o in una zona di transito nell'ambito dell'applicazione delle procedure specifiche di cui all'articolo 43 della direttiva 2013/32.

⁹⁸ Cfr. Corte di giustizia, *FMS, FNZ, SA, SA junior*, cit., par. 236: «l'articolo 43 della direttiva 2013/32 autorizza gli Stati membri a «trattenere», ai sensi dell'articolo 2, lettera h), della direttiva 2013/33, i richiedenti protezione internazionale che si presentano alle loro frontiere, alle condizioni enunciate da tale articolo 43 e al fine di garantire l'effettività delle procedure da esso previste».

dettaglio *infra*); o all'articolo 46, par. 6, relativo ai casi in cui è possibile derogare alla disposizione che implica di autorizzare automaticamente i richiedenti a rimanere nel loro territorio fino alla scadenza del termine entro il quale possono esercitare il loro diritto a un ricorso effettivo oppure, se tale diritto è stato esercitato entro il termine previsto, in attesa dell'esito del ricorso.

ii) La descrizione delle condotte

Venendo ai casi specifici elencati dal paragrafo 8 dell'articolo 31 sopra menzionato, occorre fare riferimento alle seguenti fattispecie.

Innanzitutto, la lettera a) prende in considerazione il caso in cui, nel presentare domanda ed esporre i fatti, il richiedente ha sollevato soltanto questioni che non hanno alcuna pertinenza per esaminare se attribuirgli la qualifica di beneficiario di protezione internazionale a norma della direttiva 2011/95/UE. In sostanza, contrariamente a quanto previsto dall'articolo 4 della direttiva qualifiche – che impone un onere di cooperazione con le autorità competenti in capo al richiedente ai fini dell'istruzione della domanda di asilo⁹⁹ –, il soggetto istante non produce elementi utili a fondare la domanda di asilo e questo implica la possibilità per lo Stato membro di applicare le procedure di cui all'articolo 31, par. 8 (con le conseguenze in punto di privazione di garanzie procedurali di cui si è dato conto). In questo caso, dunque, il richiedente asilo realizza una condotta che non assurge nemmeno ad essere qualificata come abusiva, dal momento che non predispone neppure i requisiti minimi per poter essere riconosciuto come legittimamente beneficiario di una delle due forme di protezione.

In secondo luogo, è motivo di operatività di procedure siffatte la circostanza per cui il richiedente proviene da un paese di origine sicuro, così qualificato ai sensi dell'articolo 36 della direttiva 2013/32/UE. Come si approfondirà di seguito, la scelta del legislatore europeo di qualificare uno Stato come «sicuro» – nelle sue diverse declinazioni di Stato di origine, di primo asilo o di transito del richiedente protezione¹⁰⁰ – implica l'adozione

⁹⁹ La norma richiamata stabilisce, al paragrafo 1, che gli Stati membri possono stabilire che il richiedente asilo sia tenuto a produrre tutti gli elementi necessari a motivare la domanda stessa, ossia a rendere dichiarazioni in merito alle ragioni alla base della sua istanza di asilo, nonché a fornire la documentazione in suo possesso utile ad istruire l'istanza (par. 1).

¹⁰⁰ Si ricorda che, nel sistema europeo comune di asilo, la presunzione di sicurezza, oltre ad avere una dimensione esterna, nei termini che verranno chiariti nei paragrafi successivi, ha anche una dimensione interna. Infatti, il regolamento Dublino si basa sull'idea che tutti gli Stati che partecipano al sistema (ossia

di uno strumento concettuale e normativo fondato sul discorso emergenziale e sullo stereotipo del migrante abusivo¹⁰¹.

Le lettere c), d), e) e g) della norma in commento contemplano poi quattro ipotesi accomunate dal fatto che, in ciascuna di esse, il comportamento di cui il richiedente asilo viene ritenuto responsabile appare definibile come “fraudolento”. Con questo termine – la cui definizione non può che essere approssimativa, data la complessità del concetto ad esso sotteso (si veda, sul punto, il capitolo I) –, si fa riferimento ad una condotta, variamente configurabile, comunque diretta alla violazione di una norma imperativa di legge, non esplicitamente nella sua formulazione letterale, ma implicitamente e indirettamente, contrastando cioè l’effettivo contenuto della norma e perseguendo un obiettivo diverso rispetto a quello sotteso alla norma stessa. Si tratta, in particolare, dei casi in cui: lettera c) il richiedente ha indotto in errore le autorità presentando informazioni o documenti falsi od omettendo informazioni pertinenti o documenti relativi alla sua identità e/o alla sua cittadinanza che avrebbero potuto influenzare la decisione negativamente; lettera d) dell’ipotesi in cui è probabile che, in mala fede, il richiedente abbia distrutto o comunque fatto sparire un documento d’identità o di viaggio che avrebbe permesso di accertarne l’identità o la cittadinanza; lettera e) il richiedente ha rilasciato dichiarazioni palesemente incoerenti e contraddittorie, palesemente false o evidentemente improbabili che contraddicono informazioni sufficientemente verificate sul paese di origine, rendendo così chiaramente non convincente la sua asserzione di avere diritto alla qualifica di beneficiario di protezione internazionale ai sensi della direttiva 2011/95/UE; lettera g): il richiedente presenta la domanda al solo scopo di ritardare o impedire

i ventisette Stati membri dell’Unione europea e i quattro Stati, Norvegia, Liechtenstein, Islanda e Svizzera) sono paesi sicuri e hanno standard di protezione equivalenti. Questa equivalenza viene posta alla base del principio di mutua fiducia che permea questo settore e che consente il mutuo riconoscimento delle decisioni tra i vari Stati. Si veda, in argomento, S. MORGADES-GIL, *The “Internal” Dimension of the Safe Country Concept: the Interpretation of the Safe Third Country Concept in the Dublin System by International and Internal Courts*, in *European journal of migration and law*, 2020, p. 82 e ss.

¹⁰¹ Così, espressamente, C. PITEA, *La nozione di “Paese di origine sicuro” e il suo impatto per le garanzie dei richiedenti protezione internazionale in Italia*, in *Rivista di diritto internazionale*, Fasc. n. 3/2019, p. 628. L’A. argomenta, chiarendo che «[i]l diritto europeo in materia di asilo si è progressivamente plasmato attorno alla retorica emergenziale dell’invasione e allo stereotipo del migrante quale soggetto che, perseguendo razionalmente la massimizzazione delle possibilità di riuscita del proprio progetto migratorio, avrebbe una naturale predisposizione ad abusare del diritto di chiedere protezione internazionale, spostando l’attenzione dell’ordinamento dalle esigenze di tutela dell’individuo a quelle di difesa da tali abusi» (p. 627).

l'esecuzione di una decisione anteriore o imminente che ne comporterebbe l'allontanamento.

In queste ipotesi, ci si trova di fronte a delle fattispecie di frode in senso proprio, rispetto alle quali è indiscutibile che la persona che ha posto in essere l'operazione non possa beneficiare del diritto riconosciuto dalla normativa UE. Per questa ragione, gli Stati membri sono legittimati ad escludere dal beneficio delle garanzie procedurali i responsabili delle suddette condotte.

Un caso di violazione esplicita di legge – integrante, a sua volta, un'ipotesi di frode – , si rinviene alla lettera h), relativa alla situazione in cui il richiedente è entrato illegalmente nel territorio dello Stato membro o vi ha prolungato illegalmente il soggiorno e, senza un valido motivo, non si è presentato alle autorità o non ha presentato la domanda di protezione internazionale quanto prima possibile rispetto alle circostanze del suo ingresso. Per comprendere tale disposizione, occorre considerare che, come previsto dall'articolo 13 della direttiva 2013/32/UE, nell'ambito della procedura di esame delle domande di protezione internazionale, vengono previsti alcuni obblighi in capo ai richiedenti asilo, i quali sono espressamente diretti a consentire alle autorità competenti di accertare l'identità dell'interessato, nonché valutare gli altri elementi di cui all'articolo 4, par. 2, della direttiva 2011/95/UE (ossia le dichiarazioni del richiedente e tutta la documentazione in possesso del richiedente in merito alla sua età, estrazione, anche, ove occorra, dei congiunti, identità, cittadinanza/e, paese/i e luogo/luoghi in cui ha soggiornato in precedenza, domande d'asilo pregresse, itinerari di viaggio, documenti di viaggio, nonché i motivi della sua domanda di protezione internazionale). Tra gli obblighi elencati dalla disposizione, a titolo esemplificativo (essendo comunque lasciata aperta agli Stati membri la possibilità di individuarne altri che siano necessari ai fini del trattamento della domanda)¹⁰², rientra, per quanto di interesse, proprio il dovere di riferire alle autorità competenti o di comparire personalmente dinanzi alle stesse. Inoltre, a norma dell'articolo 4 della direttiva 2011/95/UE – già richiamato, e relativo al dovere del

¹⁰² Gli altri obblighi menzionati dalla norma sono: consegnare i documenti in loro possesso pertinenti ai fini dell'esame della domanda; informare le autorità competenti del loro luogo di residenza o domicilio del momento e di qualsiasi cambiamento dello stesso, non appena possibile; sottoporsi ad eventuali perquisizioni (effettuate da una persona dello stesso sesso, nel pieno rispetto dei principi di dignità umana e di integrità fisica e psicologica); essere sottoposti ad eventuali fotografie o registrazioni delle dichiarazioni orali (salva previa informazione).

richiedente di produrre tutti gli elementi necessari a motivare la domanda stessa, ossia a rendere dichiarazioni in merito alle ragioni alla base della sua istanza di asilo, nonché a fornire la documentazione in suo possesso utile ad istruire l'istanza –, gli Stati membri hanno la facoltà di introdurre anche un limite temporale al corretto espletamento di tale onere, ammettendo la possibilità di richiedere al soggetto istante di produrre «quanto prima» gli elementi rilevanti¹⁰³.

Lo stesso vale per l'ipotesi di cui alla lettera i), ossia quando il richiedente rifiuta di adempiere all'obbligo del rilievo dattiloscopico a norma del regolamento (UE) n. 603/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, che istituisce «Eurodac» per il confronto delle impronte digitali per l'efficace applicazione del regolamento (UE) n. 604/2013 che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide e sulle richieste di confronto con i dati Eurodac presentate dalle autorità di contrasto degli Stati membri e da Europol a fini di contrasto.

¹⁰³ Tale espressione può essere intesa in un duplice senso: a) quando il richiedente è informato, in una lingua che comprende, del suo obbligo a motivare la domanda (a norma dell'articolo 12, par. 1, lett. a) della direttiva procedure); b) in via subordinata, quando l'autorità giudicante lo informa che un determinato elemento è rilevante ed egli lo presenta appena ne è informato. Sull'interpretazione del limite temporale che gli Stati membri possono imporre ai richiedenti asilo per presentare la domanda di asilo, ai sensi dell'articolo 4, par. 1 della direttiva 2011/95/UE, si veda Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 2 dicembre 2014, cause riunite C-148/13, C-149/13 e C-150/13, *A, B e C*. Nel caso di specie, un richiedente protezione internazionale, dopo aver visto respingersi la propria domanda di asilo, aveva reiterato l'istanza, adducendo a fondamento della stessa, il timore di essere perseguitato in ragione del proprio orientamento sessuale (timore, questo, non emerso nel corso del primo procedimento). L'autorità accertante aveva dunque respinto la seconda domanda di asilo, non ritenendo credibili le dichiarazioni del richiedente, anche tenendo conto del fatto che egli non aveva reso esplicito il suo orientamento sessuale in occasione del primo procedimento. La Corte di giustizia, tuttavia, ha stabilito che l'obbligo imposto ai richiedenti asilo di presentare gli elementi necessari all'istruzione della causa “quanto prima” deve essere bilanciato dal dovere imposto all'autorità accertante di condurre il colloquio tenendo conto della situazione personale o generale in cui si inserisce la domanda stessa, oltre che delle vulnerabilità del richiedente. Nel caso di specie, ritenere il richiedente non credibile per il solo fatto di non aver rivelato nel corso del primo esame il suo orientamento sessuale è stata ritenuta una violazione del dovere di cooperazione dell'autorità competente all'esame delle domande di asilo, imposto dalle disposizioni europee. In conclusione, dunque, i giudici di Lussemburgo hanno affermato che non è possibile «concludere che quest'ultimo manchi di credibilità per il solo fatto che, a causa della sua reticenza a rivelare aspetti intimi della propria vita, egli non abbia dichiarato immediatamente la propria omosessualità» (punti 70-71). In generale, per un'analisi dottrinale della disposizione, si veda H. DÖRIG, *Asylum Qualification Directive 2011/95/UE, Article 4 MN 10*, in D. THYM, K. HAILBRONNER (eds.), *op. cit.*, p. 1252, e dottrina ivi citata.

Diversa la *ratio* sottostante all'ipotesi di cui alla lettera f), relativa al caso in cui venga presentata una domanda reiterata di protezione internazionale, da considerarsi inammissibile ai sensi dell'articolo 40, paragrafo 5¹⁰⁴. Come già emerso nell'analisi condotta nel paragrafo precedente, le domande multiple o reiterate vengono esplicitamente considerate un comportamento abusivo, che deve essere prevenuto e scoraggiato attraverso gli strumenti giuridici del CEAS (per un approfondimento sul tema, v. *infra*).

Infine, il caso di cui alla lettera j) riguarda il richiedente che, per gravi ragioni, venga considerato un pericolo per la sicurezza nazionale o l'ordine pubblico dello Stato membro, ovvero colui che sia stato espulso con efficacia esecutiva per gravi motivi di sicurezza o di ordine pubblico a norma del diritto nazionale.

Orbene, volendo trarre alcune conclusioni dall'esame delle plurime condotte ricomprese nell'ambito di operatività dell'articolo 31, par. 8 della direttiva procedure, è possibile inquadrare nella categoria delle "condotte abusive", come intese ai fini della presente analisi, solamente due fattispecie: quella prevista dalla lettera b) della norma, ossia il caso in cui il richiedente provenga da un «paese di origine sicuro», e quella regolata dalla lettera f), relativa all'ipotesi del richiedente che abbia presentato una domanda reiterata. Solamente rispetto a questi due comportamenti – i quali, peraltro, rilevano anche sotto altri aspetti a livello di disciplina – sarà possibile ragionare in termini di "abusività", utilizzando le categorie classificatorie elaborate nell'ambito del capitolo I (v. *infra*).

Diversamente, le altre condotte prese in considerazione dalla norma, che costituiscono delle violazioni implicite od esplicite di legge, risultano inquadrabili nell'ambito della categoria giuridica della frode, che, per i motivi sopra esposti, non richiede un approfondimento in termini di analisi giuridica, dal momento che comprensibilmente consente il mancato riconoscimento di un diritto.

¹⁰⁴ La disposizione prevede che, se una domanda reiterata non è sottoposta a ulteriore esame (ossia, a seguito di esame preliminare, non emergono o non stati adottati dal richiedente elementi o risultanze nuovi che aumentano in modo significativo la probabilità che al richiedente possa essere attribuita la qualifica di beneficiario di protezione internazionale a norma della direttiva 2011/95/UE), essa è considerata inammissibile ai sensi dell'articolo 33, paragrafo 2, lettera d).

3.1.3. Le domande inammissibili

i) Il regime giuridico

Un altro istituto che si intende prendere in considerazione risulta espressamente regolato all'articolo 33 della direttiva 2013/32/UE e configura una specifica ipotesi di deroga all'obbligo previsto in capo allo Stato membro competente ai sensi del regolamento Dublino III di esaminare la domanda di asilo. Si tratta dei casi in cui la domanda di protezione internazionale può essere considerata inammissibile, ossia alla ricorrenza delle ipotesi tassativamente previste dalla norma¹⁰⁵. In particolare, quando: a) un altro Stato membro ha concesso la protezione internazionale; b) un paese che non è uno Stato membro è considerato paese di primo asilo del richiedente a norma dell'articolo 35; c) un paese che non è uno Stato membro è considerato paese terzo sicuro per il richiedente a norma dell'articolo 38; d) la domanda è una domanda reiterata, qualora non siano emersi o non siano stati presentati dal richiedente elementi o risultanze nuovi ai fini dell'esame volto ad accertare se al richiedente possa essere attribuita la qualifica di beneficiario di protezione internazionale ai sensi della direttiva 2011/95/UE; o e) una persona a carico del richiedente presenta una domanda, dopo aver acconsentito, a norma dell'articolo 7, paragrafo 2, a che il suo caso faccia parte di una domanda presentata a suo nome e non vi siano elementi relativi alla situazione della persona a carico che giustificano una domanda separata¹⁰⁶.

L'inammissibilità di una domanda di asilo presuppone che la stessa venga rigettata in rito, senza che debba essere effettuato un esame della stessa nel merito (come invece richiesto nella generalità dei casi). Ciò implica la possibilità di procedere al rimpatrio del

¹⁰⁵ Sulla tassatività della casistica ricompresa nella disposizione in commento, si veda J. VEDSTED-HANSES, *Asylum Procedure Directive 2013/32/EU, Article 33 MN 2*, in D. THYM, K. HAILBRONNER (eds.), *op. cit.*, p. 1502.

¹⁰⁶ Si segnala che la precedente versione della direttiva qualifiche faceva riferimento all'“irricevibilità” delle domande di asilo e non al concetto di “inammissibilità” e contemplava due ulteriori ipotesi che legittimavano lo Stato membro è legittimato a non esaminare una domanda di protezione internazionale. Si tratta dei casi in cui: ex lett. d) il richiedente è autorizzato a rimanere nello Stato membro interessato per un altro motivo ed in conseguenza di ciò gli è stato concesso uno status equivalente ai diritti e ai benefici dello status di rifugiato a norma della direttiva 2004/83/CE; ex lett. e) il richiedente è autorizzato a rimanere nel territorio dello Stato membro interessato per altri motivi che lo proteggono dal “refoulement” in attesa dell'esito di una procedura relativa alla determinazione del suo status a norma della lettera d). Cfr. Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio recante norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca della protezione internazionale (rifusione), *cit.*

soggetto interessato, prescindendo dall'esame della sua domanda di asilo e ciò, in ragione della peculiare situazione in cui lo stesso si trova. In ogni caso, prima che l'autorità accertante possa addivenire ad una decisione sull'ammissibilità di una domanda di protezione internazionale, al richiedente asilo è data la facoltà, durante un colloquio personale, di potersi esprimere in merito all'applicazione dei motivi di inammissibilità noti alle autorità¹⁰⁷. Inoltre, viene comunque garantito il diritto del richiedente a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, ai sensi dell'articolo 46, par. 1, lett. a)¹⁰⁸, senza però che sia necessariamente imposto agli Stati membri di autorizzare automaticamente la permanenza del richiedente nel territorio dello Stato membro in attesa dell'esito del ricorso (essendo competenza del giudice nazionale competente adottare una simile decisione d'ufficio, o accogliendo la specifica istanza del richiedente)¹⁰⁹.

ii) La descrizione delle condotte

Le ipotesi tassative di inammissibilità delle domande di asilo, elencate nella disposizione differiscono quanto alla loro natura, ma rappresentano condotte che, in qualche modo, possono essere rilette alla luce del concetto di "abusività" elaborato nel presente lavoro.

Si prenda in considerazione, innanzitutto, la fattispecie prevista dalla lettera a): un altro Stato membro ha concesso la protezione internazionale. In questo caso, si è di fronte alla situazione in cui un richiedente asilo abbia proposto domanda di protezione internazionale ed ottenuto il riconoscimento di uno dei due *status* previsti dalla direttiva

¹⁰⁷ Viene comunque fatto salvo il caso in cui sia presentata una domanda qualificata come reiterata ai sensi dell'articolo 42 della direttiva 2013/32/UE).

¹⁰⁸ Peraltro, il paragrafo 2 della disposizione citata impone agli Stati membri di provvedere affinché le persone che l'autorità accertante reputa ammissibili alla protezione sussidiaria abbiano diritto a un ricorso effettivo ai sensi del paragrafo 1 avverso una decisione di ritenere inammissibile una domanda in relazione allo status di rifugiato. Tuttavia, «qualora lo status di protezione sussidiaria concessa da uno Stato membro offra gli stessi diritti e gli stessi vantaggi che il diritto dell'Unione e quello nazionale riconoscono allo status di rifugiato, detto Stato membro può ritenere inammissibile un'impugnazione di una decisione di ritenere inammissibile una domanda in relazione allo status di rifugiato a motivo di un insufficiente interesse del richiedente alla continuazione del procedimento». Sull'interpretazione di quest'ultimo periodo, si veda Corte di giustizia, sentenza del 18 ottobre 2018, causa C-662/17, *E.G.*, punto 50: «tale esclusione del diritto a un ricorso effettivo deve essere interpretata nel senso che essa può essere applicata qualora sussista un'effettiva identità tra i diritti e i vantaggi offerti dallo status conferito dalla protezione sussidiaria, concessa dallo Stato membro di cui trattasi, e quelli riconosciuti dal diritto dell'Unione e dal diritto nazionale applicabile allo status di rifugiato».

¹⁰⁹ Cfr. Articolo 46, par. 6 della direttiva procedure. Si precida che la lettera d) della norma citata fa riferimento solamente ai casi di inammissibilità di cui alle lettere a), b) e d) dell'articolo 33, par. 2.

qualifiche, ma si sia poi allontanato dallo Stato membro responsabile del procedimento di esame della sua istanza, per proporre una nuova in un diverso Stato membro. Come è stato notato dalla dottrina, si tratta di un'ipotesi che può essere considerata una norma integrativa del regolamento Dublino III, nella misura in cui essa implica che un altro Stato membro che ha concesso la protezione internazionale a un cittadino di un paese terzo o a un apolide, non è più tenuto a riprenderlo in carico, dal momento che non può più essere considerato «richiedente» ai sensi dell'articolo 2, lett. c) del regolamento Dublino¹¹⁰. In sostanza, il legislatore dell'Unione ha considerato che, a fronte di una domanda di asilo successiva ad un previo riconoscimento della protezione internazionale da parte di un diverso Stato membro, il secondo Stato membro potesse adottare direttamente una decisione di inammissibilità, ai sensi dell'articolo 33 della summenzionata direttiva, anziché una decisione di trasferimento e di non esame, ai sensi dell'articolo 26 del regolamento Dublino¹¹¹.

Le successive ipotesi contemplate dalla norma afferiscono ai concetti di «paese di primo asilo» e «paese terzo sicuro», i quali, come si avrà modo di approfondire oltre (v. *infra*) rappresentano espedienti procedurali che hanno lo scopo di consentire il rimpatrio dei richiedenti in un paese terzo che ha già riconosciuto una forma di asilo al soggetto interessato o dovrebbe essere responsabile dell'esame della relativa domanda. Ancora una volta, dunque, è possibile prospettare una fattispecie in cui un soggetto, già beneficiario di una forma di asilo in un determinato Paese o proveniente da uno Stato terzo all'interno del quale viene a lui riconosciuto il diritto di presentare una domanda di asilo, avanzi comunque una nuova istanza di asilo, ritenuta, dunque, non meritevole di essere esaminata nel merito.

Da ultimo, le lettere d) ed e) della norma in esame presuppongono che non vi sia necessità di un esame nel merito dell'istanza, da un lato, perché, trattandosi di istanza qualificabile come «domanda reiterata», un siffatto esame è già stato effettuato, e,

¹¹⁰ Cfr. C. HRUSCHKA, F. MAIANI, *Dublin III Regulation (EU) No 604/2013, Article 2 MN 3*, in D. THYM, K. HAILBRONNER (eds.), *op. cit.*, pp. 1646-1647.

¹¹¹ Ciò comporta un certo numero di conseguenze, in particolare sui mezzi di ricorso esperibili avverso la decisione di rigetto. Si veda, in questo senso, Corte di giustizia, ordinanza del 5 aprile 2017, causa C-36/17, *Ahmed*, punto 39. In particolare, occorre considerare che la decisione di inammissibilità della domanda di protezione internazionale ai sensi dell'articolo 33, par. 2, lett. a) della direttiva procedura legittima l'interessato a proporre un ricorso ai sensi dell'articolo 46, par. 3 della medesima direttiva, con un esame completo ed ex nunc di tutti gli elementi di fatto e di diritto.

dall'altro, con riferimento all'ipotesi di domanda presentata anche per una persona a carico, non vi sono motivi che giustifichino un'ulteriore domanda separata da parte di quest'ultimo¹¹².

3.1.4. La qualificazione di uno Stato come «sicuro»

i) I concetti di «paese di primo asilo» e «paese terzo sicuro»

Gli articoli 35 e 38 della direttiva procedure definiscono rispettivamente i concetti di «paese di primo asilo» e «paese terzo sicuro», i quali sono posti alla base dell'ipotesi di inammissibilità contemplata dall'articolo 33, par. 2, lett. b)¹¹³.

La differenza tra le due nozioni emerge immediatamente dal tenore letterale delle norme: infatti, se un paese, per essere considerato «paese di primo asilo» di un particolare richiedente, deve aver già riconosciuto a quest'ultimo lo *status* di rifugiato¹¹⁴ o altra

¹¹² Come precisato da Corte di giustizia, sentenza del 4 ottobre 2018, causa C-652/16, *Ahmedbekova*, punto 81, «il motivo di inammissibilità enunciato all'articolo 33, paragrafo 2, lettera e), della direttiva 2013/32 non riguarda una situazione (...) nella quale un adulto presenta, per sé e per suo figlio minore, una domanda di protezione internazionale fondata, in particolare, sull'esistenza di un legame familiare con un'altra persona, che ha separatamente presentato una domanda di protezione internazionale».

¹¹³ Cfr. anche considerando n. 43: «Gli Stati membri dovrebbero esaminare tutte le domande nel merito, valutare cioè se al richiedente di cui trattasi è attribuibile la qualifica di beneficiario di protezione internazionale a norma della direttiva 2011/95/UE, salvo se altrimenti previsto dalla presente direttiva, in particolare se si può ragionevolmente presumere che un altro paese proceda all'esame o fornisca sufficiente protezione. In particolare, gli Stati membri non dovrebbero essere tenuti a valutare il merito della domanda di protezione internazionale se il paese di primo asilo ha concesso al richiedente lo status di rifugiato o ha altrimenti concesso sufficiente protezione e il richiedente sarà riammesso in detto paese». In questi casi, come previsto dal paragrafo 3 dell'articolo 38, gli Stati membri informano il richiedente e gli forniscono un documento con il quale informano le autorità del paese terzo, nella lingua di quest'ultimo, che la domanda non è stata esaminata nel merito.

¹¹⁴ Sono esclusi dall'ambito di operatività di tale disposizione coloro che sono registrati presso l'Agenzia delle Nazioni Unite per il soccorso e l'occupazione (UNRWA), poiché non beneficiano formalmente dello status di rifugiato nel loro ex-Paese ospitante. Tuttavia, una persona registrata presso l'UNRWA, se beneficia di protezione o di assistenza effettiva di tale organismo in un paese terzo non corrispondente al territorio nel quale la stessa risiede abitualmente, ma facente parte della zona operativa del suddetto organismo, potrebbe essere considerata «sufficientemente protetta», ai sensi dell'articolo 35, par. 1, lett. b), «qualora quest'ultimo: – si impegni a riammettere l'interessato dopo che questi ha lasciato il suo territorio per chiedere protezione internazionale nell'Unione, e – riconosca tale protezione o assistenza dell'UNRWA e aderisca al principio di non respingimento, consentendo in tal modo all'interessato di soggiornare nel suo territorio in sicurezza, in condizioni di vita dignitose e finché i rischi cui è esposto nel territorio della residenza abituale lo rendono necessario» (cfr. Corte di giustizia, *Alheto*, cit., par. 143).

protezione «sufficiente»¹¹⁵ (ricomprensente, come minimo, la garanzia del *non refoulement*) e deve essere disposto a riammetterlo all'interno del proprio territorio¹¹⁶, la qualificazione di uno Stato come «paese terzo sicuro» implica una prognosi postuma circa la ricorrenza, in detto paese, delle condizioni espressamente elencate all'articolo 38.

Invero, come suggeriscono i commentatori¹¹⁷, le due norme possono anche essere lette congiuntamente, in ragione di quanto sancito nel paragrafo 2 dell'articolo 35, primo periodo: «[n]ell'applicare il concetto di paese di primo asilo alle circostanze particolari di un richiedente gli Stati membri possono tener conto dell'articolo 38, paragrafo 1». In sostanza, tale precisazione implicherebbe un'interpretazione della norma in conformità con gli standard di trattamento individuati all'articolo 38, suggerendo che un Paese possa essere considerato «paese di primo asilo» solo se, quanto meno, è in grado di assicurare una forma di protezione al soggetto interessato nel rispetto dei criteri di trattamento suddetti.

Focalizzando l'attenzione sul concetto di «paese terzo sicuro», occorre precisare che le condizioni elencate dall'articolo 38 devono essere considerate cumulativamente e devono quindi tutte ricorrere affinché un Paese terzo possa essere considerato «sicuro» e dare adito all'operatività delle conseguenze di natura procedurale derivanti dalla pronuncia di inammissibilità dello stesso¹¹⁸. In particolare, le prime quattro previsioni richiedono che un eventuale rimpatrio del soggetto non rappresenti un caso di *refoulement*

¹¹⁵ Tale espressione è stata interpretata nel senso di assicurare una protezione “effettiva”. Si veda, in questo senso, T. STRIK, *Procedure Directive: an overview*, in K. ZWAAN (ed.), *The Procedure Directive: Central Themes, Prolem Issues, ad Implementation in Selected Member States*, Nijmegen, 2008, p. 15, dove si richiama l'interpretazione suggerita da UNHCR (Provisional Comments on the Proposal for a Council Directive on Minimum Standards on Procedure in Member States for Granting and Withdrawing Refugee Status, Council Document 14203/04, Asile 64, of 9 November 2004).

¹¹⁶ Si tratta di una precondizione fondamentale, la cui mancanza può essere in sede di impugnazione dell'applicazione del concetto di «paese di primo asilo» da parte del soggetto interessato, impedendo così di addivenire ad una decisione di inammissibilità ai sensi dell'articolo 33, par. 2, lett. b).

¹¹⁷ J. VEDSTED-HANSES, *Asylum Procedure Directive 2013/32/EU, Article 33 MN 2*, in D. THYM, K. HAILBRONNER (eds.), *EU Immigration and Asylum Law. Article-by-article Commentary*, op. cit., p. 1508. L'A. precisa che, qualora uno Stato terzo abbia riconosciuto al soggetto interessato lo status di rifugiato, il medesimo dovrà assicurare un livello di protezione parametrato agli standard fissati dalla Convenzione di Ginevra sui rifugiati del 1951. In tal senso, si veda A. ZIMMERMANN, J. DÖRSCHNER, F. MACHTS, *The 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: a commentary*, Oxford-New York, 2011, p. 1081.

¹¹⁸ Sull'interpretazione della disposizione in commento, si veda P. BOELES, M. DEN HEIJER, G. LODDER, K. WOUTERS, *European Migration Law*, Cambridge-Antwerpen-Portland, 2014, p. 281.

diretto ai sensi della direttiva 2011/95/UE¹¹⁹, ovvero di *refoulement* indiretto, vietato dalla Convenzione di Ginevra, dalla CEDU e dalla Carta dei diritti fondamentali¹²⁰, mentre la lettera e)¹²¹ che gli Stati membri subordinino l'operatività del concetto di «paese terzo sicuro» anche ad ulteriori condizioni, esemplificate dal paragrafo 2 della norma. Si segnala, in particolare, la facoltà per gli ordinamenti nazionali di contemplare «norme conformi al diritto internazionale per accertare, con un esame individuale, se il paese terzo interessato sia sicuro per un determinato richiedente e che consentano almeno al richiedente di impugnare l'applicazione del concetto di paese terzo sicuro a motivo del fatto che quel paese terzo non è sicuro nel suo caso specifico» (lettera c). Il riferimento al requisito della conformità al diritto internazionale delle norme predisposte a livello nazionale implica, senza dubbio, che la sicurezza del Paese in questione debba essere valutata non solo con riferimento agli standard fissati dalla Convenzione di Ginevra, ma anche rispetto a quelli derivanti dalle disposizioni della CEDU e della Carta dei diritti fondamentali. Peraltro, nell'ambito dell'esame circa la sicurezza dello Stato terzo verso il quale il soggetto interessato potrebbe essere allontanato, occorre che sia consentito a quest'ultimo «di contestare l'esistenza di un legame con il paese terzo» in forza del quale sarebbe «ragionevole per detta persona recarsi in tale paese» (lettera a). Infatti, come altresì stabilito dal considerando n. 44, uno dei motivi che potrebbero legittimare uno Stato membro a non valutare il merito di una domanda di protezione internazionale coincide con la ragionevole previsione che il richiedente, per un legame sufficiente con un paese terzo, possa chiedere protezione in detto paese terzo, nel cui territorio è verosimile che lo stesso soggetto possa essere ammesso o riammesso¹²². Tale legame, dunque, deve innanzitutto essere sufficiente da legittimare il ritorno della persona

¹¹⁹ Nello specifico, non devono sussistere «minacce alla sua vita ed alla sua libertà per ragioni di razza, religione, nazionalità, opinioni politiche o appartenenza a un determinato gruppo sociale» (lett. a), o «il rischio di danno grave definito nella direttiva 2011/95/UE» (lett. b).

¹²⁰ Si richiede, infatti, che sia «rispettato il principio di «non-refoulement» conformemente alla convenzione di Ginevra» (lett. c) e «osservato il divieto di allontanamento in violazione del diritto a non subire torture né trattamenti crudeli, disumani o degradanti, sancito dal diritto internazionale» (lett. d).

¹²¹ Deve esistere «la possibilità di chiedere lo status di rifugiato e, per chi è riconosciuto come rifugiato, ottenere protezione in conformità della convenzione di Ginevra».

¹²² La lettera b) dell'articolo 38, par. 2 contempla poi la facoltà per lo Stato membro di introdurre «norme sul metodo mediante il quale le autorità competenti accertano che il concetto di paese terzo sicuro può essere applicato a un determinato paese o a un determinato richiedente. Tale metodo comprende l'esame caso per caso della sicurezza del paese per un determinato richiedente e/o la designazione nazionale dei paesi che possono essere considerati generalmente sicuri».

interessata e, in secondo luogo, non può consistere nel mero transito del soggetto stesso attraverso un dato paese terzo¹²³.

In ogni caso, il paragrafo 4 della norma in commento prevede una clausola di sicurezza, sancendo che qualora il paese terzo considerato “sicuro” non dovesse concedere al richiedente l’ingresso nel suo territorio, gli Stati membri sono tenuti ad assicurare al soggetto interessato una procedura di esame della sua domanda di asilo nel rispetto dei principi e delle garanzie fondamentali descritti al capo II della direttiva procedure, non essendo più legittimato un mero rigetto nel rito della suddetta istanza.

Da ultimo, si segnala che l’articolo 39 della direttiva in commento introduce un’ulteriore nozione connessa a quelle in esame, disciplinando il regime applicabile nel caso in cui sia ravvisabile un «paese terzo europeo sicuro». La norma richiamata stabilisce che gli Stati membri possono prevedere di non procedere all’esame della domanda di protezione internazionale e della sicurezza di un soggetto (ovvero di condurre il suddetto esame «non esaurientemente»), qualora sia accertato dall’autorità competente che questi sta cercando di entrare o è entrato illegalmente nel suo territorio da un paese terzo considerato “super-sicuro”. Tale qualificazione discende dall’accertamento del rispetto, da parte dello Stato di provenienza, di determinati parametri fissati al paragrafo 2 della medesima disposizione¹²⁴: a) la ratifica e l’osservanza della Convenzione di Ginevra senza limitazioni geografiche; b) la predisposizione a livello legislativo di una procedura di asilo; c) la ratifica della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali e il rispetto delle disposizioni, comprese le norme riguardanti i ricorsi effettivi. Quest’ultima condizione permette così di spiegare per quale ragione si

¹²³ Sull’interpretazione della locuzione «legame sufficiente con un paese terzo», si veda Corte di giustizia, sentenza del 19 marzo 2020, causa C-564/18, *LH*. In particolare, al punto 48, i giudici di Lussemburgo precisano che «gli Stati membri devono adottare norme che prevedano non solo l’esistenza di un «legame», ai sensi di tale disposizione, ma anche il metodo mediante il quale accertare, caso per caso, sulla base delle circostanze specifiche del richiedente protezione internazionale, se il paese terzo interessato soddisfi le condizioni per essere considerato sicuro per tale richiedente, nonché la possibilità per detto richiedente di contestare l’esistenza di un siffatto legame». In tal senso, la Corte afferma che un simile obbligo non potrebbe essere giustificato «se il mero transito del richiedente protezione internazionale attraverso il paese terzo interessato costituisca un legame sufficiente o significativo a tal fine. Infatti, se così fosse, tali norme, al pari dell’esame individuale e della possibilità per il richiedente di contestare l’esistenza del legame che le suddette norme devono esplicitamente prevedere, sarebbero prive di qualsiasi utilità» (punto 49).

¹²⁴ Non è stato dunque predisposto un elenco comune di Stati che possano essere considerati «paesi terzi europei sicuri» e viene comunque fatta salva la possibilità per il richiedente di impugnare l’applicazione del concetto di paese terzo europeo sicuro a motivo del fatto che il paese terzo interessato non è sicuro relativamente alle sue condizioni specifiche (cfr. articolo 39, par. 3).

faccia riferimento alla nozione di «paese terzo sicuro» *europeo*: solo uno Stato che sia parte del Consiglio d'Europa può ricadere nell'ambito di applicazione di suddetta disposizione¹²⁵.

ii) Il concetto di «paese di origine sicuro»

L'articolo 36 della direttiva procedure riproduce e in parte modifica la disposizione relativa al concetto di «paese di origine sicuro», già previsto dalla direttiva 2005/85/CE. Usando le parole della Corte di giustizia, è possibile affermare che le norme europee in materia di Paesi di origine sicuri istituiscono «un regime particolare di esame [della domanda di protezione internazionale] basato su una forma di presunzione relativa di protezione sufficiente nel Paese di origine, la quale può essere confutata dal richiedente indicando motivi imperativi attinenti alla sua situazione particolare»¹²⁶.

Si tratta di una nozione che veniva applicata da alcuni Stati europei anche prima della sua formalizzazione nella direttiva procedure¹²⁷, la quale, tuttavia, ne ha imposto l'applicazione a livello generale. Essa implica che la sicurezza del Paese di origine del richiedente non debba più essere considerata una circostanza da accertare *ex post* per stabilire l'infondatezza di una domanda di protezione o per verificare l'insussistenza di circostanze ostative al suo rimpatrio, ma una situazione da valutare *ex ante*, in via generale ed astratta, rappresentando essa un indicatore del tentativo di accesso abusivo al sistema di protezione internazionale.

Occorre evidenziare che la designazione di uno Stato terzo come «paese di origine sicuro» implica esclusivamente una presunzione relativa di sicurezza e non esenta lo Stato membro da un esame individuale della domanda di asilo del richiedente¹²⁸. Infatti, tale

¹²⁵ Come precisato da J. VEDSTED-HANSES, *Asylum Procedure Directive 2013/32/EU, Article 39 MN 3*, in D. THYM, K. HAILBRONNER (eds.), *op. cit.*, p. 1519, tale concetto era stato introdotto nella direttiva procedure al fine di consentire agli Stati membri di allontanare quei richiedenti asilo provenienti da paesi in cui vengono assicurati determinati standard quanto al rispetto dei diritti umani fondamentali.

¹²⁶ Cfr. Corte di giustizia, sentenza del 25 luglio 2018, causa C-404/17, A., par. 25.

¹²⁷ È tuttora previsto che gli Stati membri possano stabilire nel diritto nazionale ulteriori norme e modalità inerenti all'applicazione del concetto di paese di origine sicuro, sempre nel rispetto delle disposizioni contenute nella direttiva. Per un'analisi dell'applicazione di tale nozione in alcuni Stati europei prima dell'introduzione della direttiva procedure, v. H. MARTENSON, J. MCCARTHY, "In General, No Serious Risk of Persecution": *Safe Country of Origin Practices in Nine European States*, in *Journal of Refugee Studies*, 1998, p. 304 e ss.

¹²⁸ Sulla necessità di un esame individuale della singola domanda di asilo, a prescindere dall'operatività del concetto di «paese di origine sicuro», si vedano le considerazioni condotte dalla Corte europea dei diritti

designazione non ha carattere assoluto¹²⁹: da un lato, è espressamente previsto che i relativi elenchi debbano essere oggetto di periodica revisione da parte degli Stati membri (articolo 37, par. 2). Dall'altro, come ricordato dal considerando n. 42, «per la sua stessa natura, la valutazione alla base della designazione può tener conto soltanto della situazione civile, giuridica e politica generale in tale paese e se in tale paese i responsabili di persecuzioni, torture o altre forme di punizione o trattamento disumano o degradante siano effettivamente soggetti a sanzioni se riconosciuti colpevoli»; perciò, è fondamentale consentire ad un richiedente di dimostrare che vi sono validi motivi per non ritenere sicuro tale paese per la sua situazione particolare e, in tale ipotesi, la designazione del paese come sicuro non può più applicarsi al suo caso. Dunque, come previsto anche dall'articolo 36, par. 1, un richiedente ritenuto proveniente da un paese considerato sicuro – perché sia cittadino di quel paese, ovvero sia un apolide che abbia soggiornato regolarmente in quel paese – può sempre invocare «gravi motivi per ritenere che quel paese non sia un paese di origine sicuro nelle circostanze specifiche in cui si trova il richiedente stesso e per quanto riguarda la sua qualifica di beneficiario di protezione internazionale a norma della direttiva 2011/95/UE»¹³⁰.

Secondo quanto previsto dall'articolo 37, la designazione dei paesi di origine sicuri avviene a livello nazionale, nel rispetto di quanto disposto nell'allegato I alla direttiva procedure. In particolare, un paese è considerato paese di origine sicuro «se, sulla base dello status giuridico, dell'applicazione della legge all'interno di un sistema democratico e della situazione politica generale, si può dimostrare che non ci sono generalmente e costantemente persecuzioni quali definite nell'articolo 9 della direttiva 2011/95/UE, né tortura o altre forme di pena o trattamento disumano o degradante, né pericolo a causa di violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale». Ciò implica, dunque, che non vi è alcun obbligo per gli Stati membri di introdurre un siffatto

dell'uomo, nell'ambito dello studio: ECHR, Research Division, *Articles 2, 3, 8 and 13. The concept of a "safe third country" in the case-law of the Court*, 2018.

¹²⁹ Sulla natura necessariamente relativa della nozione di sicurezza del paese verso cui il richiedente è rinviato, v. Corte di giustizia, *N.S. e a.*, cit., e Corte di giustizia, sentenza del 16 febbraio 2017, causa C-578/16 PPU, *C. K. e a.*

¹³⁰ In particolare, come ricordato dal considerando n. 32 della direttiva in commento, nelle procedure basate sul concetto di paese di origine sicuro (così come anche sui concetti di paese terzo sicuro e sulla nozione di domanda reiterata), è opportuno tenere debito conto della complessità delle domande con implicazioni di genere, nell'intento di garantire una sostanziale parità tra i richiedenti di entrambi i sessi.

concetto nel proprio ordinamento interno¹³¹. In precedenza, invece, la direttiva 2005/85/CE prevedeva la designazione di un elenco comune minimo dei paesi terzi considerati dagli Stati membri «paesi d'origine sicuri», con una delibera del Consiglio a maggioranza qualificata, adottata su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo, implicando, dunque, un'applicazione generalizzata della nozione¹³².

Sempre secondo quanto previsto dall'allegato I attualmente in vigore, la valutazione che deve essere effettuata dagli Stati membri ai fini dell'introduzione dell'elenco nazionale dei paesi terzi da considerarsi "sicuri" deve considerare se la protezione contro le persecuzioni ed i maltrattamenti viene offerta, all'interno dei paesi presi in considerazione, nel rispetto di determinati standard. Nello specifico, la verifica in tal senso deve riguardare: a) le disposizioni legislative e regolamentari del paese ed il modo in cui sono applicate; b) il rispetto dei diritti e delle libertà stabiliti nella CEDU e/o nel Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici e/o nella Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura; c) il rispetto del principio di *non refoulement*, come sancito all'articolo 33 della Convenzione di Ginevra del 1951; d) la predisposizione di un sistema di ricordi effettivi contro le violazioni di tali diritti e libertà.

In ogni caso, suddetta valutazione deve essere effettuata sulla base di una serie di fonti di informazioni, comprese in particolare le informazioni fornite da altri Stati membri, dall'EASO, dall'UNHCR, dal Consiglio d'Europa e da altre organizzazioni internazionali competenti e il suo esito – e, dunque, l'elenco definitivo dei paesi terzi considerati "sicuri" –, infine, deve essere notificato alla Commissione¹³³.

¹³¹ Nella proposta della Commissione volta a modificare la direttiva procedure 2005/85/CE, si esplicita solo la volontà di definire criteri comuni per la designazione dei paesi terzi quali paesi di origine sicuri, dato il grado di armonizzazione raggiunto in relazione all'attribuzione della qualifica di rifugiato ai cittadini di paesi terzi e agli apolidi (cfr. COM(2009) 554 def., cit., p. 16).

¹³² Cfr. Articolo 29 della direttiva 2005/85/CE. I paragrafi 1 e 3 di tale disposizione (unitamente all'articolo 36, par. 3) erano stati annullati dalla Corte di giustizia, in ragione della violazione dell'art. 67, n. 5, primo trattino, CE, nonché in ragione dell'incompetenza del Consiglio. Si veda Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 6 maggio 2008, causa C-133/06, *Parlamento europeo c. Consiglio dell'Unione Europea*. Dunque, a seguito della decisione di annullamento, era rimasto in vigore l'articolo 30, il quale prevedeva la facoltà degli Stati membri di «mantenere in vigore o introdurre una normativa che consent[isse], a norma dell'allegato II, di designare a livello nazionale paesi terzi (...) quali paesi di origine sicuri ai fini dell'esame delle domande di asilo».

¹³³ Cfr. Articolo 37 della direttiva 2013/32/UE, paragrafi 3 e 4. La notifica alla Commissione è necessaria al fine, da un lato, di consentire alla Commissione stessa di effettuare un riesame periodico dell'uso di tali concetti da parte degli Stati membri, e, dall'altro, a «preparare un'eventuale nuova armonizzazione in

Le conseguenze derivanti dall'operatività di siffatto concetto in punto di disciplina applicabile, a differenza di quanto visto con riferimento all'applicazione dei concetti di «paese di primo asilo» e «paese terzo sicuro», riguardano la possibilità di applicare la procedura accelerata di cui all'articolo 31, par. 8 della direttiva 2013/32/UE e le connesse previsioni di natura procedurale. In particolare, si ricorda che, secondo quanto previsto dall'articolo 46, par. 6, nel caso in cui una domanda di asilo sia rigettata in quanto infondata a seguito di un esame condotto secondo le modalità dettate per le procedure accelerate, è possibile derogare alla disposizione che implica di autorizzare automaticamente i richiedenti a rimanere nel territorio fino alla scadenza del termine entro il quale possono esercitare il loro diritto a un ricorso effettivo oppure, se tale diritto è stato esercitato entro il termine previsto, in attesa dell'esito del ricorso. Tali restrizioni alle garanzie procedurali, come è evidente, potrebbero comportare rilevanti implicazioni quanto alla necessità di valutare caso per caso la situazione specifica di ogni richiedente asilo, escludendo un'applicazione automatica del concetto di «paese di origine sicuro»¹³⁴. Infatti, un'applicazione distorta di tale meccanismo potrebbe comportare, in sostanza, la sua trasformazione in una delle c.d. «*non-entrée practices*», e cioè quei «*relatively invisible [...] means to ensure that refugees are never in a position to assert their legal right to protection*»¹³⁵.

futuro» (cfr. considerando n. 47). Tuttavia, la proposta di un regolamento contenente un elenco comune per la sostituzione progressiva degli elenchi nazionali (cfr. Proposta di regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che istituisce un elenco comune di Paesi di origine sicuri ai fini della direttiva 2013/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca della protezione internazionale, e che modifica la direttiva 2013/32/UE, COM(2015) 452 def., 9 settembre 2015) era stata accantonata in ragione del fatto che, nella stessa proposta, veniva prevista l'integrazione di un nuovo regolamento di armonizzazione delle procedure di protezione, che contemplava la possibilità di mantenimento per ulteriori cinque anni delle liste nazionali (cfr. COM(2016) 467 def., cit.).

¹³⁴ Per questa ragione, seppur con riferimento alla direttiva 2005/85/CE, la Corte di giustizia ha affermato che «[p]er evitare una discriminazione tra i richiedenti asilo di uno specifico paese terzo le cui domande sarebbero esaminate in via prioritaria e i cittadini di altri paesi terzi le cui domande sarebbero esaminate secondo la procedura ordinaria, tale procedura prioritaria non deve privare i richiedenti della prima categoria delle garanzie richieste dall'articolo 23 della direttiva 2005/85, le quali si applicano a qualunque forma procedurale» (cfr. Corte di giustizia, sentenza del 31 gennaio 2013, causa C-175/11, *H.I.D. e B.A.*, punto 74). In tal senso, dunque, i richiedenti asilo devono poter beneficiare di un termine sufficiente per raccogliere e presentare gli elementi necessari a suffragare le loro domande, permettendo così all'autorità accertante di compiere un esame equo e completo di tali domande nonché di garantire che i richiedenti non siano esposti a pericoli nel loro paese d'origine (par. 75).

¹³⁵ V., in questi termini, J. C. HATHAWAY, R. A. NEVE, *Making Refugee Law Relevant Again: A Proposal for Collectivised and Solution-Oriented Protection*, in *Harvard Human Rights Journal*, 1997, p. 120. Sul punto, anche C. COSTELLO, *The Asylum Procedures Directive and the Proliferation of SafeCountry*

In ogni caso, la qualificazione di un paese di origine come un «paese terzo sicuro» implica la possibilità di ritenere la relativa domanda inammissibile ai sensi dell'articolo 38 della direttiva procedure, sopra esaminato.

iii) La descrizione delle condotte

Orbene, prendendo in considerazione la condotta che si ricollega all'operatività dei concetti appena analizzati, è possibile constatare di essere in presenza di situazioni in cui un soggetto, che provenga o da un paese che gli ha già riconosciuto una forma di protezione ed è disposto a riammetterlo sul suo territorio, ovvero da uno Stato terzo o di origine in cui, verosimilmente, potrebbe ottenere una forma di protezione, presenti comunque una domanda di asilo in uno Stato membro. Proprio alla luce delle caratteristiche dello Stato di provenienza del soggetto, il legislatore europeo ha introdotto un meccanismo presuntivo rispetto all'esistenza di un reale bisogno di protezione all'interno dell'Unione, attribuendo la possibilità, in simili ipotesi, di non effettuare un esame nel merito della relativa domanda di asilo, optando per un rigetto nel rito (per inammissibilità dell'istanza, appunto), ovvero di applicare la procedura accelerata di cui all'articolo 31, par. 8 della direttiva 2013/32/UE.

Come è chiaro, la scelta di introdurre una presunzione siffatta trova una giustificazione nella misura in cui si considera che il soggetto non abbia effettivamente bisogno di protezione internazionale all'interno di uno Stato membro dell'Unione europea, potendo godere già di una forma di tutela altrove, ovvero avendo comunque elevate probabilità di ottenere una forma di tutela altrove. In sostanza, la scelta – *rectius*, il comportamento – dell'individuo che, in tali condizioni, promuove una domanda di asilo sul territorio dell'Unione può implicare la precostituzione da parte di quest'ultimo di una serie di condizioni che lo legittimino comunque ad aspirare al riconoscimento dello *status* di rifugiato o della protezione sussidiaria, pur non avendone il bisogno. Non si tratta, in questo caso, di una violazione di legge, non risultando previsto da alcuna disposizione l'obbligo per un soggetto di presentare domanda di asilo solo se questi non provenga da un paese terzo sicuro, ovvero da un paese in cui abbia già ottenuto il riconoscimento del diritto d'asilo. Tant'è che l'articolo 34 stabilisce espressamente il diritto del soggetto

Practices: Deterrence, Deflection and the Dismantling of International Protection?, in *European Journal of Migration and Law*, 2005, p. 35 e ss.

interessato da un'ipotetica decisione di inammissibilità della sua domanda, a prendere parte ad uno specifico colloquio, espressamente volto a far emergere eventuali ragioni per cui, considerando la sua situazione personale, non sia applicabile uno dei motivi di inammissibilità di cui all'articolo 33. Parallelamente, l'articolo 35 consente al soggetto interessato la possibilità di impugnare l'applicazione del concetto di paese di primo asilo relativamente alle sue condizioni specifiche, mentre, dall'altro, l'articolo 38 stabilisce che, nel caso in cui il paese terzo non conceda al richiedente l'ingresso nel suo territorio, devono tornare ad operare le normali disposizioni in tema di esame delle domande di asilo, con tutte le garanzie da esse previste.

In conclusione, dunque, il meccanismo presuntivo sotteso ai concetti in commento presupporrebbe una valutazione della condotta del richiedente asilo in termini di esercizio di un diritto predisposto da una norma europea – nello specifico, il diritto di avere accesso alla procedura di esame delle domande di asilo, ottenendo la registrazione dell'istanza e la fissazione di un successivo colloquio personale (sebbene, in caso di esito negativo del colloquio, non il successivo esame nel merito della domanda stessa), al fine di ottenere la concessione di una forma di protezione internazionale –, in un'ottica prettamente strumentale, senza avere (almeno astrattamente) un effettivo diritto ad ottenere l'accesso alla procedure di cui lo stesso soggetto si avvale. O, meglio, senza avere bisogno del riconoscimento dello *status* di rifugiato o della protezione sussidiaria all'interno di uno Stato membro dell'Unione e, quindi, senza avere diritto ad avvalersi delle garanzie procedurali connesse al riconoscimento di suddette forme di tutela. Ed è evidente come una simile prospettazione risponda, da un lato, all'esigenza di concludere in maniera più efficiente i procedimenti relativi a simili domande, considerate, appunto, *ex ante* strumentali, e, dall'altro, «dissuadere il migrante dal proprio progetto migratorio «abusivo», anche a costo di una rimodulazione in senso riduttivo delle garanzie individuali»¹³⁶.

¹³⁶ In questi termini, C. PITEA, *La nozione di "Paese di origine sicuro"*, cit., p. 629. Si noti, tuttavia, che una valutazione *ex ante* dell'abusività delle domande dei richiedenti asilo, in ragione dell'operatività di suddetti concetti, sconta necessariamente il rischio di comportare una restrizione ingiustificata delle garanzie procedurali, a fronte della quale, pur essendo consentito al soggetto interessato di muovere contestazione avverso l'applicazione di simili meccanismi presuntivi, non è necessariamente detto che l'esito di una simile contestazione, per quanto fondata, conduca alla tutela dei diritti connessi.

Si tratta, in definitiva, avvalendosi della terminologia utilizzata dalla dottrina in tema di abuso di diritto, di un'ipotesi assimilabile ai casi che sono stati classificati nella categoria relativa alle forme di *abusive rule appropriation*, che presuppone un tentativo di beneficiare della disciplina di matrice europea, prospettando in modo artificioso le condizioni richieste per la sua operatività e realizzando, nello specifico, un tentativo di accesso abusivo al sistema di protezione internazionale.

3.1.5. Le domande reiterate

i) Il regime giuridico

L'articolo 2, par. 1, lett. q) della direttiva 2013/32/UE definisce la «domanda reiterata»¹³⁷ come l'ulteriore istanza di protezione internazionale presentata dopo che è stata adottata una decisione definitiva su una domanda precedente, compreso il caso in cui il richiedente abbia esplicitamente ritirato la domanda, ovvero l'ipotesi in cui l'autorità accertante abbia respinto la domanda in seguito al suo ritiro implicito ai sensi dell'articolo 28, paragrafo 1¹³⁸. Inoltre, secondo quanto previsto dall'articolo 40 della direttiva procedure, è possibile parlare di «domanda reiterata» quando «una persona che ha chiesto protezione internazionale in uno Stato membro rilascia ulteriori dichiarazioni o reitera la domanda nello stesso Stato membro». In tal caso, lo Stato membro interessato è chiamato ad esaminare le ulteriori dichiarazioni o gli elementi della domanda reiterata nell'ambito dell'esame della precedente domanda o dell'esame della decisione in fase di revisione o di ricorso, «nella misura in cui le autorità competenti possano tenere conto e prendere in considerazione tutti gli elementi che sono alla base delle ulteriori dichiarazioni o della domanda reiterata in tale ambito».

Come precisato dalla Corte di giustizia, si può parlare di «ulteriori dichiarazioni», ai sensi dell'articolo 40, paragrafo 1, della direttiva 2013/32, anche quando un richiedente invochi, per la prima volta durante il procedimento di ricorso, uno dei motivi di protezione

¹³⁷ Tale precisazione circa la corretta definizione da attribuire al concetto in esame si era resa necessaria in sede di proposta di modifica della direttiva 2005/85/CE, per offrire un debito supporto a livello normativo, al fine di applicare in modo uniforme le modifiche apportate alle norme sulle domande reiterate.

¹³⁸ La norma stabilisce che, nel caso in cui siano ravvisabili ragionevoli motivi per ritenere che il richiedente abbia implicitamente ritirato la domanda o rinunciato ad essa, l'autorità accertante può essere incentivata a sospendere l'esame ovvero, se l'autorità accertante giudica la domanda infondata in base a un adeguato esame del merito della stessa in linea con l'articolo 4 della direttiva 2011/95/UE, a respingere la domanda.

internazionale relativo ad eventi o a minacce asseritamente verificatisi prima dell'adozione della decisione oggetto di impugnazione¹³⁹. La conseguenza che discende da una siffatta qualifica è che «il giudice investito del ricorso è tenuto ad esaminare tale motivo nell'ambito dell'esame della decisione oggetto del ricorso, purché tuttavia ciascuna delle «autorità competenti», che comprendono non soltanto tale giudice ma anche l'autorità accertante, abbia la possibilità di esaminare, in tale contesto, detta ulteriore dichiarazione»¹⁴⁰.

Si considerano altresì domande reiterate: a) quella presentata da una persona a carico dopo aver acconsentito, a norma dell'articolo 7, paragrafo 2, a che il suo caso faccia parte di una domanda presentata a nome suo; b) quella presentata da un minore non coniugato dopo che è stata presentata una domanda a suo nome ai sensi dell'articolo 7, paragrafo 5, lettera c)¹⁴¹. In questi casi, l'esame che l'autorità competente sarà chiamata ad effettuare concernerà non solamente la sussistenza di nuovi elementi eventualmente utili alla valutazione della domanda di asilo, ma riguarderà anche l'esistenza di motivi che consentano di ritenere che i fatti connessi alla situazione della persona a carico o del minore non coniugato giustifichino una domanda separata.

Al contrario, non è qualificabile come «domanda reiterata», l'istanza volta al riconoscimento della protezione internazionale che sia stata presentata dopo che al richiedente sia stato rifiutato il riconoscimento dello *status* di rifugiato da parte di uno Stato terzo¹⁴². Inoltre, con una recente sentenza del 22 settembre 2022¹⁴³, i giudici di

¹³⁹ Corte di giustizia, *Ahmedbekova*, cit.

¹⁴⁰ Corte di giustizia, *Ahmedbekova*, cit., punto 98.

¹⁴¹ In ogni caso, viene fatta salva l'ipotesi in cui i fatti connessi alla situazione della persona a carico o del minore non coniugato giustifichino una domanda separata.

¹⁴² Cfr. Corte di giustizia, sentenza del 20 maggio 2021, causa C-8/20, *L.R.*, punto 40. La Corte ha dunque affermato che «l'esistenza di una precedente decisione di uno Stato terzo, che ha respinto una domanda diretta al riconoscimento dello status di rifugiato, quale previsto dalla Convenzione di Ginevra, non consente di qualificare come «domanda reiterata», ai sensi dell'articolo 2, lettera q), e dell'articolo 33, paragrafo 2, lettera d), della direttiva 2013/32, una domanda di protezione internazionale, ai sensi della direttiva 2011/95, rivolta dall'interessato a uno Stato membro dopo l'adozione di tale precedente decisione» (punto 41).

¹⁴³ Corte di giustizia, sentenza del 22 settembre 2022, causa C-497/21, *Bundesrepublik Deutschland (Demande d'asile rejetée par le Danemark)*, punto 55. Infatti, come precisato dalla Corte, «se è vero che una domanda di protezione internazionale presentata alle autorità competenti del Regno di Danimarca conformemente alle disposizioni interne di tale Stato membro è incontestabilmente una domanda «presentata a uno Stato membro», resta il fatto che essa non costituisce una domanda diretta ad «ottenere lo status di rifugiato o lo status di protezione sussidiaria», ai sensi della direttiva 2011/95 dal momento che,

Lussemburgo hanno escluso la possibilità di qualificare come «domanda reiterata», una domanda di protezione internazionale presentata a uno Stato membro da un cittadino di un paese terzo o da un apolide, successiva ad una precedente istanza di asilo presentata al Regno di Danimarca e respinta da quest'ultimo Stato membro.

Allo stesso modo, non sarà trattata come «domanda reiterata» e, dunque, non sarà sottoposta alla procedura di cui agli articoli 40 e 41, la nuova istanza presentata da colui che si ripresenti all'autorità competente, dopo che sia stata presa la decisione di sospendere l'esame¹⁴⁴ di una sua precedente domanda per sospetto implicito ritiro della stessa¹⁴⁵.

Orbene, sulla base della considerazione che, qualora un richiedente asilo presenti una domanda reiterata senza addurre prove o argomenti nuovi, «sarebbe sproporzionato imporre agli Stati membri l'obbligo di esperire una nuova procedura di esame completa» e, dunque, «dovrebbe essere loro concesso di respingere una domanda in quanto inammissibile conformemente al principio della cosa giudicata»¹⁴⁶, il legislatore europeo ha stabilito che il carattere “reiterato” dell'istanza di asilo implica una serie di

secondo il protocollo sulla posizione della Danimarca, tale direttiva non si applica al Regno di Danimarca, come, del resto, ricordato al considerando 51 di tale direttiva» (punto 43).

¹⁴⁴ Cfr. Articolo 28, par. 1 della direttiva procedure. Le condizioni che ammettono di presumere che il richiedente abbia implicitamente ritirato la domanda di protezione internazionale o rinunciato a essa sono: a) il richiedente non ha risposto alla richiesta di fornire informazioni essenziali per la sua domanda a norma dell'articolo 4 della direttiva 2011/95/UE né è comparso al colloquio personale di cui agli articoli da 14 a 17 della presente direttiva, a meno che dimostri, entro un ragionevole periodo di tempo, di non aver potuto per cause di forza maggiore; è fuggito o si è allontanato senza autorizzazione dal luogo in cui viveva o era trattenuto, senza contattare l'autorità competente in tempi ragionevoli oppure, trascorso un termine ragionevole, non ha ottemperato al dovere di presentarsi o ad altri obblighi di comunicazione, a meno che il richiedente dimostri che ciò era dovuto a circostanze che sfuggono al suo controllo.

¹⁴⁵ Cfr. Articolo 28, par. 2 della direttiva procedure. Tuttavia, è possibile che gli Stati membri prevedano un termine – comunque non inferiore a nove mesi – oltre il quale un caso non può più essere riaperto oppure la nuova domanda può essere trattata come domanda reiterata e sottoposta alla procedura di cui agli articoli 40 e 41. Inoltre, gli Stati membri possono prevedere che il caso del richiedente sia riaperto solo una volta. Si veda, altresì, l'articolo 18 del Regolamento Dublino III: «Nei casi [di ripresa in carico, alle condizioni di cui agli articoli 23, 24, 25 e 29, di un cittadino di un paese terzo o un apolide che ha ritirato la sua domanda in corso d'esame e che ha presentato una domanda in un altro Stato membro o che si trova nel territorio di un altro Stato membro senza un titolo di soggiorno], qualora lo Stato membro competente abbia interrotto l'esame di una domanda in seguito al ritiro di quest'ultima da parte del richiedente, prima di una decisione sul merito di primo grado, detto Stato membro provvede affinché al richiedente sia concesso il diritto di chiedere che l'esame della domanda sia portato a termine o di presentare una nuova domanda di protezione internazionale, che non sarà trattata come domanda reiterata di cui alla direttiva 2013/32/UE. In tali casi gli Stati membri provvedono affinché l'esame della domanda sia portato a termine».

¹⁴⁶ Cfr. Considerando n. 36 della direttiva 2013/32/UE.

conseguenze procedurali, che, come si avrà modo di evidenziare, lasciano trasparire un intento deterrente rispetto alla realizzazione di determinate condotte.

In primo luogo, il paragrafo 2 della norma in esame dispone che la decisione in merito all'ammissibilità di una domanda reiterata presuppone un esame preliminare, volto ad accertare se siano emersi o siano stati adottati dal richiedente elementi o risultanze nuovi¹⁴⁷ rilevanti per l'esame dell'eventuale qualifica di beneficiario di protezione internazionale a norma della direttiva 2011/95. Dunque, solo se sono stati effettivamente adottati dal richiedente elementi o risultanze nuovi che aumentano in modo significativo la probabilità che al richiedente possa essere attribuita la qualifica di beneficiario di protezione internazionale a norma della direttiva 2011/95/UE, la domanda è sottoposta a ulteriore esame¹⁴⁸.

Diversamente, se una domanda reiterata non è sottoposta a ulteriore esame, essa è considerata inammissibile ai sensi dell'articolo 33, paragrafo 2, lettera d). In questo senso, dunque, le domande reiterate, se non giustificate da una necessità di integrazione rispetto agli elementi originariamente adottati con la prima istanza, rappresentano una *species* della più ampia categoria delle domande inammissibili, sopra esaminata.

Tuttavia, è possibile che gli Stati membri stabiliscano che una domanda debba essere sottoposta a ulteriore esame, pur in presenza delle condizioni per qualificarla come «domanda reiterata», solo se il richiedente, senza alcuna colpa, non sia riuscito a far valere, nel procedimento precedente, argomentazioni relative alla sussistenza di elementi indicativi della sua idoneità ad essere qualificato come beneficiario di protezione internazionale (e ciò, in particolare, quando tale preclusione sia risultata in sede di ricorso

¹⁴⁷ Sull'interpretazione della locuzione “elementi o risultanze nuovi”, si veda Corte di giustizia, sentenza del 9 settembre 2021, causa C-18/20, *Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl*, punto 44: «la nozione di «elementi o [di] risultanze nuovi» che «sono emersi o sono stati adottati dal richiedente», ai sensi di tale disposizione, comprende gli elementi o le risultanze sopravvenuti dopo la conclusione definitiva del procedimento che ha avuto ad oggetto la precedente domanda di protezione internazionale nonché gli elementi o le risultanze che già esistevano prima della conclusione di tale procedimento, ma che non sono stati invocati dal richiedente». Si veda altresì Corte di giustizia, sentenza del 10 giugno 2021, causa C-921/19, *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*, punto 36.

¹⁴⁸ Cfr. Articolo 40, par. 3, direttiva 2013/32/UE. Viene comunque fatta salva la facoltà degli Stati membri di prevedere che una domanda reiterata sia sottoposta a ulteriore esame anche per altre ragioni. Si precisa poi al paragrafo 4 che gli Stati membri possono stabilire che la domanda sia sottoposta a ulteriore esame solo se il richiedente, senza alcuna colpa, non è riuscito a far valere, nel procedimento precedente, la situazione esposta nei paragrafi 2 e 3 dello stesso articolo 40, in particolare esercitando il suo diritto a un ricorso effettivo a norma dell'articolo 46.

a norma dell'articolo 46)¹⁴⁹. Si tratta del caso in cui sia stato materialmente impossibile per il richiedente presentare in precedenza alcuni elementi o risultanze, impossibilità che può essere ricondotta o ad elementi sopravvenuti, emersi successivamente alla prima domanda, o al fatto che tali elementi o risultanze necessari a corroborare la domanda di protezione internazionale non erano precedentemente nella disponibilità del richiedente¹⁵⁰.

Sempre al fine di illustrare la disciplina derivante dalla qualificazione di una domanda come reiterata, è necessario prendere in considerazione anche quanto disposto dall'articolo 9, par. 2 della direttiva procedure¹⁵¹, dedicato al diritto di rimanere nello Stato membro durante l'esame della domanda. La norma ammette la possibilità che gli Stati membri escludano il riconoscimento di tale garanzia a coloro che abbiano presentato una domanda reiterata ai sensi dell'articolo 41, intitolato "Deroghe al diritto di rimanere in caso di domanda reiterata". Suddetta disposizione chiarisce innanzitutto che tali deroghe possono essere predisposte dalla legislazione di uno Stato membro¹⁵² quando una persona: a) abbia presentato una prima domanda reiterata, che non è ulteriormente esaminata ai sensi dell'articolo 40, paragrafo 5, al solo scopo di ritardare o impedire l'esecuzione di una decisione che ne comporterebbe l'imminente allontanamento dallo Stato membro in questione; o b) manifesti la volontà di presentare un'altra domanda reiterata nello stesso Stato membro a seguito di una decisione definitiva che considera inammissibile una prima domanda reiterata ai sensi dell'articolo 40, paragrafo 5, o dopo una decisione definitiva che respinge tale domanda in quanto infondata.

¹⁴⁹ Cfr. Articolo 40, par. 4 della direttiva 2013/32/UE.

¹⁵⁰ Per un'esemplificazione delle fattispecie in cui è stata fatta applicazione della disposizione in esame, si veda il documento realizzato dall'Ufficio europeo di sostegno per l'asilo (EASO), *Un'analisi giuridica. Valutazione delle prove e della credibilità nell'ambito del sistema europeo comune di asilo*, 2018, pp. 159-160. Nel documento si chiarisce che un'ulteriore ipotesi rilevate potrebbe essere quella in cui il richiedente non abbia potuto allegare elementi o risultanze nelle cosiddette «domande sur place», in cui gli elementi nuovi a sostegno di una domanda di protezione internazionale sono emersi successivamente alla prima domanda.

¹⁵¹ La presentazione di una domanda reiterata viene parificata alla situazione in cui lo Stato membro intenda consegnare o estradare, ove opportuno, una persona in altro Stato membro in virtù degli obblighi previsti da un mandato di arresto europeo o altro, o in un paese terzo, o presso un giudice o un tribunale penale internazionale.

¹⁵² Viene comunque fatta salva l'ipotesi in cui l'autorità accertante ritenga che la decisione di rimpatrio comporti il «refoulement» diretto o indiretto della persona interessata, in violazione degli obblighi incombenti allo Stato membro a livello internazionale e dell'Unione.

In suddette ipotesi, peraltro, gli Stati membri possono introdurre ulteriori norme di natura procedurale, dirette a diminuire le garanzie di regola riservate ai richiedenti asilo. Essi, in particolare, possono derogare: a) ai termini di norma applicabili alle procedure accelerate (quattro settimane), qualora la procedura d'esame sia accelerata ai sensi dell'articolo 31, paragrafo 8, lettera g); b) ai termini di norma applicabili alle procedure di ammissibilità di cui agli articoli 33 e 34; e/o c) all'articolo 46, paragrafo 8¹⁵³.

Ancora, secondo quanto previsto dall'articolo 25, par. 6, relativo al trattamento riservato ai richiedenti asilo minori non accompagnati¹⁵⁴, è consentito agli Stati membri di introdurre alcune restrizioni¹⁵⁵ alle garanzie riconosciute a tale categoria di richiedenti asilo, proprio nel caso in cui si sia in presenza di una domanda reiterata. Nello specifico, lo Stato membro potrà: a) applicare o continuare ad applicare l'articolo 31, paragrafo 8, e, dunque, esaminare la domanda di asilo attraverso una procedura accelerata e/o svolta alla frontiera o in zone di transito; b) applicare o continuare ad applicare l'articolo 43 – ossia la norma dedicata alle procedure di frontiera –, conformemente agli articoli da 8 a 11 della direttiva 2013/33/UE.

¹⁵³ Si tratta alla disposizione relativa all'onere imposto agli Stati membri di autorizzare il richiedente a rimanere nel territorio in attesa dell'esito della procedura volta a decidere se questi possa rimanere nel territorio, nei casi in cui tale autorizzazione non sia automatica (ossia nei casi contemplati dallo stesso articolo 46, par. 6 e 7).

¹⁵⁴ Il «minore non accompagnato», come definito dall'articolo 2, lett. e) della direttiva sulle misure di accoglienza, è il minore (ossia «il cittadino di un paese terzo o l'apolide di età inferiore agli anni diciotto»), secondo quanto previsto dalla lett. l) dell'articolo 2 della direttiva (procedure) che entri nel territorio degli Stati membri senza essere accompagnato da un adulto che ne sia responsabile per legge o per prassi dello Stato membro interessato, fino a quando non sia effettivamente affidato a un tale adulto; il termine include il minore che viene abbandonato dopo essere entrato nel territorio degli Stati membri. L'attenzione che gli Stati membri sono tenuti a riservare all'interesse superiore del minore nell'applicazione della direttiva, viene ribadita dal considerando n. 33 della direttiva 2013/32/UE, il quale specifica, altresì, la necessità di «tenere debitamente conto del benessere e dello sviluppo sociale del minore, compreso il suo passato».

¹⁵⁵ La norma richiamata è frutto di un compromesso raggiunto in seno al Consiglio, a fronte della proposta della Commissione che prevedeva di escludere l'applicabilità di determinati meccanismi procedurali – come le procedure di cui all'articolo 31, par. 8, il concetto di «paese terzo sicuro» e le procedure di frontiera di cui all'articolo 43 –, nel caso di domande di asilo presentate da soggetti minori non accompagnati. Cfr. Documento del Consiglio n. 8958/12, del 24 aprile 2012, p. 84. Ad oggi, dunque, l'articolo 25, par. 6, lettere da a) a d), in determinate condizioni, consente agli Stati membri di applicare o di continuare ad applicare ad un minore non accompagnato: a) le procedure accelerate ai sensi dell'articolo 31, paragrafo 8; b) le procedure di frontiera ai sensi dell'articolo 43; c) le decisioni di inammissibilità ai sensi dell'articolo 33, paragrafo 2, lettera c, sulla base del concetto del «paese terzo sicuro» di cui all'articolo 38; e d) il principio della fondatezza ai sensi dell'articolo 20, paragrafo 3, della prestazione di assistenza e rappresentanza legali gratuite nelle procedure d'impugnazione; nonché e) la procedura prevista dall'articolo 46, paragrafo 6, volta a decidere se il richiedente possa rimanere nel territorio dello Stato membro nei casi in cui l'impugnazione non ha un effetto sospensivo automatico ai sensi dell'articolo 46, paragrafo 5.

In ogni caso, le garanzie di cui all'articolo 12, paragrafo 1 vengono comunque assicurate al richiedente asilo nell'ambito dell'esame preliminare previsto a fronte di un'istanza qualificata come «domanda reiterata»¹⁵⁶. Inoltre, è prevista la facoltà per gli Stati membri di fissare peculiari disposizioni, applicabili nello svolgimento di suddetto esame preliminare, che non devono comunque rendere impossibile l'accesso del richiedente a una nuova procedura, o impedire di fatto o limitare seriamente tale accesso. Tali disposizioni possono riguardare: a) la fissazione di un obbligo per il richiedente di indicare i fatti e a produrre le prove che giustificano una nuova procedura; b) la previsione che l'esame preliminare si basi unicamente su osservazioni scritte e non comporti alcun colloquio personale, a esclusione dei casi di cui all'articolo 40, paragrafo 6 (relativi alle domande di persone a carico o di minori non coniugati).

Inoltre, a norma dell'articolo 46, par. 1, lett. a), punto ii), della direttiva procedure, in combinato disposto con l'articolo 33, par. 2, lett. d), si prevede che «[g]li Stati membri dispongono che il richiedente abbia diritto a un ricorso effettivo [...] avverso [...] la decisione [...] di considerare la domanda inammissibile», in quanto non sono emersi o non sono stati presentati dal richiedente elementi o risultanze nuovi pertinenti. In sede di ricorso, dunque, il giudice competente può essere tenuto a: a) valutare la correttezza della decisione di inammissibilità resa dall'autorità accertante, al fine, se necessario, di rinviare il caso a tale autorità, affinché proceda a un ulteriore esame, assicurando il rispetto delle garanzie previste al capo II della direttiva procedure; b) a fronte della conferma della legittimità della decisione di inammissibilità, esaminare la domanda nel merito, tenendo in debito conto gli elementi o le risultanze posteriori (sorti o messi a disposizione del richiedente dopo la decisione amministrativa), comprese le dichiarazioni orali rese nel corso dell'udienza.

ii) La descrizione delle condotte

Orbene, la condotta che si pone alla base dell'operatività del meccanismo delle domande reiterate consiste nel ri-esercizio del diritto di presentare un'istanza di asilo ai sensi degli articoli 6 e 7 della direttiva procedure. Come ricordato in precedenza (cfr. capitolo III, § 6.2), la procedura di presentazione della domanda di protezione internazionale si compone di due momenti distinti: una prima fase di registrazione della

¹⁵⁶ Cfr. Articolo 42, par. 1 della direttiva procedure.

domanda di asilo, che non richiede formalità e deve avvenire nei termini previsti dall'articolo 6, par. 1; e la fase di inoltro della domanda di asilo, che implica il rispetto di eventuali prescrizioni di natura amministrativa¹⁵⁷. Nulla vieta ad un soggetto, dopo aver ottenuto la registrazione della propria domanda di asilo da parte delle autorità competenti di un determinato Stato membro, dopo aver proceduto al suo inoltro e dopo aver conseguito la comunicazione di una decisione di rigetto dell'istanza stessa, di presentare nuovamente una domanda di protezione internazionale nello stesso Stato membro. Tuttavia, ciò implica, quale conseguenza, una pronuncia di inammissibilità della successiva istanza, se dall'esame preliminare della stessa non emerge l'allegazione di elementi o risultanze nuovi rilevanti ai fini dell'eventuale riconoscimento della qualifica di beneficiario di protezione internazionale a norma della direttiva 2011/95/UE. Dunque, benché si riconosca che alcuni richiedenti potrebbero, senza colpa, non essere riusciti a far valere fatti pertinenti o prove nel corso della procedura precedente e/o che nuove circostanze possono essere insorte, a fronte di una «domanda reitera» nei termini suddetti, viene introdotta una presunzione di infondatezza nel merito della stessa.

Per spiegare la *ratio* sottesa al meccanismo procedurale regolato dagli articoli 40-42 della direttiva procedure, occorre considerare che l'obiettivo della direttiva 2013/32/UE e, in particolare, quello del suo articolo 6, paragrafo 1, «consiste nel garantire un accesso effettivo, facile e rapido alla procedura di protezione internazionale»¹⁵⁸; di conseguenza, la presentazione di domande reiterate, che vadano a “gravare” sul corretto funzionamento del sistema asilo di uno Stato membro, rischia di ritardare il momento in cui le persone che «necessitano effettivamente di protezione internazionale»¹⁵⁹ siano messe in condizione di presentare le proprie domande. In sostanza, il fatto che il richiedente ometta di portare a conoscenza elementi o risultanze nella prima procedura è strettamente legato

¹⁵⁷ Nella versione in inglese della direttiva, si distingue tra “make an application” (registrare una domanda) e “lodge an application” (inoltrare una domanda). Cfr. Proposta di modifica di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale (rifusione), COM(2011) 319 def., 1° giugno 2011, Allegato, p. 3.

¹⁵⁸ Cfr. Corte di giustizia, sentenza del 25 giugno 2020, causa C-36/20 PPU, *Ministerio Fiscal (Autorità che può ricevere una domanda di protezione internazionale)*, punto 82: «l'obiettivo stesso della direttiva 2013/32, in particolare quello dell'articolo 6, paragrafo 1, della medesima, (...) consiste nel garantire un accesso effettivo, facile e rapido alla procedura di protezione internazionale».

¹⁵⁹ Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta (rifusione), COM(2009) 551 def., 21 ottobre 2009, par. 1.1.

alla sua credibilità e, nello specifico, alla presunzione che la reiterazione dell'istanza sia esclusivamente ascrivibile alla volontà di ritardare il più possibile l'allontanamento dal territorio¹⁶⁰. Come già più volte sottolineato, infatti, la presentazione della domanda di protezione internazionale implica, automaticamente, il diritto di rimanere sul territorio per tutta la durata della procedura¹⁶¹ (salvo i casi di deroga espressamente previsti, tra cui, appunto la proposizione di una «domanda reiterata»)¹⁶².

3.1.6. L'analisi del concetto di abuso con riferimento alle condotte esaminate

Si tratta a questo punto di verificare se, nell'esame delle fattispecie ricondotte al concetto di abusività sino ad ora prese in considerazione, sia prospettabile l'utilizzo delle categorie elaborate nel primo capitolo, al fine di trarre alcune conclusioni in punto di qualificazione giuridica del concetto di "abuso" ad esse sotteso.

Un primo aspetto che pare opportuno evidenziare concerne la diversa caratterizzazione delle condotte esaminate, che consente di suddividere le tipologie di comportamenti presi in considerazione in due sottogruppi: da un lato, i movimenti secondari e le domande multiple (intese come domande presentate in diversi Stati membri), e, dall'altro, le domande reiterate nel medesimo Stato membro e quelle presentate da persone che siano provenienti da un «paese di origine sicuro», un «paese di primo asilo», o un «paese terzo

¹⁶⁰ D'altra parte, tuttavia, come ricordato da Corte di giustizia, sentenza del 22 novembre 2012, causa C-277/11, *M.M.*, l'obbligo di cooperazione imposto in capo allo Stato membro, al momento della determinazione degli elementi significativi della domanda di asilo, «implica (...) concretamente che, se, per una qualsivoglia ragione, gli elementi forniti dal richiedente una protezione internazionale non sono esaustivi, attuali o pertinenti, è necessario che lo Stato membro interessato cooperi attivamente con il richiedente, in tale fase della procedura, per consentire di riunire tutti gli elementi atti a sostenere la domanda. Peraltro, uno Stato membro riveste una posizione più adeguata del richiedente per l'accesso a determinati tipi di documenti» (punti 64 e 65).

¹⁶¹ Articolo 9 direttiva 2013/32/UE.

¹⁶² È la stessa Corte europea dei diritti dell'uomo a riconoscere l'esigenza degli Stati membri dell'UE di alleggerire la pressione del numero di domande di asilo ricevute e, in particolare, di trovare un modo per gestire le domande di asilo ripetitive e chiaramente abusive o manifestamente infondate. Cfr., *ex multis*, Corte EDU, sentenza del 6 giugno 2013, ricorso n. 2283/12, *Mohammed c Austria*, par. 80. Nella pronuncia richiamata, tuttavia, la Corte ha altresì evidenziato l'importanza di consentire l'accesso ad un rimedio effettivo con effetto sospensivo automatico al richiedente che presenti una domanda di asilo argomentata ai sensi dell'articolo 3 della CEDU. Infatti, come ricorda M. RENEMAN, *EU Asylum Procedures and the Right to an Effective Remedy*, London, 2014, p. 121, «[o]nly if the subsequent application can prima facie be considered abusively repetitive or entirely manifestly ill-founded may the State make an exception to the right to remain».

sicuro». Tale ripartizione si spiega alla luce del fatto che i vari comportamenti richiamati possono essere letti, nel primo caso, come forme di *abusive rule avoidance*, mentre, nel secondo caso, come ipotesi di *abusive rule appropriation*.

i) I movimenti secondari e le domande multiple

I movimenti secondari e le domande multiple rappresentano, come più volte evidenziato, le principali “condotte abusive” osteggiate dai meccanismi che regolano il funzionamento del CEAS, primo tra tutti, il regolamento Dublino.

In primo luogo, occorre ricordare che tali fenomeni – strettamente correlati tra loro – vengono spiegati alla luce delle differenze intercorrenti tra i sistemi di asilo dei diversi Stati membri, che portano i richiedenti protezione interazionale a spostarsi all’interno del territorio dell’Unione, al fine di presentare domanda nel luogo da loro considerato maggiormente conveniente. Tale convenienza, come è stato sottolineato, può dipendere da diversi fattori: la presenza di legami familiari, maggiori vantaggi economico-sociali garantiti da un determinato sistema di asilo nazionale, più concrete possibilità di inserirsi nel mondo del lavoro, ecc. Come si può dunque intuire, tali fenomeni – che presuppongono uno spostamento da uno Stato membro ad un altro, per beneficiare di diverse condizioni economico, sociali, lavorative – sono assimilabili a quelle ipotesi in cui il soggetto interessato pone in essere una condotta volta ad aggirare la normativa nazionale, al fine di assicurare l’operatività della normativa disposta da un altro Stato membro, invocando il diritto dell’Unione.

Come era stato illustrato nel corso dell’analisi condotta nel capitolo I, perché siano configurabili siffatti comportamenti, è necessaria la compresenza di tre elementi: *i)* l’esistenza di un «dislivello» tra la normativa interna delineata all’interno di due (o più) ordinamenti giuridici diversi; *ii)* l’intenzione dell’agente di beneficiare dell’applicazione di una normativa diversa rispetto a quella che, formalmente, dovrebbe trovare applicazione nei suoi confronti, in quanto ritenuta più vantaggiosa; *iii)* lo “sfruttamento” di una norma di collegamento di matrice europea che consente al soggetto interessato di attrarre” il diritto di un altro ordinamento e, quindi, di “scegliere” la norma o le altre condizioni cui sottoporsi.

Orbene, nel contesto in esame, sembrano certamente ipotizzabili i primi due elementi sopra riportati: *i)* l’esistenza di forme di abuso del sistema viene ricondotta (anche) all’assenza di una completa omogeneità tra gli ordinamenti dei diversi Stati membri, che

incentiva le pratiche elusive che vengono contestate a livello istituzionale; *ii*) l'elemento soggettivo – ossia la volontà di beneficiare di una normativa diversa rispetto a quella formalmente applicabile, in quanto considerata più favorevole – appare desumibile da atteggiamenti quali i movimenti secondari, i quali, tendenzialmente, si spiegano con l'intenzione dei richiedenti asilo di ottenere la registrazione della propria domanda di asilo in uno Stato membro diverso da quello competente ai sensi dei criteri del regolamento Dublino¹⁶³.

Tuttavia, appare più complesso parlare di “sfruttamento” del diritto dell'Unione, dal momento che non sussiste alcuna disposizione europea che consenta ai richiedenti asilo, ma anche a coloro che siano stati riconosciuti come beneficiari di protezione internazionale, di circolare liberamente nel territorio degli Stati membri, in attesa di una decisione sulla domanda di asilo. I primi, infatti, ottengono, da parte dello Stato membro presso il quale hanno presentato la domanda di asilo, il rilascio di un documento nominativo che consente loro di rimanere in tale Stato membro, ai fini esclusivi della procedura, fintantoché l'autorità accertante non abbia preso una decisione, e che garantisce loro la libertà di circolare esclusivamente nel territorio dello Stato membro ospitante (salva, peraltro, la possibilità per lo Stato stesso di restringere ancora maggiormente la loro libertà di circolazione a determinate aree, anche fissando il loro luogo di residenza, in presenza di determinate esigenze)¹⁶⁴. I beneficiari di una forma di protezione internazionale, invece, godono di un pieno diritto di soggiorno e circolazione nel Paese che ha concesso loro il relativo status, ma non altrettanto in altri Stati membri.

Ciò permette di giungere ad una duplice conclusione. In primo luogo, non esiste una norma all'interno del quadro normativo europeo che vieti espressamente ai richiedenti o ai beneficiari di protezione internazionale di spostarsi all'interno del territorio

¹⁶³ Come era stato evidenziato, ad esempio, COM(2008) 360 def., cit., «le differenze constatate tra le decisioni con cui si accolgono o si rigettano le domande di asilo di richiedenti provenienti dagli stessi paesi di origine mettono in luce un problema di fondo del sistema europeo comune di asilo vigente: anche dopo una certa armonizzazione legislativa a livello europeo, vari fattori, fra cui la mancanza di prassi comuni, le differenti tradizioni e la diversità delle fonti d'informazione sui paesi d'origine, intervengono a determinare risultati divergenti. Ne conseguono movimenti secondari e ciò è contrario al principio della parità di accesso alla protezione in tutta l'UE». Tuttavia, occorre precisare che l'elemento soggettivo delineato nei termini suddetti necessita di un accertamento caso per caso e che le considerazioni svolte in questa sede presuppongono un certo grado di approssimazione, sulla base di ciò che, alla luce di un ragionamento logico, può rappresentare *l'id quod plerumque accidit*.

¹⁶⁴ Cfr. Articoli 6 e 7 direttiva 2013/33/UE e Articolo 9 della direttiva 2013/32/UE.

dell'Unione, al fine, nella maggior parte dei casi, di presentare una nuova domanda di asilo. In secondo luogo, non sussistono nemmeno disposizioni che consentono a tali soggetti una libertà di circolazione da "sfruttare", per poter "beneficiare" del sistema di asilo di uno Stato membro diverso da quello che sarebbe astrattamente competente alla gestione della loro domanda di asilo, ovvero diverso da quello che, avendo loro riconosciuto una forma di protezione, sarebbe astrattamente competente a gestire anche la fase della loro integrazione sul territorio.

In conclusione, sebbene i movimenti secondari e le correlate domande multiple sembrino avvicinarsi a quei comportamenti catalogati nell'ambito delle categorie di ipotesi di *abusive rule avoidance*, se ne differenziano proprio per il fatto che, pur non costituendo dei comportamenti espressamente vietati dall'ordinamento europeo, non rappresentano neppure condotte legittime. Ciò che non è vietato non è automaticamente lecito: è l'intero sistema – e il regolamento Dublino in particolare –, anzi, a porsi in aperto contrasto con siffatti fenomeni, pur senza vietarli mai espressamente.

ii) Le domande reiterate e l'operatività dei concetti di «paese di origine sicuro», «paese di primo asilo», e «paese terzo sicuro»

I comportamenti alla base delle domande reiterate – intese come istanze presentate da un medesimo soggetto, nel medesimo Stato membro –, e quelli consistenti nella presentazione di una domanda di asilo presumibilmente non fondata, data la provenienza da un Paese considerato «sicuro», possono essere accomunati dal fatto di rappresentare atteggiamenti volti a "forzare" il diritto dell'Unione, al fine di ottenere vantaggi in realtà non realmente spettanti al soggetto.

Si potrebbe dunque pensare ad un'assimilazione di queste condotte con quelle ricomprese nella categoria di ipotesi denominata *abusive rule appropriation*, e caratterizzata, come più volte sottolineato, da fattispecie di abuso nell'applicazione della normativa dell'Unione stessa, in cui le condizioni richieste per l'operatività della disciplina di matrice europea siano state create in modo artificioso, al fine di godere di diritti di cui, diversamente, non si potrebbe legittimamente essere titolari.

Si pensi, ad esempio, al fatto che una domanda reiterata potrebbe astrattamente consentire al soggetto di prolungare il soggiorno sul territorio dell'Unione e, dunque, di godere di un diritto concesso dal sistema dell'Unione solamente a coloro che possano essere qualificati richiedenti asilo. Allo stesso modo, la presentazione di una domanda di

asilo, a prescindere dal fatto che sia stata avanzata da un soggetto non realmente bisognoso di protezione (perché, ad esempio, proveniente da un «paese di origine sicuro»), consentirebbe al soggetto di beneficiare di tutti i diritti connessi allo status di “richiedente protezione internazionale”, e, in particolare, del diritto di soggiorno nello Stato membro responsabile della domanda e delle misure di accoglienza.

Ancora una volta, tuttavia, emerge un elemento che caratterizza le condotte qui in esame che non consente una loro completa parificazione alla casistica esaminata con riferimento ad altri settori del diritto. Il carattere reiterato di un’istanza, così come la provenienza da un «paese di origine sicuro» o da un «paese terzo sicuro», infatti, non rappresentano requisiti legittimi per godere dei benefici connessi alla qualifica di richiedente asilo, ma, al contrario, rappresentano comportamenti che lo stesso legislatore dell’Unione cerca di osteggiare. Dunque, non si è propriamente dinnanzi ad atteggiamenti che possano essere considerati equivalenti al tentativo di predisporre in maniera artificiosa i presupposti per l’operatività di una determinata garanzia prevista dalla normativa UE. Vale, pertanto, quanto precedentemente affermato con riferimento ai movimenti secondari e alle domande multiple: pur non sussistendo disposizioni che vietano espressamente tali atteggiamenti, essi non possono comunque essere considerati leciti.

3.1.7. La (non) operatività del test sull’abuso

Le differenze intercorrenti tra i meccanismi procedurali del sistema asilo e le fattispecie di condotte abusive relative ad altri settori del diritto, emerse dall’analisi condotta nel paragrafo precedente, rendono altresì difficoltosa l’applicazione del test sull’abuso elaborato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. Se si considerano, infatti, gli elementi che compongono tale test, occorrerebbe riscontrare: *i)* l’osservanza formale della norma: la persona fisica o giuridica che invoca una particolare disposizione è tenuta a soddisfare tutti i requisiti da essa richiesti; *ii)* la frustrazione dello scopo: l’applicazione della norma richiamata al comportamento del soggetto condurrebbe ad un risultato contrario alla *ratio* sottesa alla norma stessa; *iii)* il comportamento abusivo: al fine di beneficiare dell’applicazione della norma, il soggetto interessato ha preconstituito la situazione integrante i suoi presupposti applicativi. Orbene, con riferimento alla

fattispecie dell'abuso del diritto di avere accesso all'esame nel merito della domanda di asilo, condotto secondo i parametri fissati dal capo II della direttiva procedure, e, nella specie, dei meccanismi procedurali sin qui presi in considerazione, occorre ragionare come di seguito.

i) L'osservanza formale della norma

Innanzitutto, occorre considerare che il sistema procedurale tratteggiato dalla direttiva 2013/32/UE garantisce ai cittadini paesi terzi l'accesso all'asilo, attraverso la previsione del diritto di presentare istanze di riconoscimento della protezione internazionale nel territorio, compreso alla frontiera, nelle acque territoriali o nelle zone di transito degli Stati membri¹⁶⁵. Eventualmente, potrebbe essere previsto dai singoli Stati membri che tali domande debbano essere introdotte personalmente e/o in un luogo designato¹⁶⁶. A fronte del dovere di registrazione delle istanze di protezione da parte delle autorità competenti entro i termini fissati dall'articolo 6, è previsto che i richiedenti asilo provvedano poi ad inoltrarle «quanto prima» (potendosi supporre, al contrario, il ritiro o la rinuncia delle/alle relative richieste).

Inoltre, la direttiva elenca all'articolo 13 alcuni obblighi inerenti allo svolgimento e all'istruzione della procedura di esame della domanda di asilo, in capo ai richiedenti stessi. O meglio: l'unico onere tassativamente imposto ai soggetti istanti concerne «l'obbligo di cooperare con le autorità competenti ai fini dell'accertamento dell'identità e degli altri elementi di cui all'articolo 4, paragrafo 2, della direttiva 2011/95/UE»; invece, per quanto riguarda tutte le ulteriori condizioni elencate dalla disposizione richiamata¹⁶⁷, la loro imposizione viene lasciata alla libera discrezionalità degli Stati membri.

Dunque, sarebbe l'osservanza formale di questi obblighi a dover essere accertata perché possa essere considerato integrato il primo elemento del test sull'abuso.

¹⁶⁵ Cfr. Articolo 3 della direttiva 2013/32/UE.

¹⁶⁶ Cfr. Articolo 6, par. 3 della direttiva 2013/32/UE.

¹⁶⁷ Si tratta, lo si ricorda, degli obblighi di: a) riferire alle autorità competenti o di comparire personalmente dinanzi alle stesse, senza indugio o in una data specifica; b) consegnare i documenti in loro possesso pertinenti ai fini dell'esame della domanda, quali i passaporti; c) informare le autorità competenti del loro luogo di residenza o domicilio del momento e di qualsiasi cambiamento dello stesso, non appena possibile, o accettare eventuali comunicazioni presso il luogo di residenza o domicilio più recente dallo stesso appositamente indicato; d) consentire ad essere sottoposti a perquisizione da parte delle autorità competenti; e) consentire ad essere fotografati; f) consentire a che le proprie dichiarazioni orali vengano registrate.

Invero, seguendo una diversa impostazione, sarebbe altresì possibile muovere dal presupposto che la condotta del richiedente asilo considerata abusiva consista nella predisposizione di condizioni volte all'ottenimento del diritto al riconoscimento della protezione internazionale; in tal caso, il diritto "abusato" coinciderebbe con il diritto ad una delle due forme di protezione internazionale. In questo senso, la valutazione circa il rispetto della norma formale, implicherebbe l'esigenza di prendere in considerazione le disposizioni relative alla fondatezza delle domande di asilo. Tra esse, certamente, devono essere annoverate quelle riguardanti i requisiti per il riconoscimento delle forme di protezione internazionale, ma altresì quelle relative all'inesistenza di possibili ragioni di infondatezza della domanda. In tal caso, a fronte di condotte cui siano applicabili i meccanismi procedurali sin qui esaminati non potrebbe neppure ammettersi la sussistenza del primo requisito del test sull'abuso, non potendo ritenersi integrata la norma formale volta al riconoscimento di una delle due forme di protezione internazionale¹⁶⁸.

ii) La frustrazione dello scopo

Venendo alla valutazione circa l'eventuale divergenza tra il risultato cui condurrebbe l'attribuzione al soggetto interessato del diritto discendente dalla norma di cui al punto *i)* e la *ratio* sottesa alla norma stessa, considerando il concetto di "abuso" con riferimento al diritto di natura procedurale di accesso all'esame della domanda di asilo, occorre sottolineare che lo scopo delle norme che descrivono il procedimento di riconoscimento della protezione internazionale coincide con la volontà di assicurare un esame «adeguato e completo»¹⁶⁹, nonché condotto «in modo individuale, obiettivo ed imparziale»¹⁷⁰ delle relative domande. Dunque, la frustrazione di un siffatto obiettivo si configurerebbe nel momento in cui una persona, pur rispondendo agli obblighi imposti dall'articolo 13 per procedere alla corretta proposizione di una domanda di asilo, non abbia in realtà diritto ad un esame nel merito dell'istanza, non integrando i presupposti per il riconoscimento di una delle due forme di protezione internazionale.

¹⁶⁸ Si consideri, ad esempio, il considerando n. 40 della direttiva procedure, che recita espressamente: «Criterio fondamentale per stabilire la fondatezza della domanda di protezione internazionale è la sicurezza del richiedente nel paese di origine. Se un paese terzo può essere considerato paese di origine sicuro, gli Stati membri dovrebbero poterlo designare paese sicuro e presumerne la sicurezza per uno specifico richiedente, a meno che quest'ultimo non adduca controindicazioni».

¹⁶⁹ Cfr. Considerando 18 della direttiva procedure.

¹⁷⁰ Cfr. Articolo 4, par. 3 e 10 della direttiva procedure.

E lo stesso ragionamento vale nel momento in cui si prende come parametro di riferimento per la valutazione della condotta abusiva il diritto di asilo in senso stretto – inteso come diritto alla protezione internazionale. Infatti, l’abuso del diritto ad avere accesso alla procedura, implica, quale diretta e inevitabile conseguenza, l’abuso del diritto al riconoscimento di una forma di protezione internazionale.

iii) Il comportamento abusivo

È l’ultimo requisito richiesto ai fini dell’operatività del test sull’abuso che, come si è già cercato di evidenziare, appare difettoso nei casi qui in esame.

È difficile immaginare che la presentazione di una domanda reiterata o la realizzazione di un movimento secondario rappresentino delle situazioni realmente integranti i presupposti applicativi delle norme relative all’accesso alle procedure e al riconoscimento di una delle forme di protezione internazionale. In presenza di condotte qualificabili come movimenti secondari, domande multiple, domande reiterate, ovvero che rendano applicabili le presunzioni legate al concetto di «paese sicuro», non si è dinnanzi a comportamenti qualificabili come abusivi perché caratterizzati dalla predisposizione artificiosa dei requisiti imposti dalle direttive per poter avere accesso alla procedura di esame delle domande di asilo e, dunque, al riconoscimento delle relative forme di protezione; piuttosto, siffatti comportamenti vengono implicitamente stigmatizzati come “abusivi” per una scelta legislativa. Infatti, i meccanismi procedurali che sono stati esaminati, pur non imponendo a coloro che aspirino a presentare una domanda di protezione internazionale di osservare particolari doveri, introducono delle “clausole di salvaguardia” del sistema, che, al fine di assicurarne l’efficace funzionamento, operano in ragione di presunzioni relative all’infondatezza delle istanze rispondenti a determinate caratteristiche, o presentate secondo certe modalità.

In sostanza, le condotte implicanti l’operatività dei meccanismi esaminati vengono contrassegnate come abusive già a livello programmatico, e proprio e solo questo tipo di caratterizzazione giustifica la riduzione delle garanzie procedurali connesse alle singole domande di asilo da esse scaturenti.

Si pensi, ad esempio, alla situazione che si configura con la presentazione di diverse domande di asilo in diversi Stati membri, da parte di un richiedente, il quale, dopo aver fatto ingresso in un Paese frontaliero, si sposti all’interno del territorio dell’Unione, al fine di raggiungere una destinazione in cui aspiri di avere maggiori opportunità di

integrazione socio-lavorativa. In questo caso, con riferimento alla condotta del soggetto – che può essere descritta come movimento secondario, accompagnato da domande multiple –, occorre considerare che: a) tale condotta non implica la stretta violazione di alcuna disposizione europea, dal momento che non vi è alcuna norma che imponga uno stretto divieto di spostamenti tra Stati membri; b) nel contempo, un siffatto comportamento non viene legittimato da alcuna norma e, al contrario, si contrappone alla logica del sistema Dublino, basato su una rigida ripartizione delle competenze tra Stati membri quanto all’esame delle domande di asilo e alla gestione della situazione giuridica di un determinato richiedente asilo (principio dell’unicità della competenza); c) il richiedente, presentando una seconda domanda di asilo in un diverso Stato membro, non ha precostituito in modo artificioso i requisiti per accedere alla domanda di asilo, ma, semplicemente, ha posto in essere un comportamento osteggiato dal sistema, in quanto ritenuto “in astratto” abusivo.

E lo stesso ragionamento risulta replicabile anche con riferimento alle altre condotte “abusive” sinora prese in considerazione nell’ambito del settore asilo.

3.2. Le norme di natura sostanziale

3.2.1. Il bisogno di protezione internazionale *sur place*

i) Il regime giuridico

Un primo profilo che merita considerazione nel percorso di analisi di fattispecie che abbiano rilevanza con riferimento al concetto di abuso concerne il diritto, riconosciuto dalla direttiva qualifiche, di beneficiare dello status di rifugiato o della protezione sussidiaria sulla base di un bisogno di protezione internazionale che si concretizza sul posto (*sur place*), cioè a causa di eventi che hanno luogo quando quella persona ha già lasciato il suo paese di origine. Tale eventualità risulta espressamente regolata dall’articolo 5 e una previsione analoga era stata introdotta già con la direttiva 2004/83/CE, in forza della proposta della Commissione del 2001¹⁷¹. Al contrario, una

¹⁷¹ La direttiva attualmente in vigore non riporta invece quanto previsto dai paragrafi 6 e 7 dell’articolo 20 della direttiva del 2004, i quali prevedevano la facoltà per gli Stati membri di ridurre le garanzie spettanti ad un rifugiato o ad un beneficiario della protezione sussidiaria, «il cui status (...) sia stato ottenuto per

disposizione *ad hoc* non è prevista nella Convenzione di Ginevra, all'interno della quale la definizione di "rifugiato" non distingue tra chi fugge dal proprio Paese per evitare la prospettiva di essere perseguitato e chi, trovandosi già all'estero, scopre di non poter tornare in sicurezza a causa dei rischi presenti nel proprio Stato¹⁷².

Sono due le modalità attraverso le quali può estrinsecarsi il bisogno di protezione internazionale *sur place*: la prima coincide con l'ipotesi in cui l'esigenza di tutela sia determinata da avvenimenti verificatisi nel Paese d'origine durante l'assenza dell'interessato; la seconda, invece, si configura nel momento in cui il bisogno di protezione internazionale sia il risultato della condotta tenuta dall'interessato dopo aver lasciato il Paese d'origine.

In effetti, il primo paragrafo dell'articolo 5 fa riferimento all'ipotesi in cui il timore fondato di essere perseguitato o il rischio effettivo di subire un danno grave siano basati «su avvenimenti verificatisi dopo la partenza del richiedente dal suo paese di origine», includendo tutti gli eventi originatisi indipendentemente da qualsiasi attività successivamente intrapresa dal richiedente stesso. La direttiva, non specificando quale tipologia di avvenimenti debbano essere presi in considerazione ai fini dell'applicabilità della disposizione, consente di attribuire rilevanza sia a mutamenti verificatisi all'interno del Paese d'origine – di cui non vi era la minima avvisaglia la momento della partenza del richiedente asilo –, che ne hanno rivoluzionato la situazione socio-politica, sia all'intensificazione di una situazione di instabilità già in parte presente all'interno del Paese, ma non originariamente tale da rappresentare una minaccia reale per l'interessato¹⁷³.

attività svolte al fine esclusivo o principale di creare le condizioni necessarie al riconoscimento di tale status». Secondo la Commissione, suddette disposizioni non favorivano l'integrazione e sollevavano preoccupazioni dal punto di vista del principio di non discriminazione (cfr. Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta (rifusione), COM(2009) 551 del 21 ottobre 2009, Memorandum esplicativo, p. 9).

¹⁷² Come chiarito da J. C. HATHAWAY, M. FOSTER, *The Law of Refugee Status*, Cambridge, 2014, p. 75, in virtù del requisito che il richiedente «si trova fuori dello Stato di cui possiede la cittadinanza», ovvero «essendo apolide e trovandosi fuori del suo Stato di domicilio», la Convenzione protegge, su un piano di parità, tutte le persone costrette a rimanere al di fuori del proprio Paese, sia che si trovino già in uno Stato straniero, sia che siano costrette a fuggire.

¹⁷³ J. C. HATHAWAY, M. FOSTER, *The Law of Refugee Status*, cit., p. 76.

Il secondo paragrafo dell'articolo 5, invece, copre i casi in cui il timore fondato di persecuzione o il rischio effettivo di subire un danno grave siano causalmente correlati ad «attività svolte dal richiedente dopo la sua partenza dal paese d'origine», soprattutto quando tali attività «costituiscono l'espressione e la continuazione di convinzioni od orientamenti già manifestati nel paese d'origine». Tale ultima precisazione trova una giustificazione se letta in combinato disposto con quanto sancito dall'articolo 4, par. 3, lett. d) della direttiva qualifiche, relativo agli elementi che devono essere presi in considerazione dalle autorità competenti nell'ambito dello svolgimento dell'esame individuale delle domande di protezione internazionale. In particolare, la norma chiarisce che la valutazione da effettuarsi deve tenere in considerazione l'«eventualità che le attività svolte dal richiedente dopo aver lasciato il paese d'origine abbiano mirato esclusivamente o principalmente a creare le condizioni necessarie alla presentazione di una domanda di protezione internazionale, al fine di stabilire se dette attività esponano il richiedente a persecuzione o a danno grave in caso di rientro nel paese». Dalla lettura in parallelo delle due disposizioni emerge l'idea che le attività successive alla partenza che non costituiscono espressione o continuazione delle convinzioni o degli orientamenti posseduti dall'interessato nel Paese d'origine, non possono considerarsi, *de plano*, abusive¹⁷⁴. E ciò si ricollega all'esigenza di riconoscere al richiedente asilo il diritto alla libertà di espressione, alla libertà di religione e alla libertà di associazione, nei limiti definiti dall'articolo 2 della Convenzione del 1951 e da altri strumenti a tutela dei diritti umani. Come chiarito da UNHCR¹⁷⁵, tali libertà includono il diritto di cambiare la propria religione o le proprie convinzioni, il che potrebbe avvenire dopo la partenza, ad esempio a causa di una disaffezione nei confronti della religione o delle politiche del Paese d'origine, o di una maggiore consapevolezza dell'impatto di certe politiche.

¹⁷⁴ Come esemplificato dal Consiglio nella posizione espressa il 4 marzo 1996, l'ipotesi in cui convinzioni e orientamenti sorti successivamente alla partenza dal Paese d'origine determinino il diritto del richiedente asilo al riconoscimento di una delle due forme di protezione internazionale concerne soprattutto le situazioni in cui la persona interessata non era ancora in grado di stabilire le proprie convinzioni a causa dell'età (cfr. Posizione comune del 4 marzo 1996 definita dal Consiglio in base all'articolo K.3 del trattato sull'Unione europea relativa all'applicazione armonizzata della definizione del termine «rifugiato» ai sensi dell'articolo 1 della convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 relativa allo status dei rifugiati, par. 9.2).

¹⁷⁵ UNHCR comments on the European Commission's proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on minimum standards for the qualification and status of third country nationals or stateless persons as beneficiaries of international protection and the content of the protection granted, COM(2009)551, 21 October 2009, pp. 15-16.

Tali attività, dunque, devono sempre fare oggetto di attenta valutazione da parte dell'autorità responsabile dell'esame della domanda di asilo, poiché, pur potendo corrispondere ad un'attività abusiva del soggetto, tesa a preconstituire una situazione apparentemente rispondente ad un bisogno di protezione, al contrario, potrebbero invece essere frutto di una reale convinzione del soggetto, tale da esporlo ad un fondato pericolo di persecuzione o ad un effettivo rischio di danno grave. Peraltro, il concetto di "manifestazione" riferito agli orientamenti e alle convinzioni che potrebbero costituire motivo di persecuzione o danno grave per l'interessato nel Paese d'origine, suggerisce che tali convincimenti non debbano necessariamente essersi estrinsecati nel Paese d'origine in atti concreti, ma potrebbero anche coincidere con mere convinzioni interiori del soggetto, mai esplicitate esternamente. Chiaramente, in tali casi, si pone un problema di prova, che potrà essere superato attraverso un'attenta valutazione della credibilità del richiedente¹⁷⁶.

Pertanto, nel valutare le richieste basate su attività svolte dal richiedente all'estero post-partenza, l'attenzione dovrebbe concentrarsi semplicemente sull'eventualità che tali attività possano plausibilmente giungere all'attenzione delle autorità del Paese d'origine del richiedente e, in tal caso, che il rischio che ne deriva possa essere sufficientemente grave da costituire un rischio di persecuzione basato su uno dei motivi della Convenzione¹⁷⁷. Si pensi, ad esempio, all'ipotesi di un richiedente che abbia sviluppato una determinata convinzione politica, critica per il regime instauratosi nel Paese d'origine, ma non sussista un fondato timore di persecuzione, dal momento che lo Stato tollera tale comportamento da parte dei suoi cittadini.

A tutto ciò, si aggiunge la previsione di cui al paragrafo 3 dell'articolo 5, che, a livello generale, stabilisce la facoltà degli Stati membri «di non riconoscere di norma lo status di rifugiato a un richiedente che abbia introdotto una domanda successiva se il rischio di persecuzioni è basato su circostanze determinate dal richiedente stesso dopo la partenza dal paese di origine». Si tratta di una disposizione opzionale, che non tutti gli Stati membri

¹⁷⁶ Cfr. H. DÖRIG, *Asylum Qualification Directive 2011/95/UE, Article 5 MN 9*, in D. THYM, K. HAILBRONNER (eds.), *op. cit.*, p. 1263.

¹⁷⁷ J. C. HATHAWAY, M. FOSTER, *The Law of Refugee Status*, cit., p. 80. Quanto all'onere della prova circa la reale possibilità di conoscenza da parte delle autorità delle attività poste in essere dal richiedente all'estero, gli A. sottolineano come sia sufficiente allegare prove indiziarie, essendo impossibile per il richiedente fornire una prova diretta di tale conoscenza.

hanno deciso di trasporre all'interno dei loro ordinamenti nazionali, e che riflette l'esigenza di prevenire eventuali abusi da parte dei richiedenti asilo della possibilità di presentare una domanda di protezione internazionale a causa di un bisogno sorto *sur place*. Ciò è quanto è stato esplicitato dal Consiglio nella posizione comune del 4 marzo del 1996: «se la manifestazione delle convinzioni dell'interessato ha chiaramente come scopo principale di creare le condizioni per l'ammissione allo status di rifugiato, le sue attività non possono in linea di massima valergli il riconoscimento di tale status, fatto salvo il diritto dell'interessato di non essere rinvio in un paese in cui la sua vita, la sua integrità fisica o la sua libertà siano in pericolo»¹⁷⁸. Tuttavia, occorre considerare che se il cittadino di un Paese terzo dimostra un fondato timore di essere perseguitato o un rischio effettivo di danno grave a causa di circostanze create – anche strumentalmente – dopo il suo ingresso nel Paese ospitante, né la Convenzione di Ginevra sui rifugiati, né altro strumento di diritto internazionale che riconosce l'asilo consente di negare tale diritto in virtù di un'asserita frode posta in essere dal soggetto interessato¹⁷⁹.

Si segnala, peraltro, che tale disposizione, benché testualmente riferita esclusivamente alle domande reiterate, in alcuni casi era stata applicata, almeno nella vigenza della direttiva qualifiche del 2004, come riferita, altresì, alle prime domande¹⁸⁰.

Occorre da ultimo segnalare che la norma, in ogni caso, fa «salva la Convenzione di Ginevra»¹⁸¹. Tale inciso, che non trova una spiegazione nei documenti istituzionali, è stato oggetto di interpretazione da parte della dottrina. In particolare, alcuni commentatori sono giunti alla conclusione che il riferimento alla Convenzione non consentirebbe di escludere dallo *status* di rifugiato le persone che possono dimostrare un fondato timore di persecuzione, pur nel caso in cui queste ultime si siano intenzionalmente impegnate in attività che le hanno portate ad esporsi ad un rischio di persecuzione o danno grave nel Paese d'origine – avendo, in sostanza, “precostituito” i loro bisogni di protezione in modo

¹⁷⁸ Cfr. Posizione comune del 4 marzo 1996, cit., par. 9.2

¹⁷⁹ In questo senso, la disposizione richiamata introdurrebbe un motivo di rifiuto della protezione internazionale palesemente in contrasto con la Convenzione sui rifugiati. In tal senso, H. BATTJES, *Piecemeal Engineering: The Recast of the Rules on Qualification for International Protection*, in V. CHETAIL, P. DE BRUYCKER, F. MAIANI (eds.), *op. cit.*, pp. 221-223.

¹⁸⁰ Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio sull'applicazione della direttiva 2004/83/CE, del 29 aprile 2004, recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta, COM(2010)314 def., 16 giugno 2010.

¹⁸¹ Articolo 5, par. 3 della direttiva qualifiche.

abusivo¹⁸². Diversamente, il rischio, evidenziato in dottrina, è che la disposizione porti a dare eccessiva importanza alle motivazioni del richiedente piuttosto che alla valutazione della fondatezza della richiesta¹⁸³.

In sostanza, dunque, le autorità competenti all'esame delle domande di asilo potrebbero giungere alla conclusione che, a fronte di attività post-partenza poste in essere dal richiedente, che – almeno astrattamente – giustificano un timore di persecuzione o un rischio effettivo di danno grave: a) tali attività sono l'espressione e il prolungamento di convinzioni già manifestate nel paese d'origine dallo stesso richiedente ovvero sono obiettivamente la conseguenza di sue personali caratteristiche che possono condurre al riconoscimento dello *status* di rifugiato o della protezione sussidiaria (e, in questo caso, trova applicazione l'articolo 5, par. 2); b) si tratta di attività strumentalmente realizzate dal richiedente al fine di preconstituire una situazione tale da soddisfare i criteri di inclusione nello status di rifugiato o nella protezione sussidiaria. In questa seconda ipotesi, occorre distinguere il caso in cui non si configura, in ogni caso, un fondato timore di persecuzione o un rischio effettivo di danno grave, non rendendosi così necessario concedere alcuna forma di protezione internazionale; e l'eventualità in cui, a prescindere

¹⁸² J. C. HATHAWAY, M. FOSTER, *The Law of Refugee Status*, cit., p. 79 e ss. Come precisato dagli autori, «[w]here an individual takes action in line with international human rights norms – including choosing to remain abroad or to seek asylum – her conduct should not be stigmatized as amounting to no more than an inappropriate and self-induced risk of being persecuted. (...) There is, as such, no basis to characterize such claims as unattractive, much less as inappropriate under the terms of the Convention». Lo stesso UNHCR aveva raccomandato l'abrogazione del paragrafo 3 dell'articolo in commento: «In UNHCR's view, the "sur place" analysis does not require an assessment of whether the asylum-seeker has created the situation giving rise to persecution or serious harm by his or her own decision. Rather, as in every case, what is required is that the elements of the refugee definition are in fact fulfilled. The person who is objectively at risk in his or her country of origin is entitled to protection notwithstanding his or her motivations, intentions, conduct or other surrounding circumstances. The 1951 Convention does not, either explicitly or implicitly, contain a provision according to which its protection is unavailable to persons whose claims for asylum are the result of actions abroad. The phrase "without prejudice to the Geneva Convention" in Article 5 (3) would require such an approach» (cfr. UNHCR comments on the European Commission's proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on minimum standards for the qualification and status of third country nationals or stateless persons as beneficiaries of international protection and the content of the protection granted, COM(2009)551, 21 October 2009). Al contrario, la proposta della Commissione del 2016 voleva rendere la disposizione obbligatoria (cfr. COM(2016) 466 def., cit., p. 32).

¹⁸³ Si veda, in questi termini, S. PEERS, V. MORENO-LAX, M. GARLICK, E. GUILD, *EU Immigration and Asylum Law (Text and Commentary): Second Revised Edition, Volume 3: EU Asylum Law*, Lieden-Boston, 2015, p. 95. Secondo gli A., peraltro, la formulazione dell'eccezione contenuta nell'articolo 5, par. 3 sarebbe in contraddizione con la giurisprudenza della Corte di giustizia relativa alla nozione di persecuzione, secondo la quale non ci si può aspettare che i rifugiati esercitino un autocontrollo per quanto riguarda la loro religione e sessualità - e, probabilmente per estensione, anche le loro opinioni politiche.

dall'intenzione del richiedente, sussistono comunque oggettive esigenze di protezione che implicano un riconoscimento dello status di rifugiato o di beneficiare della protezione internazionale. A queste condizioni, ammettere la possibilità degli Stati membri di negare a prescindere la protezione internazionale, comporterebbe il rischio che persone che hanno un fondato timore di essere perseguitate o che rischiano di subire gravi danni vengano escluse da qualsiasi forma di tutela sulla base di una valutazione giuridicamente irrilevante e per definizione altamente soggettiva del tentativo di creare le condizioni di ammissibilità alla protezione internazionale¹⁸⁴.

ii) La descrizione delle condotte

A fronte del quadro giuridico sopra riportato, è possibile avanzare alcune considerazioni in merito alla *ratio* che soggiace alla previsione che riconosce, o, al contrario, esclude la sussistenza di un bisogno di protezione internazionale sorto *sur place*. In particolare, merita attenzione il secondo paragrafo dell'articolo 5, il quale, come chiarito dalla Commissione nella proposta alla base dell'adozione della prima direttiva qualifiche, «riguarda la questione delle domande “sul posto” basate sulle attività svolte dal richiedente dopo che ha lasciato il suo paese di origine» e «verte sulla questione dell'abuso» delle suddette domande¹⁸⁵.

Occorre partire dal presupposto che il richiedente asilo, in un momento successivo alla partenza dal Paese d'origine, potrebbe porre in essere attività tali da esporlo, qualora eventualmente costretto a tornare in patria, a forme di persecuzione o di danno grave, tali da rendere necessario il riconoscimento di una forma di protezione ai sensi della direttiva qualifiche. Il problema che si è posto, tuttavia, concerne l'eventualità che tali attività vengano realizzate dal soggetto al solo fine di precostituire una situazione tale da apparire, appunto, bisognosa di una forma di tutela¹⁸⁶.

¹⁸⁴ Cfr. ECRE Comments on the Commission Proposal for a Qualification Regulation COM(2016) 466, November 2016, p. 15.

¹⁸⁵ Proposta di direttiva del Consiglio recante norme sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi ed apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto dello status di protezione, COM(2001)510 def., 26 febbraio 2002, p. 16 e ss.

¹⁸⁶ Il tema è strettamente correlato a quello relativo alla valutazione di credibilità delle dichiarazioni rese dal richiedente asilo nel corso del colloquio personale previsto dalla direttiva procedure quale momento fondamentale ai fini istruttori. Il colloquio personale, infatti, garantisce al soggetto interessato un'effettiva e congrua possibilità di corroborare la propria istanza di protezione internazionale, e garantire che le autorità competenti provvedano a un'attenta valutazione delle esigenze di protezione del richiedente. Diviene dunque fondamentale l'espletamento di un congruo esame della credibilità di suddette affermazioni, e ciò,

È questa l'idea che ha giustificato l'introduzione, da un lato, dell'articolo 4, par. 3, lett. d) della direttiva qualifiche (che deve leggersi, come già illustrato, in combinato disposto con l'articolo 5, par. 2, e, dall'altro, dell'articolo 5, par. 3 della medesima direttiva. Infatti, l'articolo 4, chiedendo agli Stati di tenere in considerazione l'eventualità che il richiedente asilo, ponendo in essere determinate attività dopo aver lasciato il paese d'origine, abbia mirato «esclusivamente o principalmente a creare le condizioni necessarie alla presentazione di una domanda di protezione internazionale», suggerisce una presunzione di abusività connessa ad un siffatto comportamento, che implica, quale conseguenza, il mancato riconoscimento della protezione internazionale stessa¹⁸⁷. La medesima logica soggiace alla previsione contenuta nell'articolo 5, par. 3, il quale, come si è avuto modo di illustrare, attribuisce agli Stati membri la facoltà di introdurre una regola implicante il rigetto delle istanze di asilo a fronte di domande reiterate fondate su circostanze «determinate dal richiedente stesso dopo la partenza dal paese di origine».

Tuttavia, occorre considerare, innanzitutto, che, come implicitamente ammesso dall'articolo 5, par. 2, eventuali attività poste in essere da un richiedente asilo all'estero, dopo aver lasciato il proprio Paese d'origine, possono essere frutto dell'esercizio di una libera manifestazione del pensiero e, dunque, pur non implicando alcuna continuità con le posizioni espresse dallo stesso soggetto in patria, potrebbero comunque assumere rilevanza nell'ottica del riconoscimento di una forma di protezione internazionale.

In secondo luogo, non deve dimenticarsi che «il fatto che il timore di persecuzione o di altro grave danno ingiusto sia stato costruito non significa necessariamente che tale

a maggior ragione, con riferimento alle domande di asilo promosse a causa di bisogni di protezione sorti *sur place*, che implicano una valutazione circa l'attendibilità di quanto dichiarato rispetto alle convinzioni ed orientamenti sviluppati dal soggetto fuori dal Paese d'origine e che potrebbero determinare per lo stesso un pericolo di persecuzione o danno grave. Sul tema, in generale, si veda G. NOLL, *Evidentiary Assessment in Refugee Status Determination and the EU Qualification Directive*, in *European public law*, 2006, p. 295 e ss., in particolare p. 308. Si vedano altresì gli orientamenti della Corte europea dei diritti dell'uomo sulle domande di asilo fondate sulla religione, quando il richiedente asilo fa riferimento a una conversione «*sur place*», i quali sottolineano l'importanza di necessario un esame rigoroso e approfondito delle circostanze e della conversione. Cfr., tra le altre, Corte EDU, Grande Camera, sentenza del 23 marzo 2016, ricorso n. n. 43611/11, *F.G. c. Svezia*, e sentenza del 19 dicembre 2017, ricorso n. 60342/16, *A. c. Svizzera*.

¹⁸⁷ Come chiarito dalla Commissione (cfr. COM(2001) 510 def., cit., p. 16), nel momento in cui è possibile «stabilire con ragionevole certezza che le attività svolte successivamente all'uscita dal paese di origine sono state avviate con l'unico fine di costruire artificialmente le condizioni necessarie per beneficiare della protezione internazionale, gli Stati membri hanno diritto di presupporre che tali attività non costituiscano, in linea di principio, motivo per tale concessione e possono nutrire seri dubbi circa la credibilità del richiedente».

timore non possa essere fondato e pertanto sufficiente a giustificare la concessione della protezione internazionale»¹⁸⁸. Infatti, il richiedente protezione internazionale, oltre a dimostrare la sussistenza di un timore fondato di persecuzione per uno dei cinque motivi previsti dalla Convenzione di Ginevra, o un rischio effettivo di danno grave, non è tenuto a soddisfare alcun altro requisito relativo, ad esempio, all'intenzione sottesa alla domanda di asilo¹⁸⁹, poiché l'unica valutazione che deve essere effettuata deve concernere l'esistenza di un potenziale pericolo al momento del rimpatrio.

Pertanto, in tutti i casi considerati – e, quindi, sia nel caso in cui le attività poste in essere siano frutto di una genuina espressione del pensiero del soggetto, sia nel caso in cui sia evidente che le medesime attività siano mosse da un intento abusivo (nel senso che sono state motivate principalmente dall'intenzione di ottenere l'asilo) –, gli Stati membri sono tenuti ad effettuare un esame adeguato e completo, nei termini richiesti dalla direttiva qualifiche e dalla direttiva procedure, prescindendo da qualsiasi valutazione sulla buona o mala fede del soggetto richiedente. In particolare, essi devono provvedere a che le autorità competenti riconoscano i richiedenti quali persone bisognose di protezione internazionale, qualora suddette attività possano essere ragionevolmente conosciute dalle autorità del paese di origine dell'interessato ed essere considerate una manifestazione di opinioni e caratteristiche, di natura politica o di altro tipo rientrante tra i diritti fondamentali, contrarie a quelle ufficiali e dare origine al timore fondato di essere perseguitato o di subire grave danno ingiusto. Sicuramente, il fatto che la natura opportunistica di una determinata attività, in quanto volta unicamente ad ottenere un permesso per restare nello Stato in cui è stata presentata la domanda di asilo, sia talmente palese da essere evidente a tutti, comprese le autorità del paese di origine del soggetto

¹⁸⁸ COM(2001) 510 def., cit., p. 16.

¹⁸⁹ Sul punto, risulta molto chiara l'argomentazione di J. C. HATHAWAY, M. FOSTER, *The Law of Refugee Status*, cit., p. 89: «Because it is the reaction of the home country (in terms either of inflicting harm, or withholding protection) that is critical, the only persons whose contrived actions can give rise to a duty to provide protection are those from a state in which the basic duty to protect the security of its citizenry without discrimination is not respected. And because this is so, it really is not correct to see the assessment of sur place claims grounded in activities abroad as an invitation to abuse. To the contrary, but for the unlawful response of the home country to the contrived taunt, there would be no possibility of refugee status being recognized. Forcibly to return a person to such a state in order to show our disapproval of “bad faith” is a gross and unprincipled over-reaction to the cynical manipulator».

interessato, non potrà configurarsi alcun motivo valido ai fini del riconoscimento della protezione internazionale¹⁹⁰.

iii) L'analisi del concetto di abusività

L'analisi svolta con riferimento alle fattispecie relative ai bisogni di protezione internazionale sorti *sur place* implica alcune considerazioni in punto di esame del concetto di abuso sotteso, nei termini indicati, alla normativa di riferimento.

Come si è cercato di evidenziare, la condotta “abusiva” che potrebbe consentire alle autorità competenti degli Stati membri di negare il riconoscimento delle forme di protezione internazionale, assume la forma di un tentativo, messo in atto dal richiedente asilo, di predisporre artificiosamente le condizioni per poter beneficiare dello *status* di rifugiato o della protezione sussidiaria, attraverso attività che, almeno astrattamente, potrebbero esporlo ad un pericolo di persecuzione o di danno grave nel paese di provenienza.

Orbene, dal punto di vista di analisi della condotta, volendo utilizzare le categorie classificatorie elaborate nell'ambito del primo capitolo, fattispecie siffatte potrebbero essere interpretate come ipotesi di *abusive rule appropriation*, rappresentando un tentativo di beneficiare della disciplina di matrice europea tramite la prospettazione delle condizioni richieste per la sua operatività. La casistica riferibile all'operatività dell'articolo 4, par. 3, lett. d) della direttiva qualifiche e dell'articolo 5, par. 3 della medesima direttiva presenta, infatti, tutti gli elementi riscontrabili nelle ipotesi ricomprese all'interno di questa categoria: a) l'invocazione di una norma di diritto europeo, ossia le disposizioni della direttiva qualifiche che sanciscono i requisiti per il riconoscimento dello status di rifugiato e della protezione sussidiaria; b) il conseguimento di un beneficio – una delle due forme di protezione – in una maniera che contrasta con gli scopi e le finalità di quelle stesse disposizioni, ossia senza che vi sia un effettivo bisogno di protezione.

In simili situazioni, peraltro, l'operatività del test sull'abuso elaborato dalla Corte di giustizia sembrerebbe trovare applicazione con maggiore facilità.

¹⁹⁰ Questa argomentazione è stata svolta dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, ad esempio, nella sentenza *F.G. c. Svezia*, cit., par. 123, e nella sentenza *A. c. Svizzera*, cit., par. 43.

Quanto al profilo dell'osservanza formale di una norma, bisogna prendere in considerazione gli articoli da 9 a 12 e da 15 a 17 della direttiva qualifiche, che enucleano i requisiti per il riconoscimento dei due status di beneficiario della protezione internazionale. Come previsto dallo stesso articolo 5, par. 2, è possibile che i criteri previsti per l'attribuzione dello status di beneficiario di protezione internazionale di cui alle norme richiamate vengano riscontrato anche nel caso in cui il bisogno di protezione sorga in un momento successivo alla partenza dal paese d'origine della persona interessata. Quindi, si potrebbe parlare di "osservanza formale della norma" nel caso in cui vengano realizzate attività post-partenza che implicino, per il soggetto, un timore fondato di essere perseguitato o il rischio effettivo di subire un danno grave una volta rimpatriato.

Con riferimento all'elemento della frustrazione dello scopo della norma invocata, poi, occorre richiamare il considerando n. 12 della direttiva qualifiche, che identifica lo scopo principale della normativa nell'intento «di assicurare che gli Stati membri applichino criteri comuni per identificare le persone che hanno effettivamente bisogno di protezione internazionale». Dunque, nel momento in cui un soggetto dovesse invocare le disposizioni che fissano suddetti criteri comuni ai fini dell'ottenimento di una forma di protezione, non avendo, tuttavia, effettivo bisogno di una siffatta tutela, diverrebbe evidente la divergenza tra il risultato cui conduce l'attribuzione al soggetto interessato dei benefici discendenti dal riconoscimento del diritto alla protezione internazionale e la *ratio* sottesa alla sua previsione.

Quanto, infine, alla connotazione abusiva del comportamento, è necessario verificare il carattere strumentale della condotta posta in essere rispetto all'ottenimento del beneficio connesso alle norme invocate. Pertanto, occorrerebbe indagare l'intenzione del soggetto, concretizzatasi nell'artificialità dell'attività realizzata dal soggetto dopo la partenza dal paese d'origine.

In definitiva, a differenza dei casi esaminati nei paragrafi precedenti, è possibile leggere le fattispecie di domande di asilo *sur place* come (possibili) condotte abusive, secondo i parametri elaborati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. Ciò che resta da capire, tuttavia, è quale sia la natura legale attribuibile a tale concetto in questi casi.

Sul punto, occorre evidenziare che le norme che consentono di parlare di "abusività" con riferimento alle attività dei richiedenti asilo post-partenza finalizzate al

riconoscimento della protezione internazionale, rappresentano disposizioni che, seppur non esplicitamente, configurano, almeno in senso lato, delle clausole anti-abuso.

Orbene, una tale considerazione assume estrema rilevanza se letta in una prospettiva più ampia: come evidenziato nel primo capitolo, l'esistenza di una disciplina, a livello europeo o nazionale, espressamente o indirettamente dettata al fine di far fronte a determinati comportamenti elusivi o strumentali, ha quale diretta conseguenza un fisiologico restringimento dello spazio operativo di un eventuale principio generale di divieto di pratiche abusive. In questo senso, dunque, la fattispecie in esame potrebbe essere comparata alla casistica esaminata con riferimento al settore della libera circolazione delle persone, caratterizzato dalla previsione, nell'articolo 35 della direttiva 2004/38/CE, di un divieto legale di pratiche abusive. E, come si è avuto modo di illustrare, proprio la codificazione di un siffatto divieto ha condotto la Corte di giustizia ad escludere, nella maggior parte dei casi, l'operatività di un principio generale dal medesimo contenuto. Saremmo in presenza, in sostanza, di un richiamo al concetto di abuso interpretabile come principio interpretativo, che esclude la possibilità di qualificare una condotta individuale come abusiva, al di fuori dell'ambito di operatività della norma stessa.

3.2.2. Revoca, cessazione o rifiuto del rinnovo dello status di rifugiato e della protezione sussidiaria

i) Il regime giuridico

Un altro profilo che merita di essere esaminato nell'ottica di individuare forme di divieto di abuso del sistema europeo comune di asilo concerne le disposizioni relative a revoca, cessazione o rifiuto del rinnovo dello status di rifugiato e della protezione sussidiaria, ossia, rispettivamente, gli articoli 14 e 19 della direttiva qualifiche.

Entrambe le norme, al paragrafo 1, sanciscono che, per quanto riguarda le domande di protezione internazionale presentate successivamente all'entrata in vigore della direttiva 2004/83/CE, gli Stati membri revocano, cessano o rifiutano di rinnovare lo status di rifugiato/di beneficiario della protezione sussidiaria riconosciuto a un cittadino di un paese terzo o a un apolide da un organismo statale, amministrativo, giudiziario o quasi giudiziario se questi ha cessato di essere un rifugiato ai sensi dell'articolo 11, ovvero una

persona avente titolo a beneficiare della protezione sussidiaria in conformità dell'articolo 16.

Inoltre, per quanto di interesse ai fini dell'analisi sull'abuso¹⁹¹, il paragrafo 3 contempla delle ipotesi di revoca, cessazione o rifiuto del rinnovo delle forme di protezione che riguardano: a) casi in cui il soggetto interessato avrebbe dovuto essere escluso o è escluso¹⁹² dalla forme di protezione originariamente concessa; b) il fatto che il soggetto abbia presentato i fatti in modo erroneo o li abbia omessi, compreso il ricorso a documenti falsi, e ciò abbia costituito un fattore determinante per l'ottenimento della protezione internazionale.

ii) La descrizione della condotta

Con riferimento alla fattispecie richiamata, l'ipotesi di revoca, cessazione o rifiuto di rinnovo della protezione internazionale che si intende approfondire coincide con quanto previsto dalle lettere b) del paragrafo 3 degli articoli 14 e 19 della direttiva qualifiche, ossia il caso in cui il richiedente asilo abbia ottenuto lo *status* di rifugiato o la protezione sussidiaria sulla base dell'errata presentazione dei fatti alla base della domanda, della loro omissione, o dell'utilizzo di documenti falsi.

In suddetti casi, la condotta del cittadino di un Paese terzo si connota, come già visto con riferimento alle ipotesi di cui all'articolo 31, par. 8, lett. c), d), e) e g), come caso di frode in senso stretto, rappresentando un comportamento che già formalmente si pone in contrasto con il diritto dell'Unione. È chiaro che, nel momento in cui si riscontra una frode, gli Stati membri possono negare il diritto che il soggetto interessato cerca di ottenere o è riuscito ad ottenere in modo fraudolento, senza che sia necessaria

¹⁹¹ Si segnala, a fini di completezza espositiva, che l'articolo 14, par. 4 della direttiva 2011/85/UE contempla, quali ulteriori ipotesi di revoca, cessazione, rifiuto di rinnovo dello status di rifugiato: a) l'esistenza di fondati motivi per ritenere che la persona in questione costituisca un pericolo per la sicurezza dello Stato membro in cui si trova; b) il fatto che la persona in questione, essendo stata condannata con sentenza passata in giudicato per un reato di particolare gravità, costituisce un pericolo per la comunità di tale Stato membro.

¹⁹² Tale duplice formula – «avrebbe dovuto essere escluso o è escluso dalla qualifica» –, contenuta sia nell'articolo 14, sia nell'articolo 19, fa riferimento alle diverse situazioni prese in considerazione dall'articolo 12 per l'esclusione dallo status di rifugiato e dall'articolo 17, par. 1 e 2 per l'esclusione dalla protezione sussidiaria. Il paragrafo 2 dell'articolo 19 prevede altresì la facoltà degli Stati membri di revocare, di cessare o di rifiutare di rinnovare lo status di protezione sussidiaria riconosciuto a un cittadino di un paese terzo o a un apolide da un organismo statale, amministrativo, giudiziario o quasi giudiziario se questi, dopo aver ottenuto lo status di protezione sussidiaria, avrebbe dovuto essere escluso dall'aver titolo a beneficiare di tale status in conformità dell'articolo 17, paragrafo 3.

l'applicazione del test sull'abuso. Dunque, non sarà necessario chiamare in causa il concetto di "abuso di diritto" – nei termini presi in considerazione nella presente analisi – e sarà sufficiente provare la realizzazione di comportamenti non corretti elencati dalla norma per poter decidere la revoca, la cessazione o il rifiuto di rinnovo delle due forme di protezione internazionale.

3.2.3. Riduzione o revoca delle condizioni materiali di accoglienza

i) Il regime giuridico

Esaminando gli istituti che possono assumere rilevanza nella prospettiva di analisi del concetto di abuso di diritto in rapporto al sistema europeo comune di asilo, non può che farsi riferimento anche alle previsioni, contemplate all'interno della direttiva 2013/33/UE, che regolano fattispecie di riduzione o revoca delle condizioni materiali di accoglienza. È lo stesso considerando n. 25 della suddetta direttiva a chiarire che «[l]a possibilità di abuso del sistema di accoglienza dovrebbe essere contrastata specificando le circostanze in cui le condizioni materiali di accoglienza dei richiedenti possono essere ridotte o revocate» (salva comunque la garanzia di un livello di vita dignitoso). La norma di riferimento, nello specifico, è l'articolo 20, che racchiude al suo interno una variegata casistica.

Tuttavia, prima di addentrarsi nell'analisi delle tipologie di condotte che possono condurre, appunto, alla decisione, da parte delle autorità competenti, di revocare o ridurre i benefici legati all'accoglienza, si rendono necessarie alcune premesse relative al sistema di accoglienza predisposto dal CEAS.

Innanzitutto, occorre sottolineare che l'ambito di applicazione soggettivo della suddetta direttiva ricomprende i cittadini di paesi terzi e gli apolidi che manifestano la volontà di chiedere la protezione internazionale nel territorio di uno Stato membro, comprese la frontiera, le acque territoriali o le zone di transito, «purché siano autorizzati a soggiornare in tale territorio in qualità di richiedenti», nonché i «familiari, se inclusi nella domanda di protezione internazionale ai sensi del diritto nazionale»¹⁹³. Ciò significa

¹⁹³ Cfr. Articolo 3 della direttiva sulle misure di accoglienza. La norma precisa altresì che le disposizioni in essa contenute non si applicano a: a) le domande di asilo diplomatico o territoriale presentate presso le rappresentanze degli Stati membri; b) i casi in cui sia stata riconosciuta, ai sensi della direttiva 2001/55/CE,

che risultano esclusi dal godimento delle misure di accoglienza quei richiedenti asilo cui si applicano le deroghe al diritto di rimanere in caso di domanda reiterata, regolate dall'articolo 41 della direttiva procedure, ovvero coloro che rientrano nell'ambito di applicazione dell'articolo 46, par. 6 della medesima direttiva (per quanto concerne la fase di ricorso avverso il rigetto della domanda di asilo). Si tratta, come già evidenziato, di disposizioni che presuppongono, alla base, un giudizio di abusività rispetto alla condotta posta in essere dal soggetto – che può consistere, appunto, nella reiterazione di una domanda, ovvero in un comportamento che dia luogo a pronunce di manifesta inammissibilità, o all'applicazione delle procedure accelerate o di frontiera; e, dunque, l'esclusione dal godimento delle misure di accoglienza dei soggetti responsabili di condotte di tal fatta rappresenta la diretta conseguenza dell'assenza di un diritto a rimanere sul territorio dell'Unione.

In secondo luogo, occorre prendere in considerazione il contenuto dell'articolo 17 della direttiva 2013/33/UE, che sancisce disposizioni relative alle condizioni materiali di accoglienza¹⁹⁴ e all'assistenza sanitaria, stabilendo espressamente il diritto dei richiedenti asilo ad avere accesso¹⁹⁵ a tali misure nel momento in cui manifestano la volontà di chiedere la protezione internazionale. La norma non prevede un livello uniforme di condizioni di accoglienza per tutti i richiedenti asilo, che variano a seconda delle esigenze individuali, ma richiede che venga loro assicurata un'adeguata qualità di vita che ne

la protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati (par. 3). In ogni caso, è lasciata libera scelta agli Stati membri quanto all'ampliamento dell'ambito di applicazione della direttiva con riferimento a procedimenti di esame di domande intese a ottenere forme di protezione diverse da quella conferita dalla direttiva 2011/95/UE (par. 4).

¹⁹⁴ Tali condizioni includono alloggio, vitto e vestiario, forniti in natura o in forma di sussidi economici o buoni, o una combinazione delle tre possibilità, nonché un sussidio per le spese giornaliere (cfr. articolo 2, lett. g) della direttiva 2013/33/UE). Le modalità relative a suddette condizioni di accoglienza vengono invece regolate dall'articolo 18 della medesima direttiva.

¹⁹⁵ È comunque consentito agli Stati membri: a) di subordinare la concessione di tutte le condizioni materiali d'accoglienza e dell'assistenza sanitaria, o di parte delle stesse, alla condizione che i richiedenti non dispongano di mezzi sufficienti a garantire loro una qualità della vita adeguata per la loro salute, nonché ad assicurare il loro sostentamento (articolo 17, par. 3); b) di obbligare i richiedenti a sostenere o a contribuire a sostenere i costi delle condizioni materiali di accoglienza e dell'assistenza sanitaria, qualora i richiedenti dispongano di sufficienti risorse, ad esempio qualora siano stati occupati per un ragionevole lasso di tempo (articolo 17, par. 4); c) di accordare ai richiedenti un trattamento meno favorevole di quello che accordano ai loro cittadini, in particolare nei casi in cui un sostegno materiale è parzialmente fornito in natura o quando il livello o i livelli, applicati ai cittadini, sono intesi ad assicurare un tenore di vita più elevato di quello prescritto per i richiedenti ai sensi della presente direttiva (articolo 17, par. 5).

garantisca il sostentamento e ne tuteli la salute fisica e mentale¹⁹⁶. Il testo della norma in commento, in particolare, deve essere letto alla luce del considerando n. 11 della direttiva 2013/33/UE e dell'articolo 1 della Carta dei diritti fondamentali¹⁹⁷, i quali sottolineano l'esigenza di garantire, quanto meno, il rispetto della dignità umana dei richiedenti asilo che abbiano accesso alle condizioni di accoglienza delineate dalla direttiva¹⁹⁸. La medesima esigenza emerge dall'articolo 20, il quale, pur ammettendo la possibilità di una riduzione o della revoca delle misure materiali di accoglienza, stabilisce che, in qualsiasi circostanza, deve essere assicurato l'accesso all'assistenza sanitaria ai sensi dell'articolo 19 e deve essere garantito un tenore di vita dignitoso per tutti i richiedenti. Ciò dovrebbe implicare, in primo luogo, che «un richiedente asilo [non possa essere] privato – anche solo per un periodo temporaneo dopo la presentazione di una domanda di asilo, e prima che egli venga effettivamente trasferito nello Stato membro competente – della protezione conferita dalle norme minime dettate dalla (...) direttiva [sulle misure di accoglienza]»¹⁹⁹; e, in secondo luogo, che qualsiasi decisione tesa a ridurre o addirittura revocare tali misure non possa lasciare i richiedenti nella totale indigenza o privarli dei diritti fondamentali²⁰⁰.

Questa è la ragione per cui la Commissione, al momento della rifusione della direttiva sulle misure di accoglienza, ha proposto di limitare le circostanze nelle quali le condizioni di accoglienza potrebbero essere completamente revocate, sottolineando l'importanza di

¹⁹⁶ La precisazione relativa alla salute anche mentale è stata inserita nella versione rifiuta della direttiva sulle misure di accoglienza, mentre la versione del 2003 non ne faceva menzione.

¹⁹⁷ Il considerando citato richiede che le norme in materia di accoglienza dei richiedenti «siano sufficienti a garantire loro un livello di vita dignitoso e condizioni di vita analoghe in tutti gli Stati membri». L'articolo 1 della Carta di Nizza stabilisce che «[l]a dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata».

¹⁹⁸ È stato evidenziato come un simile obiettivo sia incompatibile con un sistema di condizioni di accoglienza che riduca i bisogni umani ai soli bisogni vitali, imponendo la necessità che gli Stati membri garantiscano ai richiedenti asilo la possibilità di condurre la propria vita con un minimo di interazione sociale e nel rispetto del principio di autodeterminazione. In questi termini, v. L. TSOURDI, *Asylum Reception Conditions Directive 2013/33/UE, Article 17 MN 12*, in D. THYM, K. HAILBRONNER (eds.), *op. cit.*, p. 1603.

¹⁹⁹ Cfr. Corte di giustizia, sentenza del 27 settembre 2012, causa C-179/11, *Cimade e GISTI*, punto 56. La sentenza si riferisce alla direttiva 2003/9, ma risulta altrettanto valida anche con riferimento alla direttiva rifiuta, non essendo stata introdotta alcuna modifica rispetto alle finalità perseguite attraverso la predisposizione di norme minime sulle misure di accoglienza.

²⁰⁰ L'articolo 18, par. 9 ammette la facoltà per gli Stati membri, in casi debitamente giustificati, di stabilire in via eccezionale modalità relative alle condizioni materiali di accoglienza diverse da quelle previste, per un periodo ragionevole e di durata più breve possibile, in due casi tassativamente previsti: a) quando si debba procedere ad una valutazione delle esigenze specifiche del richiedente, ai sensi dell'articolo 22; b) quando le capacità di alloggio normalmente disponibili siano temporaneamente esaurite. Tuttavia, viene comunque fatto salvo l'obbligo di soddisfare le esigenze essenziali.

assicurare ai richiedenti asilo la possibilità di impugnare le decisioni in materia dinanzi al giudice nazionale²⁰¹.

Nella medesima prospettiva garantista, il paragrafo 5 dell'articolo 20 prevede che le decisioni volte a ridurre o revocare le condizioni materiali di accoglienza devono assicurare il rispetto di alcuni standard procedurali e, in particolare: a) devono essere adottate in modo individuale – tenendo conto della particolare situazione della persona interessata –, obiettivo e imparziale; b) devono essere motivate; c) devono rispettare il principio di proporzionalità.

ii) La descrizione delle condotte

Venendo dunque all'analisi delle condotte che possono comportare una riduzione, ovvero, in casi eccezionali debitamente motivati, una revoca delle condizioni materiali di accoglienza, occorre esaminare nel dettaglio l'articolo 20 della direttiva 2013/33/UE, il quale elenca, in maniera tassativa²⁰², la relativa casistica.

Innanzitutto, le lettere a) e b) del primo paragrafo della disposizione citata²⁰³ riguardano due ipotesi in cui il richiedente asilo si sia reso responsabile di una violazione di eventuali obblighi previsti dalla legislazione nazionale e riguardanti, rispettivamente: a) l'obbligo di risiedere in un luogo determinato (previsto dall'articolo 7, par. 2-4 della direttiva accoglienza²⁰⁴); b) l'obbligo di presentarsi alle autorità o alla richiesta di fornire informazioni o di comparire per un colloquio personale concernente la procedura d'asilo durante un periodo di tempo ragionevole stabilito dal diritto nazionale²⁰⁵ (previsti dall'articolo 13 della direttiva procedure). Tali fattispecie, dunque, si caratterizzano come

²⁰¹ COM(2008) 815 def., cit., p. 5.

²⁰² Ciò significa che la previsione di ulteriori casi di riduzione e/o esclusione dal godimento delle misure di accoglienza risulterebbe in contrasto con la stessa direttiva.

²⁰³ La norma precisa che, qualora il richiedente dovesse essere rintracciato o si dovesse presentare volontariamente all'autorità competente, dovrebbe essere adottata una decisione debitamente motivata, basata sulle ragioni della scomparsa, nel ripristino della concessione di tutte le condizioni materiali di accoglienza revocate o ridotte o di una parte di esse.

²⁰⁴ L'ipotesi contemplata dalla lettera a), dunque, si rivolge ai richiedenti che cercano di nascondersi. In ogni caso, prima di poter considerare effettivamente applicabile tale disposizione, è necessario che sia trascorso un certo lasso di tempo – seppur non espressamente definito dalla direttiva –, che consenta di valutare l'effettiva sussistenza di un tentativo di nascondimento da parte del soggetto interessato.

²⁰⁵ L'originaria proposta di direttiva sulle misure di accoglienza del 2001 (cfr. COM(2001) 181 def., cit.) aveva indicato, quale limite temporale, il termine di 30 giorni (per quanto poi non codificato).

delle vere e proprie violazioni formali di legge, che prevedono, quale conseguenza, il limitato (o mancato) accesso alle garanzie connesse allo *status* di richiedente asilo.

Diversa, ma in qualche modo assimilabile ai casi appena menzionati, la situazione contemplata dal paragrafo 3 della norma in commento, che riguarda il caso in cui un richiedente abbia occultato risorse finanziarie, beneficiando in tal modo indebitamente delle condizioni materiali di accoglienza. In simili ipotesi, si è di fronte ad una vera e propria frode del sistema, che, come si è avuto modo di sottolineare con riferimento alle ipotesi di revoca, cessazione o rifiuto del rinnovo dello status di rifugiato e della protezione sussidiaria, legittima l'esclusione dal beneficio di diritti predisposti dal sistema UE.

La lettera c) del primo paragrafo fa riferimento, invece, alla situazione in cui il richiedente asilo abbia presentato una domanda reiterata quale definita all'articolo 2, lettera q), della direttiva 2013/32/UE. Tale previsione contempla, dunque, le ipotesi in cui un richiedente asilo abbia presentato un'ulteriore domanda di protezione internazionale dopo che sia stata adottata una decisione definitiva su una domanda precedente, compreso il caso in cui egli abbia esplicitamente ritirato la domanda e nel caso in cui l'autorità accertante abbia respinto la domanda in seguito al suo ritiro implicito ai sensi dell'articolo 28, paragrafo 1. Come è stato evidenziato, la proposizione di una domanda reiterata potrebbe condurre all'esclusione del diritto di soggiornare sul territorio dell'Unione e, proprio per questa ragione e considerando questa eventualità, il legislatore ha ammesso la possibilità di escludere il soggetto interessato dal beneficio dell'accoglienza.

Nella medesima prospettiva, si colloca il paragrafo 2 dell'articolo 20, che sancisce la facoltà di ridurre – ma non escludere²⁰⁶ – le condizioni materiali di accoglienza quando uno Stato accerti che il richiedente, senza un giustificato motivo, non abbia presentato la domanda di protezione internazionale non appena ciò fosse ragionevolmente fattibile dopo il suo arrivo in tale Stato membro. Le fattispecie che possono rientrare nell'alveo

²⁰⁶ Tale previsione è frutto di una modifica introdotta con la rifusione della direttiva sulle misure di accoglienza, la quale, nella versione del 2003, prevedeva la facoltà per gli Stati membri di «rifiutare» le condizioni di accoglienza, qualora «un richiedente asilo non [avesse] dimostrato di aver presentato la sua domanda non appena ciò fosse [stato] ragionevolmente fattibile dopo il suo arrivo in tale Stato membro» (cfr. art. 16, par. 2, direttiva 2003/9/CE). L'onere della prova relativo alla presentazione della domanda di asilo, da parte del richiedente, “nel primo momento utile”, ricadeva, quindi, in capo al richiedente stesso. Si segnala, peraltro, che la proposta della Commissione del 2008 (COM(2008) 815 def., cit.) aveva addirittura suggerito la completa eliminazione di suddetta disposizione.

applicativo di tale disposizione sono svariate e tra esse, a titolo esemplificativo, possono immaginarsi le seguenti ipotesi: a) quando un cittadino straniero sia entrato irregolarmente nel territorio dell'Unione e abbia lasciato trascorrere un considerevole lasso di tempo prima di presentare una domanda di protezione internazionale nello Stato di ingresso; b) quando il medesimo abbia fatto ingresso irregolare nel territorio di uno Stato membro, senza ivi presentare domanda di protezione internazionale, e si sia poi spostato in un altro Stato membro, dove abbia poi avanzato domanda di asilo; c) quando un cittadino straniero abbia ottenuto un visto di ingresso regolare nel territorio di uno Stato membro e abbia presentato una domanda di protezione internazionale, una volta scaduto il titolo legittimante la sua permanenza nell'Unione.

Orbene, in tutti questi casi, non si è in presenza di vere e proprie violazioni di legge, ma di condotte che vengono valutate dalle autorità come implicanti un intento elusivo (che necessita di essere contrastato)²⁰⁷. Ciò, a maggior ragione, se si considera che, «[m]olte domande di protezione internazionale sono presentate alla frontiera o nelle zone di transito dello Stato membro prima che sia presa una decisione sull'ammissione del richiedente»²⁰⁸. Nella prospettiva statale, immaginare che un cittadino di un paese terzo abbia attraversato i suoi confini senza esprimere l'intenzione di presentare una domanda di asilo, per poi avanzare tale richiesta in un secondo momento, potrebbe costituire, già di per sé, motivo di applicazione dell'articolo 20, par. 2.

iii) L'analisi sul concetto di abusività

Tanto premesso, occorre cercare di trarre alcune conclusioni con riferimento al concetto di abuso di diritto che appare essere sotteso, quanto meno, alle previsioni di cui all'articolo 20, par. 1, lett. c) e al par. 2.

Si è in presenza, in entrambi i casi, di comportamenti che non vengono formalmente ed espressamente vietati dal diritto dell'Unione, ma che implicano l'esclusione dal beneficio di alcune garanzie di carattere sostanziale, legate, appunto, alle condizioni materiali di accoglienza.

Rispetto all'ipotesi relativa alla sussistenza di una domanda reiterata, torna a valere il ragionamento condotto in precedenza: si tratta di un comportamento che, seppur non

²⁰⁷ Cfr. Considerando n. 25 della direttiva accoglienza.

²⁰⁸ Cfr. Considerando n. 38 della direttiva procedure.

ponendosi in espreso contrasto con una norma del CEAS (che sancisca un divieto alla reiterazione delle istanze di asilo), non costituisce nemmeno estrinsecazione dell'esercizio di un diritto. Esso, al contrario, risulta connotato da uno stigma di abusività, che attribuisce agli Stati membri degli specifici strumenti per contrastarlo. Come già evidenziato, tali condotte si prestano ad essere inquadrare, almeno astrattamente, tra i casi di *abusive rule appropriation*. La reiterazione di una domanda di asilo, infatti, se letta in termini di tentativo di aggirare il sistema, può essere intesa come condotta connotata da tutte le caratteristiche necessarie per poter beneficiare di un determinato diritto predisposto dall'Unione (come, ad esempio, l'accesso al sistema di accoglienza predisposto dagli Stati membri), seppur con una finalità contrastante rispetto alla *ratio* stessa della norma.

Quanto invece alla seconda ipotesi presa in considerazione, la presentazione della domanda di asilo in un momento non immediatamente successivo all'entrata nel territorio UE, come si è avuto modo di illustrare, è ravvisabile in una molteplicità di situazioni, tutte ritenute elusive del sistema, e, quindi, tali da legittimare l'esclusione dei relativi responsabili dal beneficio di determinati diritti. Da un punto di vista classificatorio, tuttavia, occorre attuare una distinzione. Se la scelta del cittadino straniero di attendere un certo lasso di tempo prima di presentare una domanda di asilo si somma allo spostamento attraverso più Stati membri dell'Unione, al fine di individuare il sistema di asilo maggiormente vantaggioso in cui avanzare tale domanda, allora, si è in presenza di una fattispecie inquadrabile nella categoria di casi di *abusive rule avoidance*. Invece, nel caso in cui il soggetto interessato posticipi semplicemente il momento della formalizzazione dell'istanza di asilo, restando nello Stato membro in cui ha fatto ingresso (regolare o irregolare), si configura, piuttosto, un'ipotesi di *abusive rule appropriation*.

Tutto ciò considerato, occorre comunque osservare come, in entrambi i casi, tornino a riproporsi le perplessità già emerse nel corso dell'esame del concetto di abuso con riferimento ai meccanismi procedurali del sistema asilo e legate alla non perfetta assimilabilità con le peculiarità dei comportamenti abusivi riscontrati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia in altri settori del diritto europeo.

Se si prendono in considerazione le condotte alla base delle domande reiterate – intese ai sensi dell'articolo 2, par. 1, lett. q) della direttiva 2013/32/UE –, ovvero la scelta del cittadino straniero, astrattamente bisognoso di protezione internazionale, di non

presentare immediatamente l'istanza di riconoscimento di suddetta protezione, una volta attraversata la frontiera di uno Stato membro (o, in alcuni casi, addirittura ancora prima di avere effettivo accesso al territorio), non si è propriamente in presenza di comportamenti tesi a precostituire le condizioni per avere accesso ad un beneficio predisposto dal diritto UE e, dunque, di fattispecie qualificabili come *abusive rule appropriation*. Essi, infatti, non risultano connotati da "abusività" perché rappresentano comportamenti che implicano la predisposizione artificiosa dei requisiti fissati dalle direttive per poter avere accesso alla procedura di esame delle domande di asilo e, dunque, al riconoscimento della protezione internazionale; ma, al contrario, essi portano con sé lo stigma dell'"abusività", perché vengono implicitamente caratterizzati come "abusivi" dalla normativa europea, in ragione di una scelta di politica legislativa.

Allo stesso modo, in presenza di condotte rientranti nell'alveo applicativo dell'articolo 20, par. 2, cui si sia affiancata la realizzazione di un movimento secondario, non si può ritenere configurate delle vere e proprie ipotesi di *abusive rule avoidance*. Da un lato, non esiste, nel diritto UE, una norma che vieti espressamente ai cittadini stranieri, astrattamente bisognosi di protezione internazionale, di attendere un certo lasso di tempo prima di presentare la relativa domanda e di spostarsi attraverso il territorio dell'Unione; e, dall'altro, non sussiste neppure una disposizione che consenta la realizzazione di siffatte condotte, che possa essere "sfruttata" dai soggetti interessati per poter "beneficiare" del sistema di asilo di uno Stato membro diverso da quello che sarebbe astrattamente competente alla gestione della loro domanda di asilo.

Dunque, anche nei casi qui esaminati, il soggetto non predispose in maniera strumentale i requisiti per accedere ai diritti previsti dall'ordinamento dell'Unione, ma, semplicemente, pone in essere comportamenti che, pur non espressamente vietati, vengono considerati *ex ante* abusivi.

4. Alcune considerazioni: c'è spazio per un principio generale di divieto di pratiche abusive?

Alla luce delle argomentazioni condotte sinora è possibile trarre alcune conclusioni in merito al significato giuridico dei riferimenti al concetto di abuso, che si è cercato di fare emergere nell'ambito del settore asilo.

a) Innanzitutto, sono state individuate sei tipologie di condotte “abusive”, che consentono l’operatività di meccanismi procedurali o di disposizioni di natura sostanziale che assicurano un minor livello di garanzie per i richiedenti protezione internazionale: *i)* i movimenti secondari, osteggiati attraverso i meccanismi che regolano il sistema Dublino; *ii)* le domande multiple, a fronte delle quali sono stati predisposti i meccanismi di presa e ripresa in carico, sempre nell’ambito del regolamento Dublino; *iii)* le domande reiterate, che possono essere esaminate attraverso procedure accelerate o di frontiera e condurre ad una pronuncia di inammissibilità della domanda, nonché alla riduzione o revoca delle condizioni materiali di accoglienza; *iv)* la presentazione di una domanda di asilo in presenza di condizioni che rendono applicabili i concetti di «paese di origine sicuro», «paese di primo asilo» e «paese terzo sicuro», dei quali il primo può far scattare le procedure accelerate o di frontiera, mentre gli altri due possono condurre ad una decisione di inammissibilità della domanda; *v)* la presentazione di domande di asilo tardive, possibile motivo di riduzione o revoca delle condizioni materiali di accoglienza; *vi)* la manifestazione del bisogno di protezione internazionale *sur place*, quale risultato della condotta tenuta dall’interessato dopo aver lasciato il Paese d’origine meramente strumentale all’ottenimento della protezione, che esclude il riconoscimento della stessa.

b) In secondo luogo, il tentativo di classificare tali comportamenti alla luce della tipologia di condotta posta in essere, nelle due grandi categorie di ipotesi elaborate con riferimento al concetto di abuso di diritto in altri settori del diritto UE – *abusive rule avoidance* e *abusive rule appropriation* – non è andato a buon fine. Con riferimento ai casi di *abusive rule avoidance*, ossia i movimenti secondari e le domande multiple, non è stato riscontrato l’elemento dello “sfruttamento” del diritto dell’Unione. Quanto a tutte le altre ipotesi, non è stato possibile individuare l’elemento della precostituzione strumentale, da parte del soggetto agente, dei requisiti necessari per poter beneficiare di un determinato diritto di matrice europea, aspetto tipico delle ipotesi di *abusive rule appropriation*. Vi è però un’unica eccezione: i casi di manifestazione di bisogno di protezione *sur place*, che rappresentano un tentativo di beneficiare della disciplina di matrice europea tramite la prospettazione delle condizioni richieste per la sua operatività e, quindi, risultano effettivamente assimilabili ai casi di *abusive rule appropriation* riscontrati in altri settori del diritto europeo.

c) Il test sull'abuso elaborato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia risulta difficilmente applicabile nei casi esaminati ed è proprio l'elemento del comportamento abusivo ad essere difficilmente identificabile. Come si è avuto modo di illustrare, non si è dinnanzi a condotte che necessitano di una verifica circa la loro "abusività", ma che, appunto, seppur non esplicitamente, sono considerate *ex ante* come tali. In sostanza, si è in presenza di disposizioni che identificano, seppur implicitamente, forme di abuso considerate illegittime. Quanto ai casi regolati dall'articolo 5, par. 3 direttiva qualifiche, invece, il test sull'abuso risulta più facilmente applicabile per i motivi sopra esposti e si è in presenza di una disposizione che configura una sorta di clausola anti-abuso.

d) Appare dunque chiara la scelta del legislatore di costruire un sistema normativo dotato di espedienti, per lo più di natura procedurale, di cui gli Stati membri possono decidere di avvalersi per dare vita a norme interne sostanzialmente giustificate dalla necessità di contrastare abusi del sistema. In questo senso, il concetto di abuso può essere inteso in senso lato, ossia quale comportamento che, proprio per le sue caratteristiche, viene considerato in contrapposizione con la *ratio* dell'intero sistema, a prescindere da qualsiasi accertamento dell'abusività della condotta in sé.

e) Tutto ciò considerato, è possibile constatare come tutte le disposizioni esaminate, indirettamente dettate al fine di osteggiare comportamenti elusivi delle logiche sottostanti al sistema asilo, finiscano per individuare, a monte, lo spazio riservato al concetto di abuso, andando di conseguenza a restringere l'ipotetica area di operatività di un principio generale di divieto di pratiche abusive. La codificazione di meccanismi che, nella sostanza, permettono di desumere quali condotte debbano considerarsi abusive e, come tali, in contrasto con l'ordinamento, dovrebbe rendere non strettamente necessario un principio generale finalizzato al perseguimento dei medesimi obiettivi.

Orbene, a fronte di tali considerazioni, è necessario valutare se, a prescindere dai casi espressamente previsti, si possa comunque immaginare, *a latere*, un principio generale di abuso di diritto operante nell'ambito del sistema europeo comune di asilo, che consenta agli Stati membri di impedire, con strumenti ulteriori rispetto a quelli predisposti dalle direttive, la realizzazione di condotte abusive da parte dei richiedenti. E per trovare una risposta a tale domanda occorre volgere lo sguardo alla giurisprudenza europea, della Corte di giustizia e della Corte europea dei diritti dell'uomo, nella quale è possibile ricercare eventuali riferimenti all'operatività di un siffatto principio.

SEZIONE II

IL PIANO GIURISPRUDENZIALE

1. Premessa: i primi segnali dalla giurisprudenza delle Corti europee sull'interpretazione degli strumenti giuridici del CEAS

Prima di procedere con l'analisi delle pronunce in cui i giudici di Lussemburgo si sono occupati di esaminare, in modo specifico, il concetto di abuso di diritto con riferimento al settore dell'asilo, occorre effettuare un'indagine preliminare.

In particolare, elementi utili ad individuare una risposta all'interrogativo circa l'operatività di un principio generale di divieto di pratiche abusive in questa materia, possono essere ricavati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia chiamata a delineare lo spazio applicativo delle norme procedurali e sostanziali analizzate nella precedente sezione. Infatti, l'interpretazione estensiva o restrittiva delle norme che presuppongono una *ratio* antielusiva potrebbe rappresentare uno strumento utile per fare luce sul ruolo effettivamente riconosciuto dalla Corte al concetto di abuso di diritto rispetto ad altri principi e diritti in gioco. E allo stesso modo, spunti interessanti possono trarsi dalle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di riconoscimento del diritto d'asilo, che hanno contribuito a fissare determinati standard nell'interpretazione e nell'operatività di questo diritto fondamentale e delle garanzie ad esso connesse²⁰⁹.

²⁰⁹ Come noto, le pronunce dei giudici di Strasburgo assumono una specifica rilevanza a livello interpretativo, nel momento in cui si tratta di delineare il contenuto di diritti contenuti nella Carta di Nizza, che siano corrispondenti a quelli garantiti dalla CEDU (v. art. 52 della Carta). Sui rapporti tra la CEDU e la Carta dei diritti fondamentali, si veda: C. AMALFITANO, *Il rilievo della CEDU in seno all'Unione europea ex art. 6 TUE*, in L. D'ANDREA, G. MOSCHELLA, A. RUGGERI, A. SAITTA (a cura di), *La Carta dei diritti dell'Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, Torino, 2015, p. 247 e ss.; N. LAZZERINI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'unione europea: i limiti di applicazione*, Milano, 2018, in particolare p. 64 e ss.; A. BAILLEUX, *Article 52-2. Portée et interprétation des droits et principes*, in F. PICOD, C. RITZCALLAH, S. VAN DROOGHENROECK (sous la dir.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, 3ème édition, Bruxelles, 2023, p. 1385 e ss. In particolare, in materia di riconoscimento del diritto d'asilo, possono avere rilevanza, ad esempio: l'articolo 5, par. 1, lett. f), il quale prevede, tra i motivi che legittimano la privazione della libertà personale, l'arresto o detenzione «legali di una persona per impedirle di penetrare irregolarmente nel territorio o di una persona contro la quale è in corso un procedimento d'espulsione o d'estradizione»; l'articolo 13, in tema di ricorso effettivo; gli articoli 3 e 4 del Protocollo n. 4 (del 16 settembre 1963), che vietano l'espulsione del cittadino e l'espulsione collettiva degli stranieri; l'articolo 1 del Protocollo n. 7 (del 22 novembre 1984), che riconosce delle garanzie procedurali in caso di espulsione di straniero regolarmente residente. Sul punto: M. MORARU, *The EU Fundamental Right to Asylum: In Search of Its Legal Meaning and Effects*, in S. IGLESIAS SÁNCHEZ, M. GONZÁLEZ PASCUAL (eds.), *Fundamental Rights in the EU Area of Freedom, Security and Justice*,

In questa prospettiva, è necessario richiamare alcune pronunce delle Corti europee sull'interpretazione delle condotte abusive identificate nella sezione precedente, che possano essere rilevanti ai fini anzidetti.

i) I movimenti secondari e le domande multiple

Come si è avuto modo di illustrare, i movimenti secondari e le domande multiple possono essere descritte come condotte “abusive”, in quanto in contraddizione con la logica che soggiace al sistema Dublino, fondato sul principio di unicità della competenza ad esaminare le domande di asilo e sulla tassatività dei criteri di riparto individuati dal regolamento 604/2013. Tali comportamenti vengono quindi osteggiati attraverso: a) la predisposizione dei procedimenti di presa e ripresa in carico, che consentono di attivare il sistema dei trasferimenti; b) l'inammissibilità della domanda di asilo presentata successivamente ad un previo riconoscimento, da parte di un altro Stato membro, di una forma di protezione internazionale (cfr. articolo 33, par. 2, lett. a) della direttiva 2013/32/UE).

Tuttavia, a fronte di tale costruzione, occorre considerare che, nella pratica, è possibile riscontrare problemi operativi rilevanti nei singoli sistemi di asilo nazionali, tali da rappresentare un rischio sostanziale per i richiedenti asilo di subire un trattamento incompatibile con i loro diritti fondamentali, in violazione dell'articolo 4 della Carta²¹⁰. Per questa ragione, le Corti hanno individuato alcune situazioni in presenza delle quali anche fenomeni “abusivi” come i movimenti secondari e il *forum shopping* non possano comunque giustificare la realizzazione di trasferimenti, o consentire una pronuncia di inammissibilità della domanda di protezione ai sensi dell'articolo 33, par. 2, lett. a) citato.

Cambridge, 2021, p. 155. Sul tema, si veda anche R. PALLADINO, *La tutela dei migranti irregolari e dei richiedenti protezione internazionale*, in A. DI STASI (a cura di), *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2010-2015)*, Padova, 2016, p. 167 e ss.

²¹⁰ Come ricordato dai commentatori, nel valutare l'esistenza di un serio rischio di trattamento contrario all'articolo 4 della Carta dei diritti fondamentali, si ritiene irrilevante che la persona interessata possa essere esposta a siffatto rischio al momento del trasferimento, nel corso della procedura di asilo o alla conclusione di tale procedura. Qualora sia stata accertata l'esistenza di un simile rischio nello Stato membro che ha precedentemente concesso la protezione, ovvero che sarebbe formalmente competente ad esaminare la domanda di asilo, le autorità competenti sono tenute a valutare, sulla base di informazioni obiettive, affidabili, specifiche e adeguatamente aggiornate, l'esistenza di carenze in tale Stato membro, che possono essere considerate sistemiche o generalizzate, o riguardanti determinati gruppi di persone. In questo senso, si veda J. VEDSTED-HANSES, *Asylum Procedure Directive 2013/32/EU, Article 33 MN 3a*, in D. THYM, K. HAILBRONNER (eds.), *op. cit.*, p. 1503.

Si pensi, innanzitutto, all'affermazione del carattere relativo e non assoluto della presunzione di sicurezza implicata dal principio di mutua fiducia, posto alla base della logica dei trasferimenti. La Corte EDU, prima²¹¹, e la Corte di giustizia, successivamente²¹², hanno affermato l'impossibilità per gli Stati membri di procedere ai trasferimenti Dublino, senza prima aver effettuato un controllo *de facto* circa la presenza o meno, nello Stato tenuto ad accogliere il richiedente asilo per procedere all'esame della relativa domanda, di "carenze sistemiche", tali da rendere illegittimo lo stesso trasferimento²¹³.

Ancora, tanto nella sentenza *Ibrahim*²¹⁴, quanto nella sentenza *Jawo*²¹⁵, la Corte ha sottolineato la necessità di valutare la legittimità dei trasferimenti Dublino nel più ampio contesto dell'articolo 4 della Carta: secondo quanto affermato dai giudici di Lussemburgo, il trasferimento disposto ai sensi dell'articolo 29 del regolamento Dublino III deve essere consentito solo a condizione che «il giudice investito del ricorso avverso la decisione di trasferimento non constati, sulla base di elementi oggettivi, attendibili, precisi e opportunamente aggiornati e in considerazione del livello di tutela dei diritti fondamentali garantito dal diritto dell'Unione, l'esistenza di tale rischio per il richiedente a causa del fatto che, in caso di trasferimento, quest'ultimo si verrebbe a trovare, indipendentemente dalla sua volontà e dalle sue scelte personali, in una situazione di estrema deprivazione materiale»²¹⁶.

²¹¹ Corte EDU, Grande Camera, sentenza del 21 gennaio 2011, ricorso n. 30696/09, *M.S.S. e a. c. Belgio e Grecia*.

²¹² Corte di giustizia, *N. S. e a.*, cit.

²¹³ Si vedano le pronunce successive, già richiamate: Corte di giustizia, *C.K. e a.*, cit.; Corte EDU, Grande Camera, sentenza del 4 novembre 2014, ricorso n 29217/12, *Tarakhel c. Svizzera*.

²¹⁴ Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 19 marzo 2019, cause riunite C-297/17, C-318/17, C-319/17 e C-438/17, *Ibrahim e a.* I ricorrenti nel procedimento principale, richiedenti asilo palestinesi apolidi, avevano lasciato la Siria per recarsi in Bulgaria, dove era stata loro concessa una protezione sussidiaria. Successivamente, tuttavia, gli stessi avevano proseguito il proprio viaggio attraverso la Romania, l'Ungheria e l'Austria per arrivare in Germania, dove avevano presentato nuove domande di asilo.

²¹⁵ Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 1° marzo 2019, causa C-163/17, *Jawo*. Nel caso di specie, il richiedente asilo, dopo aver lasciato il Gambia, aveva raggiunto via mare l'Italia, da cui aveva poi proseguito il suo viaggio verso la Germania, al fine di presentare una domanda di asilo in quest'ultimo Stato membro.

²¹⁶ Corte di giustizia, *Ibrahim e a.*, cit., punto 101. La Corte ha precisato che «[l]a circostanza che i beneficiari di (...) protezione sussidiaria [in uno Stato membro] non ricevano, in detto Stato membro, nessuna prestazione di sussistenza, o siano destinatari di una siffatta prestazione in misura molto inferiore rispetto agli altri Stati membri, pur senza essere trattati diversamente dai cittadini di tale Stato membro, può

Sull'applicazione dei criteri di competenza e, in particolare, in tema di ricorso effettivo avverso una decisione di trasferimento sulla base dei medesimi criteri, nella sentenza *Ghezelbash*²¹⁷, la Corte ha affermato che l'articolo 27 del regolamento Dublino, letto alla luce del considerando 19 del medesimo regolamento, deve essere interpretato nel senso che un richiedente asilo può dedurre, nell'ambito di un siffatto ricorso, l'errata applicazione di un criterio di competenza di cui al capo III di detto regolamento. Infatti, come già affermato dalla Corte nell'ambito del regolamento n. 343/2003, «il legislatore dell'Unione non ha inteso sacrificare all'esigenza di celerità nel trattamento delle domande d'asilo la tutela giurisdizionale dei richiedenti asilo»²¹⁸. E tale conclusione non può che valere *a fortiori* con riferimento al regolamento n. 604/2013, «in quanto con tale regolamento il legislatore dell'Unione ha sensibilmente sviluppato le garanzie procedurali offerte ai richiedenti asilo nell'ambito del sistema di Dublino»²¹⁹.

Con la pronuncia *H. e R.*²²⁰, la Corte ha ammesso la possibilità per un richiedente asilo che abbia presentato domande di asilo multiple, di far valere, quale motivo di ricorso avverso il trasferimento, l'applicabilità del criterio di competenza a tutela dell'unità familiare di cui all'articolo 9 del regolamento Dublino, qualora abbia trasmesso all'autorità competente dello Stato membro richiedente il trasferimento elementi che dimostrino in modo manifesto che quest'ultimo dovrebbe essere considerato lo Stato

indurre a dichiarare che tale richiedente sarebbe ivi esposto a un (...) rischio [di subire un trattamento inumano o degradante, nell'accezione dell'articolo 4 della Carta] solo se detta circostanza comporta la conseguenza che quest'ultimo si troverebbe, in considerazione della sua particolare vulnerabilità, indipendentemente dalla sua volontà e dalle sue scelte personali, in una situazione di estrema privazione materiale» (punto 88).

²¹⁷ Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 7 giugno 2016, causa C-63/15, *Ghezelbash*. La fattispecie oggetto di causa aveva riguardato un ricorso avverso una decisione di trasferimento dall'Olanda alla Francia di un cittadino iraniano, il quale aveva contestato la corretta applicazione, da parte delle autorità olandesi, dei criteri di determinazione della competenza ad esaminare la sua domanda di protezione internazionale. In particolare, le autorità olandesi avevano scoperto, alla luce di una ricerca nel Sistema d'informazione visti dell'Unione europea (VIS), che la rappresentanza esterna della Repubblica francese in Iran aveva rilasciato al soggetto interessato un visto, che, secondo quanto previsto dal regolamento n. 604/2013, implica il dovere dello Stato francese di prendere in carico l'interessato. Quest'ultimo, tuttavia, aveva richiesto, senza successo, la possibilità di produrre documentazione utile a provare la non fondatezza delle ragioni del trasferimento.

²¹⁸ V. in tal senso, Corte di giustizia, sentenza del 29 gennaio 2009, causa C-19/08, *Petrosian e a.*, punto 48.

²¹⁹ Corte di giustizia, *Ghezelbash*, cit., punto 57.

²²⁰ Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 2 aprile 2019, cause riunite C-582/17 e C-583/17, *H. e R.* In entrambe le cause, i richiedenti asilo avevano presentato domande di protezione internazionale multiple, prima in Germania e poi nei Paesi assi

membro competente per l'esame della domanda in applicazione di detto criterio di competenza.

Inoltre, sempre nell'ottica della tutela dell'unità familiare, con una pronuncia del 1° agosto 2022²²¹, la Corte di giustizia ha sancito che, benché, sulla base di un'interpretazione letterale, l'articolo 27, par. 1, del regolamento Dublino sembri riconoscere un diritto di ricorso al richiedente protezione internazionale soltanto al fine di contestare una decisione di trasferimento, tale disposizione non esclude che un diritto di ricorso sia concesso anche al richiedente minore non accompagnato al fine di contestare una decisione di rifiuto di presa in carico fondata sull'art. 8, par. 2. La tutela giurisdizionale di un minore non accompagnato, infatti, non può variare a seconda che questi sia destinatario di una decisione di trasferimento, adottata dallo Stato membro richiedente, o di una decisione con la quale lo Stato membro richiesto respinge la domanda di presa in carico dello stesso. In entrambi i casi, il minore può veder pregiudicato il proprio diritto al ricongiungimento familiare. Infatti, «se è vero che, conformemente all'articolo 8, paragrafo 2, del regolamento in questione, la designazione dello Stato membro nel quale si trova il parente del richiedente minore non accompagnato quale Stato membro competente è subordinata alla condizione che essa sia «nell'interesse superiore del minore», da tale disposizione, dai considerando 14 e 16 e dall'articolo 6, paragrafo 3, lettera a), e paragrafo 4, del medesimo regolamento, discende che il rispetto della vita familiare e, in particolare, la possibilità per un minore non accompagnato di essere ricongiunto con un parente che può occuparsi di lui durante il trattamento della sua domanda è, in via di principio, nell'interesse superiore del minore»²²².

Da ultimo, con una sentenza del 22 settembre 2022²²³, la Corte ha dichiarato che non può farsi applicazione dell'articolo 33, paragrafo 2, lettera a), della direttiva procedure a

²²¹ Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 1° agosto 2022, causa C-19/21, *I. S. c. Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*. Nel caso di specie, un cittadino di un Paese terzo aveva presentato una domanda di protezione internazionale in Grecia da minorenne e aveva chiesto il ricongiungimento con uno zio, il quale soggiornava regolarmente nei Paesi Bassi e aveva prestato il proprio consenso al riguardo.

²²² Corte di giustizia, *I. S. c. Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*, cit., punto 47.

²²³ Corte di giustizia, sentenza del 1° agosto 2022, causa C-720/20, *RO c. Bundesrepublik Deutschland*. Una minorenne di origine russa, nata in Germania, aveva presentato alle autorità tedesche una domanda di protezione internazionale che veniva dichiarata inammissibile. Le autorità tedesche avevano ritenuto che, dal momento che i genitori, i fratelli e le sorelle della ricorrente avevano già ottenuto lo status di rifugiato in Polonia, prima della sua nascita e prima del trasferimento in Germania, doveva essere la Polonia lo Stato membro da considerarsi competente all'esame della sua domanda di asilo.

fronte della domanda di protezione internazionale di un minore, qualora non sia il minore stesso, bensì i suoi genitori, a beneficiare di protezione internazionale in un altro Stato membro. Infatti, la dichiarazione di inammissibilità di una siffatta domanda in base all'applicazione analogica della disposizione citata «non terrebbe conto non solo del carattere tassativo dell'elencazione di cui all'articolo 33, paragrafo 2, della direttiva procedure, ma anche del fatto che la situazione di un simile minore non è paragonabile a quella di un richiedente protezione internazionale che beneficia già di una simile protezione concessa da un altro Stato membro, il che esclude qualsiasi analogia»²²⁴.

ii) Le domande reiterate

La reiterazione delle domande di asilo che non presentino «elementi o risultanze nuovi» viene considerata in termini abusivi in quanto condotta che rischia di ritardare il momento in cui le persone che «necessitano effettivamente di protezione internazionale»²²⁵ siano messe in condizione di presentare le proprie domande. Per tale ragione, il CEAS predispone una serie di strumenti volti a disincentivare una simile pratica: a) la possibilità di utilizzare le procedure accelerate e di frontiera per esaminare istanze che siano qualificabili come «domande reiterate» (con ciò che ne consegue anche in punto di garanzie procedurali in caso di ricorso; cfr. articolo 31, par. 8 e articolo 43 della direttiva 2013/33/UE); b) la facoltà di rigettare in rito siffatte domande, dichiarandole inammissibili, se non supportate dall'allegazione di elementi o risultanze nuovi rilevanti ai fini dell'eventuale riconoscimento della qualifica di beneficiario di protezione internazionale a norma della direttiva 2011/95/UE (cfr. articolo 33, par. 2, lett. c) e d) della direttiva 2013/33/UE); c) la possibilità di ridurre o revocare le misure materiali di accoglienza previste dalla direttiva 2013/33/UE (cfr. articolo 20, par. 1, lett. c) e par. 3).

Tuttavia, anche a fronte di tali comportamenti, la Corte di giustizia ha scelto talvolta di far prevalere altri principi sull'esigenza di lottare contro siffatte forme di “abuso”.

²²⁴ *Ibid.*, punto 54.

²²⁵ Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta (rifusione), COM(2009) 551 def., 21 ottobre 2009, par. 1.1.

Si pensi, innanzitutto, alla giurisprudenza della Corte EDU²²⁶ in tema di procedure accelerate o di frontiera: i giudici di Strasburgo, pur riconoscendo il diritto degli Stati membri di adottare simili meccanismi procedurali – soprattutto nel caso di afflusso massiccio di migranti²²⁷ –, hanno a più riprese sottolineato l'importanza di assicurare, anche nell'ambito di siffatte procedure, l'effettività di tutte le garanzie procedurali essenziali a proteggere i richiedenti asilo dal respingimento²²⁸. In questo senso, il necessario rispetto dell'articolo 3 CEDU e dell'articolo 4 del Protocollo n. 4 può andare a limitare la misura in cui gli Stati possono accelerare l'esame delle domande di protezione internazionale, permanendo sempre l'esigenza di assicurare un esame adeguato e completo della situazione personale del richiedente²²⁹.

Quanto alla definizione di «elementi o risultanze nuovi» tali da escludere la qualificazione di una domanda come «reiterata», si pensi, ad esempio, a quanto affermato dai giudici di Lussemburgo nella sentenza *A, B e C*²³⁰, in tema di riconoscimento dello status di rifugiato in ragione dell'orientamento sessuale del richiedente. La pronuncia, sebbene riguardante l'allegazione tardiva di elementi posti a fondamento della domanda

²²⁶ Si vedano, *ex multis*, Corte EDU, Grande Camera, sentenza del 2 febbraio 2012, ricorso n. 9152/09, *I.M. c. Francia*, paragrafi 142-148; sentenza del 22 aprile 2014, ricorso n. 6528/11, *A.C. e altri c. Spagna*, paragrafi 98-100 e 104.

²²⁷ La Corte EDU ha affermato di essere «consciente de la nécessité pour les Etats confrontés à un grand nombre de demandeurs d'asile de disposer des moyens nécessaires pour faire face à un tel contentieux, ainsi que des risques d'engorgement du système» (cfr. Corte EDU, *I.M. c. Francia*, cit, par. 142).

²²⁸ Tale affermazione pare aver trovato eccezione nella pronuncia della Corte di Strasburgo resa nel caso *N.D. e N.T. c. Spagna* (Corte EDU, Grande Camera, sentenza del 13 febbraio 2020, ricorsi n. 8675/15 e n. 8697/15, *N.D. e N.T. c. Spagna*). La Grande Camera ha affrontato la questione dei respingimenti sommari di migranti alle frontiere terrestri, individuando un'eccezione al principio di non respingimento, che consente di escludere dall'ambito di applicazione di suddetto divieto l'allontanamento simultaneo di stranieri i quali, in assenza di giustificate ragioni, abbiano “colpevolmente” deciso di attraversare il confine terrestre in modo irregolare, pur potendo avvalersi di effettivi canali di accesso ai mezzi legali di ingresso. Invero, si tratta di una sentenza isolata, che la dottrina ha fortemente criticato (cfr. C. OVIEDO MORENO, *A Painful Slap from the ECtHR and an Urgent Opportunity for Spain*, in *Verfassungsblog*, 14 February 2020), e che non si ritiene possa essere esemplificativa di un “cambio di rotta” della giurisprudenza della Corte EDU.

²²⁹ Tali considerazioni possono valere per tutti i casi in cui possono trovare applicazione le procedure accelerate o di frontiera e, dunque, anche nel caso di provenienza del richiedente asilo da un «paese di origine sicuro» (v. *infra*).

²³⁰ Corte di giustizia, *A, B e C*, cit. I soggetti coinvolti avevano presentato richieste di permesso di soggiorno temporaneo (asilo) nei Paesi Bassi, adducendo il timore di essere perseguitati nei loro rispettivi paesi di origine, segnatamente a causa della loro omosessualità.

di protezione internazionale in forza dell'articolo 4, par. 1 della direttiva qualifiche²³¹, ha affermato un principio applicabile anche in tema di domande reiterate: la mancanza di credibilità di un richiedente non può basarsi semplicemente sulla tardiva²³² allegazione da parte sua di elementi rilevanti, a maggior ragione quando tali elementi riguardino questioni relative all'identità personale di un individuo. Come ricorda lo stesso Ufficio europeo di sostegno per l'asilo²³³, infatti, il fatto che un richiedente abbia ommesso di allegare elementi o risultanze nel corso della prima procedura può essere dovuto alla sua particolare vulnerabilità.

Inoltre, in tema di inammissibilità dell'istanza di asilo in quanto «domanda reiterata», i giudici di Lussemburgo hanno escluso l'applicabilità dell'articolo 33, par. 2, lett. d), della direttiva 2013/32 quando venga accertato che il rigetto definitivo della domanda anteriore fosse contrario al diritto dell'Unione²³⁴.

Peraltro, vale anche con riferimento alle domande reiterate il principio secondo cui «benché il richiedente sia tenuto a produrre tutti gli elementi necessari a motivare la domanda, spetta tuttavia allo Stato membro interessato cooperare con tale richiedente nel

²³¹ Si veda anche Ufficio europeo di sostegno per l'asilo (EASO), Guida pratica: *valutazione delle prove*, marzo 2015, p. 16: «Le persone le cui domande sono correlate a [orientamento sessuale e identità di genere] non accettati nel loro paese di origine, spesso devono nascondere la loro vera identità, i loro sentimenti e le loro opinioni per evitare vergogna, isolamento e stigmatizzazione, nonché molto frequentemente anche il rischio di violenza. La stigmatizzazione sociale e i sentimenti di vergogna possono inibire ulteriormente il richiedente e impedirgli di rivelare informazioni che rientrino nel contesto della richiesta di asilo. In molti casi, il richiedente rivela di essere lesbica, gay, bisessuale, transessuale o intersessuale solo in una domanda successiva».

²³² Una delle questioni pregiudiziali presentate alla Corte di giustizia riguardava proprio la possibilità per le autorità competenti di ritenere non credibile l'asserito orientamento sessuale di tale richiedente quando, segnatamente, non è stato fatto valere da quest'ultimo alla prima occasione concessa per esporre i motivi di persecuzione.

²³³ Ufficio europeo di sostegno per l'asilo (EASO), *Un'analisi giuridica*, cit. p. 161.

²³⁴ Corte di giustizia, *FMS, FNZ, SA, SA junior*, cit., punto 203, seconda parte. Le cause citate avevano riguardato le vicende delle due coppie di richiedenti asilo – due coniugi afgani (FNZ e FMS) e madre e figlio (minore) di nazionalità irachena (SA e SA junior) –, sottoposti a trattenimento presso la zona di transito di Röszke, uno spazio di confinamento situato alla frontiera serbo-ungherese, all'interno del quale vengono fatti soggiornare sia i richiedenti asilo, in attesa di una decisione sulla domanda di protezione internazionale, sia gli stranieri irregolari, nelle more dell'esecuzione del provvedimento di rimpatrio emesso nei loro confronti. La Corte ha anche sancito che l'articolo richiamato «deve essere interpretato nel senso che l'esistenza di una sentenza della Corte che dichiara l'incompatibilità con il diritto dell'Unione di una normativa nazionale che consente di respingere una domanda di protezione internazionale in quanto inammissibile, con la motivazione che il richiedente è arrivato nel territorio dello Stato membro interessato attraverso uno Stato in cui non è esposto a persecuzioni o a un rischio di danno grave o in cui è garantito un adeguato livello di protezione, costituisce un elemento nuovo relativo all'esame di una domanda di protezione internazionale, ai sensi di tale disposizione» (punto 203, prima parte).

momento della determinazione degli elementi significativi della stessa. Tale obbligo di cooperazione in capo allo Stato membro implica pertanto concretamente che, se, per una qualsivoglia ragione, gli elementi forniti dal richiedente una protezione internazionale non sono esaustivi, attuali o pertinenti, è necessario che lo Stato membro interessato cooperi attivamente con il richiedente, in tale fase della procedura, per consentire di riunire tutti gli elementi atti a sostenere la domanda. Peraltro, uno Stato membro riveste una posizione più adeguata del richiedente per l'accesso a determinati tipi di documenti»²³⁵.

Si segnala, da ultimo, che, in tema di riduzione delle misure di accoglienza in caso di domanda di asilo reiterata, l'operatività dell'articolo 20 viene controbilanciata dalla necessaria applicazione di diritti fondamentali, primo tra tutti, il diritto ad una vita dignitosa, che finisce per stemperare la portata della fattispecie. In questo senso, in particolare, si è più volte espressa la Corte di giustizia, la quale, occupatasi di interpretare la disposizione in commento in sede di rinvio pregiudiziale, ha affrontato la questione relativa al significato dell'espressione "tenore di vita dignitoso". In particolare, nella sentenza *Jawo*, la Corte ha sottolineato che il rispetto della dignità umana dovrebbe implicare che nessuna persona «completamente dipendente dall'assistenza pubblica si venga a trovare, indipendentemente dalla sua volontà e dalle sue scelte personali, in una situazione di estrema deprivazione materiale che non le consenta di far fronte ai suoi bisogni più elementari quali, segnatamente, nutrirsi, lavarsi e disporre di un alloggio, e che pregiudichi la sua salute fisica o psichica o che la ponga in uno stato di degrado incompatibile con la dignità umana»²³⁶. Come precisato nel caso *Haqbin*²³⁷, la necessità

²³⁵ Corte di giustizia, *M.M.*, cit., punto 65. Nel caso di specie, un cittadino proveniente dal Ruanda aveva presentato domanda di asilo sostenendo che, qualora fosse stato costretto a tornare nel proprio Paese di origine, avrebbe rischiato di essere perseguito dinanzi ad un tribunale militare per aver apertamente criticato il modo in cui sono state condotte le indagini relative al genocidio del 1994. L'istanza, tuttavia, era stata respinta con la motivazione che il richiedente stesso non era stato in grado di dimostrare l'esistenza di motivi sufficienti a stabilire l'effettiva sussistenza del rischio lamentato, dal momento che il suo racconto non era risultato credibile.

²³⁶ Corte di giustizia, *Jawo*, cit. punto 92. La pronuncia richiama, in tal senso, la giurisprudenza della Corte EDU, e, in particolare, la sentenza *M.S.S. e a. c. Belgio e Grecia*, cit., paragrafi da 252 a 263.

²³⁷ Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 12 novembre 2019, causa C-233/18, *Haqbin*. Nella causa in oggetto, il richiedente asilo era giunto in Belgio come minore non accompagnato e ivi aveva presentato domanda di protezione. Gli era stato assegnato un tutore e successivamente era stato accolto in un centro di accoglienza. Nel centro, tuttavia, era stato coinvolto in una rissa tra residenti di varie origini etniche, cessata solamente dopo l'intervento della polizia. Il richiedente era stato dunque arrestato, in quanto era stato individuato come uno degli istigatori della colluttazione, ma poi rilasciato il giorno

di garantire, quanto meno, il rispetto di tali bisogni esclude che possa essere imposta «una sanzione consistente, sulla sola base di un motivo di cui all'articolo 20, paragrafo 4, della direttiva 2013/33, nel revocare, seppur temporaneamente, il beneficio di tutte le condizioni materiali di accoglienza o le condizioni materiali di accoglienza relative all'alloggio, al vitto o al vestiario»²³⁸.

iii) Le condotte che implicano l'operatività dei concetti di «paese sicuro»

L'operatività dei concetti di «paese di origine sicuro», «paese di primo asilo» e «paese terzo sicuro», come si è già avuto modo di illustrare, rappresentano delle presunzioni relative circa la sicurezza dello Stato terzo od europeo nel quale il richiedente abbia già ottenuto o potrebbe ottenere l'asilo, che implicano, quali conseguenze procedurali: a) l'applicabilità della procedura accelerata o di frontiera, nel caso di provenienza da un «paese di origine sicuro» (cfr. articolo 31, par. 8 lett. b) della direttiva 2013/32/UE); b) una pronuncia di inammissibilità della domanda di asilo, in caso di applicazione dei concetti di «paese di primo asilo» e «paese terzo sicuro» (cfr. articolo 33, par. 2, lett. b) e c) della direttiva 2013/32/UE).

Ancora una volta, invero, le Corti europee chiamano in causa la necessità di assicurare il perseguimento di obiettivi ulteriori rispetto alla lotta agli abusi.

Si pensi, innanzitutto, alla delimitazione del concetto di «paese terzo sicuro» emersa dalla sentenza *LH*²³⁹, con la quale i giudici di Lussemburgo hanno escluso che tale nozione possa applicarsi anche alle ipotesi di «paese di transito sicuro», in ragione dell'insufficienza del legame necessario ai fini dell'applicabilità dell'ipotesi di inammissibilità della domanda. Infatti, secondo la Corte, il mero transito attraverso un «paese terzo sicuro» non può essere considerato un criterio sufficiente da far presumere ragionevole un rientro del richiedente verso detto Paese²⁴⁰. Inoltre, nella medesima pronuncia, la Corte si è anche occupata di precisare che, alla luce del rispetto del diritto

immediatamente successivo. Alla luce di quanto accaduto, il direttore del centro aveva deciso di sospendere il diritto del richiedente di beneficiare dell'assistenza materiale ivi fornita per un periodo di 15 giorni.

²³⁸ *Ibid.*, punto 47.

²³⁹ Corte di giustizia, *LH*, cit. Nel caso di specie, il richiedente asilo, un cittadino siriano di origine curda, aveva presentato una domanda di protezione internazionale in una zona di transito situata al confine dell'Ungheria. Le autorità ungheresi avevano dichiarato inammissibile l'istanza, in quanto il richiedente era giunto nel territorio dell'Unione attraversando un paese – la Serbia – qualificato come «sicuro».

²⁴⁰ *Ibid.*, punto 45 e ss.

ad un ricorso effettivo avverso una decisione di inammissibilità della domanda di asilo, la previsione di un termine di otto giorni, concessi al giudice per pronunciarsi sull'impugnazione del richiedente non sia adeguata²⁴¹.

Invece, nella causa *H.I.D. e B.A.*²⁴², la Corte si è occupata di valutare quale sia il termine ragionevole che deve essere rispettato nell'espletamento delle procedure accelerate e/o svolte alla frontiera o in zone di transito. I giudici hanno chiarito che, certamente «la cittadinanza del richiedente asilo è un elemento che può essere preso in considerazione per giustificare il trattamento prioritario o accelerato di una domanda d'asilo», ma «l'istituzione di una procedura prioritaria (...) deve pienamente consentire l'esercizio dei diritti che la direttiva in parola conferisce ai richiedenti asilo (...). Questi ultimi, in particolare, devono poter beneficiare di un termine sufficiente per raccogliere e presentare gli elementi necessari a suffragare le loro domande, permettendo così all'autorità accertante di compiere un esame equo e completo di tali domande nonché di garantire che i richiedenti non siano esposti a pericoli nel loro paese d'origine». Anche perché è la stessa direttiva a stabilire che «gli Stati membri possono superare i termini laddove necessario per assicurare un esame adeguato e completo della domanda di protezione internazionale»²⁴³.

Peraltro, a salvaguardia della posizione del richiedente asilo e del suo interesse a richiedere protezione, la Corte di giustizia ha precisato che non è consentito ritenere manifestamente infondata una domanda di protezione internazionale di un richiedente asilo proveniente da un paese pur definibile sicuro, se lo Stato membro responsabile dell'esame della relativa istanza non ha adottato norme interne specifiche per l'attuazione del concetto di «paese di origine sicuro»²⁴⁴.

²⁴¹ *Ibid.*, punto. 77. Come argomentato dalla Corte, «pur non potendosi escludere a priori che un termine di otto giorni sia adeguato nei casi più evidenti di inammissibilità, esso può rivelarsi, in talune circostanze (...) materialmente insufficiente per consentire al giudice investito di un ricorso avverso una decisione che respinge una domanda di protezione internazionale in quanto inammissibile di assicurare il rispetto di tutti i diritti menzionati (...) per ciascuno dei casi sottoposti al suo esame, e così garantire il diritto a un ricorso effettivo dei richiedenti protezione internazionale» (par. 73).

²⁴² Corte di giustizia, *H.I.D. e B.A.*, cit, punti 73-75. La causa era vertente sulla compatibilità con il diritto dell'Unione di misure amministrative che prevedano che una categoria di domande d'asilo, definita sulla base della nazionalità o del paese d'origine del richiedente asilo, fosse a priori valutata e decisa attraverso una procedura accelerata.

²⁴³ Si veda, in particolare, l'articolo 31, par. 9, seconda parte della direttiva procedure.

²⁴⁴ Corte di giustizia, *A*, cit., punto 35. La domanda di protezione internazionale presentata dal richiedente asilo, cittadino serbo, era stata giudicata manifestamente infondata ai sensi dell'articolo 31, paragrafo 8,

In tema di paesi sicuri, occorre citare altresì la pronuncia della Corte EDU nel caso *Ilias e Ahmed c. Ungheria*²⁴⁵, in cui i giudici di Strasburgo si sono occupati di valutare la natura e il contenuto dell'obbligo di verificare che il paese terzo sia un «paese sicuro» (con specifico riferimento ad un rischio di violazione del principio di *non refoulement*), nonché la natura della presunzione di sicurezza (se assoluta o relativa e, quindi, comunque soggetta a valutazione di merito da parte della P.A. ed eventualmente del giudice). In merito, la Corte ha ribadito il dovere di non allontanare i richiedenti asilo, nel caso in cui sussistano motivi sostanziali per credere che una tale azione possa esporli direttamente (nel Paese terzo di destinazione) o indirettamente (per esempio, nel Paese di origine o in altro Paese) a un trattamento contrario, in particolare, all'articolo 3 CEDU²⁴⁶. In questa prospettiva, tra le valutazioni che le autorità sono tenute ad effettuare²⁴⁷, rientra necessariamente una verifica circa l'adeguatezza della procedura di asilo del Paese di destinazione, al fine di scongiurare il rischio del richiedente di essere sottoposto ad un *refoulement* diretto o indiretto²⁴⁸. Inoltre, la Corte ha dichiarato che «in all cases of removal of an asylum seeker from a Contracting State to a third intermediary country without examination of the asylum requests on the merits, regardless of whether the receiving third country is an EU Member State or not or whether it is a State Party to the Convention or not, it is the duty of the removing State to examine thoroughly the question whether or not there is a real risk of the asylum seeker being denied access, in the receiving third country, to an adequate asylum procedure, protecting him or her against

della direttiva 2013/32, in quanto le autorità competenti all'esame avevano ritenuto che, secondo le informazioni fornite dal richiedente stesso, la Repubblica di Serbia era in grado di offrirgli una protezione efficace.

²⁴⁵ Corte EDU, Grande Camera, sentenza del 21 novembre 2019, ricorso n. 47287/15, *Ilias e Ahmed c. Ungheria*.

²⁴⁶ *Ibid.*, par. 129.

²⁴⁷ Sul riparto dell'onere probatorio, la Corte di Strasburgo ha evidenziato che, mentre il richiedente asilo ha l'onere di allegare le proprie circostanze individuali che non possono essere a conoscenza delle autorità nazionali, queste stesse autorità sono tenute a procedere di propria iniziativa ad una valutazione aggiornata, in particolare, dell'accessibilità e del funzionamento del sistema d'asilo del Paese ricevente e delle connesse garanzie concretamente assicurate in quello Stato. Invece, sussiste una presunzione di conoscenza per quanto concerne carenze generali dello Stato ricevente, che siano adeguatamente documentate in rapporti autorevoli, quali quelli dell'UNHCR, del Consiglio d'Europa e dell'Unione europea (cfr. *ibid.*, par. 139-141).

²⁴⁸ Cfr. Corte EDU, *M.S.S. e a. c. Belgio e Grecia*, cit. par. 358; Corte EDU, sentenza del 21 ottobre 2014, ricorso n. 16643/09, *Sharifi e a. c. Italia e Grecia*, par. 30.

refoulement»²⁴⁹. A fronte di siffatta valutazione, se viene stabilito che le garanzie esistenti in merito sono insufficienti, l'articolo 3 CEDU implica un obbligo di non allontanamento dei richiedenti asilo verso tale Paese terzo²⁵⁰.

1.1. Alcune considerazioni

Orbene, dalla giurisprudenza poc'anzi richiamata, è possibile far emergere un dato interessante al fine di individuare una possibile risposta all'interrogativo con cui si è concluso la sezione precedente. In particolare, la Corte di giustizia – anche sulla spinta della giurisprudenza della Corte di Strasburgo –, trovandosi dinanzi a questioni interpretative riguardanti le norme del CEAS ricostruite alla luce del concetto di abuso, ha dimostrato, nell'ambito del bilanciamento degli interessi in gioco, di riconoscere un valore gerarchicamente superiore a fattori diversi dall'esigenza di fronteggiare le condotte abusive qui in discussione. In sostanza, anche a fronte di possibili abusi del sistema, la necessità di assicurare il rispetto del principio di non respingimento, il diritto ad un ricorso effettivo, ovvero la tutela del diritto all'unità familiare è stata considerata prevalente.

Tale considerazione assume rilevanza in termini generali: gli esempi riportati, infatti, rappresentano un indice della tendenza della giurisprudenza a considerare valori ulteriori e diversi dalla lotta agli abusi nell'interpretazione e nella conseguente applicazione delle norme analizzate, benché le stesse siano, come illustrato, giustificate proprio da una *ratio* antielusiva.

2. La giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di abuso di diritto nel sistema asilo: la necessità di una delimitazione del campo d'indagine

Tanto premesso, è dunque possibile procedere all'analisi del concetto di abuso nella giurisprudenza della Corte di giustizia rispetto alla materia del riconoscimento del diritto d'asilo. Non si pretende di vagliare la totalità dei casi in cui i giudici di Lussemburgo si

²⁴⁹ Corte EDU, *Ilias e Ahmed c. Ungheria*, cit., par. 134.

²⁵⁰ Si vedano, in senso conforme, Corte EDU, sentenza del 23 luglio 2020, ricorso n. 40503/17, *M.K. e altri c. Polonia*; sentenza dell'8 luglio 2021, ricorso n. 51246/17, *D.A. e altri c. Polonia*; sentenza del 13 ottobre 2022, ricorso n. 41764/17, *T.Z. e altri c. Polonia* (in cui la Corte si è occupata di valutare se la Bielorussia fosse un «paese sicuro», in cui i richiedenti potessero essere rimpatriati senza il rischio di un respingimento a catena).

siano confrontati con questioni inerenti alla nozione di abuso in tema di diritto d’asilo, ma, piuttosto, si intende richiamare alcune pronunce che siano esemplificative dell’approccio della giurisprudenza della Corte di giustizia rispetto a questo tema, soprattutto in una prospettiva comparativa rispetto a quanto emerso dall’analisi della casistica giurisprudenziale in tema di divieto di abuso di diritto con riferimento ad altri settori del diritto UE.

Peraltro, occorre sin da subito evidenziare che, attraverso una ricerca testuale delle espressioni “abuso” e “frode” (e dei loro derivati), nelle pronunce della Corte nella materia di interesse ai fini del presente elaborato, i risultati che si ottengono non sono così rilevanti, almeno in termini numerici²⁵¹. Infatti, non sono molti i casi i cui la giurisprudenza si sia espressa in merito all’esistenza o meno di forme di abuso nell’ambito del sistema europeo comune di asilo. O meglio: a fronte di un certo numero di rinvii pregiudiziali, attraverso i quali i giudici nazionali richiamano il concetto di abuso, al fine di attribuire una certa interpretazione alle disposizioni del CEAS, non sono altrettanto frequenti i casi in cui la Corte dia poi effettivo seguito – anche in termini negativi – alle richieste degli organi giurisdizionali nazionali, preferendo, in sostanza, definire la questione facendo riferimento a principi di natura diversa. Maggiori riscontri si rinvennero, invece, all’interno di alcune conclusioni rese dagli Avvocati generali, che si soffermano maggiormente sul concetto di abuso rapportato alla materia dell’asilo e consentono di trarre spunti interessanti ai fini della presente indagine.

Orbene, nei paragrafi successivi, si cercherà, innanzitutto, di esaminare alcuni ricorsi promossi in sede di rinvio pregiudiziale interpretativo, al fine di illustrare in che termini i giudici degli Stati membri identificano alcune condotte in termini di abusività. In secondo luogo, si prenderanno in considerazione alcuni casi emblematici dell’approccio della Corte di giustizia, soffermandosi, preliminarmente, sul contenuto delle conclusioni degli Avvocati generali, ove esistenti.

²⁵¹ La ricerca testuale è stata effettuata attraverso il formulario di ricerca messo a disposizione dal sito internet istituzionale della Corte di giustizia dell’Unione europea. È stato assunto come arco temporale di riferimento il periodo che va dall’entrata in vigore delle direttive 2011/95/UE, 2013/32/UE e 2013/33/UE, e del regolamento Dublino III, sino a dicembre 2022. La ricerca ha riguardato la materia “Spazio di libertà, sicurezza e giustizia” e, nello specifico, le sottocategorie “Controlli alle frontiere” e “Politica di asilo”.

3. Il concetto di abuso nei rinvii pregiudiziali dei giudici nazionali

Come prospettato in premessa, occorre prendere le mosse dall'analisi dei ricorsi promossi dagli organi giurisdizionali nazionali, per verificare in che termini questi si avvalgono del concetto di asilo nell'ottica di dare attuazione o interpretare le disposizioni di matrice europea in materia di asilo. In particolare, si richiameranno quattro rinvii pregiudiziali, all'interno dei quali il concetto di "abuso di diritto" ha guidato il giudice nazionale nella prospettazione delle questioni (per lo più) interpretative sottoposte all'attenzione dei giudici di Lussemburgo.

i) I movimenti secondari e la proposizione di un ricorso avverso il trasferimento

Il primo atto che si intende esaminare è un ricorso promosso dall'High Court irlandese il 25 marzo 2019, relativo al caso *KS e MHK* (cui è stato assegnato il numero di causa C-322/19)²⁵², con il quale la Corte di giustizia è stata interpellata in merito all'ambito di applicazione dell'articolo 15 della direttiva 2013/33/UE. Si tratta della norma che, nell'ambito delle misure di accoglienza garantite ai richiedenti asilo, impone agli Stati membri di assicurare l'accesso dei richiedenti al mercato del lavoro entro nove mesi dalla data di presentazione della domanda di protezione internazionale, in mancanza di una decisione in primo grado da parte dell'autorità competente, salvo che un simile ritardo non possa essere attribuito al richiedente stesso.

Nello specifico, il giudice irlandese si è interrogato in merito all'operatività di tale disposizione rispetto ad un richiedente asilo che sia oggetto di trasferimento ai sensi del regolamento Dublino, a seguito di un movimento secondario. In particolare, nell'argomentare le cinque questioni pregiudiziali sollevate con il ricorso, egli ha utilizzato il concetto di abuso con riferimento a due profili sottoposti all'esame dei giudici di Lussemburgo

Innanzitutto, il concetto di abuso è stato richiamato con riferimento alla seconda questione pregiudiziale, con la quale il giudice del rinvio – muovendo dal presupposto

²⁵² Si veda la Sintesi della domanda di pronuncia pregiudiziale ai sensi dell'articolo 98, paragrafo 1, del regolamento di procedura della Corte di giustizia del 25 marzo 2019, promossa dall'High Court irlandese e depositata il 23 aprile 2019, causa C-322/19, *KS e MHK*. Nel caso di specie, il richiedente asilo non aveva presentato domanda di asilo nel primo Stato di ingresso (il Regno Unito), ma solamente a seguito di uno spostamento verso l'Irlanda. Tale causa è stata poi riunita alla causa C-385/19, *R.A.T., D.S.*, vertente su una fattispecie analoga.

che l'articolo 15 può trovare applicazione solo nel caso in cui un'autorità competente, effettivamente in grado di adottare una decisione sulla domanda di asilo entro nove mesi, non vi abbia provveduto per un ritardo – ha domandato alla Corte se la norma fosse applicabile a una persona nei cui confronti fosse stata adottata una decisione di trasferimento ai sensi del regolamento Dublino III. Infatti, quando, nel rispetto dei criteri di competenza di cui al regolamento 604/2013, sia necessario effettuare una procedura di presa o ripresa in carico di un richiedente asilo, non potrà essere adottata una decisione sulla domanda di protezione internazionale di quest'ultimo, finché lo Stato membro che è tenuto ad effettuare il trasferimento, non lo abbia portato a termine. Di conseguenza, non dovrebbe sorgere alcun obbligo in capo a tale Stato membro di assicurare l'accesso al lavoro al richiedente ai sensi dell'articolo 15. Tale conclusione, a parere del giudice del rinvio, viene avvalorata dal fatto che, peraltro, «nell'ambito del sistema di Dublino si pone un'importante questione di abuso del diritto, dal momento che chi è destinatario di una domanda di trasferimento nel contesto di detto sistema è, per definizione, una persona che, perlomeno in una certa misura, ha abusato del procedimento previsto dal sistema europeo comune di asilo»²⁵³.

Con la quinta questione, invece, l'High Court irlandese ha posto il seguente quesito: «Se, nel caso in cui un richiedente sia suscettibile di trasferimento verso un altro Stato membro ai sensi regolamento (UE) n. 604/2003 (Dublino III), ma tale trasferimento sia ritardato a causa del ricorso giurisdizionale intentato dal richiedente, la cui conseguenza sia di sospendere il trasferimento in virtù di un ordine di sospensione emesso dal tribunale, il ritardo risultante nel trattamento della domanda di protezione internazionale possa essere attribuito al richiedente ai fini dell'articolo 15 della direttiva 2013/33/UE (Direttiva sulle condizioni di accoglienza) (rifusione), e ciò in linea generale oppure nell'ipotesi particolare in cui venga accertato, nell'ambito del procedimento di ricorso giurisdizionale, che quest'ultimo è infondato, manifestamente o meno, oppure configura un abuso del processo». In sostanza, il giudice del rinvio intende suggerire che la proposizione di un ricorso giurisdizionale, per quanto costituisca un diritto del richiedente, rappresenta, nel contempo, causa di ritardo nell'effettuazione dei trasferimenti Dublino, e, pertanto, le conseguenze che ne derivano non possono che farsi ricadere sul ricorrente

²⁵³ *Ibid.*, p. 7

stesso. E ciò «è doppiamente vero in caso di ricorso giurisdizionale abusivo o infondato»²⁵⁴.

Orbene, come emerge dalla formulazione delle questioni pregiudiziali richiamate, il giudice nazionale utilizza il concetto di «abuso di diritto» per descrivere due comportamenti che, pur essendo completamente diversi, vengono entrambi posti a fondamento di una certa lettura dell'articolo 15 della direttiva accoglienza: il movimento secondario e la proposizione di un ricorso giurisdizionale strumentale. In entrambi i casi, l'abusività delle condotte diviene la giustificazione della scelta interpretativa promossa dal giudice del rinvio, volta a ridurre l'ambito applicativo della garanzia prevista dalla norma in commento. Tuttavia, tale "abusività" finisce per connotarsi in termini differenti.

Quanto alla prima condotta presa in considerazione, il giudice irlandese non ha dubbi nell'individuare nello spostamento del richiedente asilo da uno Stato membro ad un altro, una chiara forma di abuso del «procedimento previsto dal sistema europeo comune di asilo». Essa, ponendosi alla base dell'esigenza del trasferimento del richiedente verso lo Stato membro effettivamente competente, non può che legittimare la scelta interpretativa che restringe l'ambito di operatività dell'articolo 15.

Nel secondo caso, invece, l'abusività del comportamento non è rinvenibile nella condotta in sé – che, al contrario, rappresenta un pieno diritto del richiedente –, ma, piuttosto, nell'intenzione sottesa ad essa: la proposizione del ricorso avverso il trasferimento potrebbe suggerire, in linea generale o a seguito di specifico accertamento, non una reale intenzione di contestazione del provvedimento adottato sulla base dei criteri del regolamento Dublino, ma solamente un tentativo di ritardare l'adozione della decisione sulla domanda di asilo e, di conseguenza, guadagnare la possibilità di avere accesso al mercato del lavoro.

Orbene, se, da un lato, la descrizione in termini di abusività del movimento secondario non fa altro che reiterare l'approccio riscontrato nei documenti istituzionali posti alla base degli strumenti giuridici del CEAS, dall'altro, ciò che solleva maggiori perplessità è la prospettazione che l'abuso possa nascondersi dietro l'esercizio di un diritto fondamentale come il diritto ad un ricorso effettivo. E, soprattutto, che una simile condizione possa costituire la *ratio* alla base di un'interpretazione legislativa restrittiva delle garanzie dei richiedenti asilo. L'argomentazione del giudice del rinvio parrebbe suggerire l'idea che,

²⁵⁴ *Ibid.*, p. 8.

a fronte della proposizione di un ricorso, l'autorità competente dovrebbe essere chiamata ad effettuare una verifica circa la strumentalità di tale condotta. Nel caso in cui siffatta valutazione dovesse condurre alla conclusione che il ricorso è stato promosso al solo scopo di ottenere il beneficio previsto dall'articolo 15, tale beneficio dovrebbe poter essere escluso dall'autorità stessa. E ciò, si suppone, in applicazione di un principio generale di divieto di pratiche abusive.

ii) Le domande multiple

Il secondo ricorso oggetto di esame, sempre promosso dal giudice irlandese²⁵⁵, riguarda un caso in cui un cittadino di un paese terzo, cui era stata concessa la protezione internazionale sotto forma di protezione sussidiaria in un primo Stato membro, si era trasferito in un secondo Stato membro (l'Irlanda, nel caso di specie), al fine di presentare domanda per l'ottenimento dello *status* di rifugiato²⁵⁶.

Nello specifico, il giudice del rinvio ha domandato alla Corte di giustizia di valutare se la presentazione dell'ulteriore domanda di asilo costituisca un abuso di diritto, tale per cui al secondo Stato membro fosse consentito adottare un provvedimento in cui fosse previsto che tale domanda successiva fosse irricevibile. Nella visione del giudice nazionale, la possibilità per lo Stato membro di adottare provvedimenti per dichiarare irricevibili domande che siano qualificabili come domande multiple, dovrebbe discendere direttamente dai principi generali del diritto dell'Unione, costituendo tali condotte «un abuso di diritto».

²⁵⁵ Domanda di pronuncia pregiudiziale del 2 luglio 2019, promossa dall'High Court irlandese e depositata il 16 agosto 2019, causa C-616/19, *M.S., M.W. e G.S.* I richiedenti asilo interessati avevano presentato una prima domanda di protezione internazionale in Italia, ottenendo il riconoscimento della protezione sussidiaria; in un secondo momento, tuttavia, si erano recati in Irlanda, dove avevano depositato una seconda istanza di riconoscimento della protezione internazionale.

²⁵⁶ La Corte già in passato si era occupata di valutare, nell'ambito dell'applicazione congiunta della direttiva 2005/85 e del regolamento Dublino II, se la circostanza che la protezione sussidiaria fosse stata accordata in un primo Stato membro consentisse ad un secondo Stato membro dinanzi al quale il cittadino di paese terzo aveva presentato una domanda di asilo di respingere tale domanda in quanto inammissibile. E, sul punto, si era espressa in senso positivo (cfr. sentenza *Ibrahim e a.*, cit.). La questione è dunque tornata all'attenzione della Corte poiché l'Irlanda, in cui vige ancora la direttiva 2005/85 (si veda il considerando n. 58 della direttiva 2013/32, che enuncia la non partecipazione dell'Irlanda all'adozione di tale direttiva), è oggi vincolata al regolamento Dublino III. Di conseguenza, il giudice nazionale si è chiesto se la circostanza che la direttiva 2005/85 sia considerata, nella presente causa, nell'ambito di applicazione del regolamento Dublino III, e non più del regolamento Dublino II, possa dar luogo ad una diversa interpretazione.

Ancora una volta, alla base dell'argomentazione promossa dal giudice nazionale si pone l'idea dell'esistenza di un principio generale di divieto di condotte abusive, che dovrebbe consentire alle autorità nazionali di precludere l'accesso alla procedura di esame delle domande di asilo, ai richiedenti che abbiano posto in essere condotte qualificabili in termini di domande multiple. Questo sarebbe, infatti, l'esito di una decisione di irricevibilità della domanda. E ciò, peraltro, a prescindere dal fatto che l'ordinamento – come si è avuto modo di illustrare nella sezione precedente di questo capitolo – predispone una disciplina specifica per far fronte alle c.d. domande multiple. In questi termini, in sostanza, si dovrebbe ammettere l'operatività di un principio generale di diritto volto a fronteggiare condotte qualificabili come “abusive”, *a latere* di meccanismi che, per espressa intenzione legislativa, risultano espressamente volti ad osteggiare le medesime tipologie di condotte.

iii) I casi di riduzione o revoca delle misure di accoglienza

Un altro aspetto del sistema giuridico europeo in materia di asilo che è stato oggetto di rinvio pregiudiziale e rispetto al quale è stato invocato il concetto di abuso è la riduzione o revoca delle misure di accoglienza, a fronte di condotte considerate, appunto, “abusive”.

Sul tema è possibile richiamare un'ordinanza di rinvio pregiudiziale del Consiglio di Stato italiano, del 30 dicembre 2020²⁵⁷, con cui è stata sollevata una questione relativa alla facoltà, riconosciuta agli Stati membri dall'articolo 20 par. 4, della direttiva 2013/33, di applicare sanzioni alle gravi violazioni delle regole dei centri di accoglienza, nonché ai comportamenti gravemente violenti. Il giudice del rinvio, nello specifico, ha domandato alla Corte di giustizia di valutare se la norma richiamata legittimasse l'irrogazione di una sanzione consistente nella revoca delle misure di accoglienza, nel caso in cui il richiedente avesse posto in essere «comportamenti gravemente violenti» al

²⁵⁷ Domanda di pronuncia pregiudiziale del 30 dicembre 2020, promossa dal Consiglio di Stato italiano e depositata il 13 luglio 2021, causa C-422/21, *Ministero dell'Interno*. Nel caso di specie, il soggetto interessato, nella sua qualità di richiedente protezione internazionale, fruiva delle condizioni materiali di accoglienza previste dalla direttiva 2013/33/UE (trasposta nell'ordinamento italiano attraverso il decreto legislativo n. 142/2015) ed era ospite presso un centro di accoglienza temporanea. Tuttavia, lo stesso, in una stazione ferroviaria, con un altro richiedente protezione internazionale, aveva aggredito verbalmente e fisicamente un dipendente della compagnia ferroviaria e due agenti della polizia municipale, procurando loro lesioni che avevano richiesto cure dispensate dal servizio locale di pronto soccorso.

di fuori di un centro di accoglienza. Secondo il giudice del rinvio, infatti, l'impossibilità di revocare le condizioni materiali di accoglienza anche nei casi di fatti particolarmente gravi e riprovevoli, che implicano violenze fisiche o spaccio di sostanze stupefacenti, potrebbe dar luogo ad abusi.

Orbene, dalla lettura del ricorso, sembrerebbe possibile desumere un utilizzo della nozione di abuso in termini leggermente differenti rispetto ai casi sopra esaminati: l'intenzione del giudice nazionale, infatti, parrebbe essere quella di utilizzare suddetto concetto a fini interpretativi della disposizione europea oggetto di esame. L'idea che traspare dall'iter argomentativo del Consiglio di Stato, infatti, suggerisce la volontà di allargare il campo di applicazione dell'articolo 20, par. 4, al fine di prevenire eventuali "abusi" delle misure di accoglienza. Nella prospettiva del giudice nazionale, in sostanza, l'ampliamento delle possibilità sanzionatorie riconosciute alle autorità nazionali a fronte di determinati comportamenti posti in essere dai richiedenti asilo potrebbe avere un effetto deterrente di eventuali "abusi" del sistema.

Ciò che, tuttavia, non appare chiaro è il motivo dell'utilizzo del termine "abusi" nell'ambito di questo contesto: in presenza di «comportamenti gravemente violenti», ci si troverebbe dinnanzi a veri e propri comportamenti *contra ius*, piuttosto che a condotte abusive.

4. Il concetto di abuso nelle pronunce della Corte di giustizia

Veniamo ora ad analizzare l'approccio seguito dalla Corte di Lussemburgo nell'affrontare il tema dell'abuso di diritto nell'ambito del sistema europeo comune di asilo.

Come anticipato nella premessa, non è frequente che la Corte si sia occupata di esaminare tale problematica, anche a fronte di rinvii pregiudiziali che abbiano presentato questioni fondate, nei termini sopra esaminati, sul concetto di abuso di diritto (sia inteso come principio generale di diritto, sia inteso in termini di principio di natura interpretativa). Prendendo in considerazione i ricorsi richiamati nel paragrafo precedente, solamente uno di essi ha spinto la Corte di giustizia a decidere la questione ad esso sottesa anche alla luce della nozione di abuso di diritto. Negli altri casi, invece, nelle pronunce dei giudici di Lussemburgo non vi è traccia di riferimenti espliciti al tema e gli

interrogativi giuridici sono stati di volta in volta risolti alla luce di principi o concetti differenti. In sostanza, nella maggior parte dei casi, la Corte ha dimostrato di preferire una soluzione delle questioni (per lo più) interpretative ad essa sottoposte senza fare ricorso al concetto di abuso di diritto.

Tanto premesso, è utile comunque analizzare alcune cause in cui i giudici europei, o gli avvocati generali, hanno fatto riferimento a tale nozione.

i) I movimenti secondari

In tema di movimenti secondari, è possibile richiamare l'esito della causa instaurata dall'High Court irlandese sull'interpretazione dell'articolo 15 della direttiva qualifica, nel caso in cui il richiedente, dopo aver realizzato un movimento secondario, avesse presentato ricorso (almeno asseritamente) strumentale avverso la decisione di trasferimento.

La questione è stata affrontata in termini espliciti, ancor prima che dalla Corte di giustizia, dall'Avvocato generale De La Tour, nelle proprie conclusioni presentate il 3 settembre 2020²⁵⁸. Egli, nell'escludere che uno Stato membro nel quale è stata presentata una domanda di protezione internazionale potesse dissuadere il richiedente dall'esercitare il diritto di ricorso espressamente riconosciutogli, imputando al medesimo il ritardo risultante dal procedimento giurisdizionale e privandolo della norma sull'accoglienza di cui all'articolo 15 citato, ha focalizzato l'attenzione sull'ipotesi in cui lo Stato membro in questione ritenesse che i richiedenti utilizzino in maniera strumentale o eccessiva il loro diritto di ricorso al fine di ritardare la procedura di trasferimento di cui essi sono oggetto. L'Avvocato generale, richiamando la giurisprudenza della Corte²⁵⁹, ha ricordato che «in mancanza di disposizioni specifiche in una normativa dell'Unione, il fatto che uno Stato membro si trovi di fronte ad un elevato numero di episodi di abuso di diritto o di frode da cittadini di Stati terzi non può giustificare l'adozione di una misura basata su considerazioni di prevenzione generale, e che lascia da parte qualsiasi valutazione specifica del comportamento della persona interessata»²⁶⁰. Ciò, infatti, avrebbe quale

²⁵⁸ Conclusioni dell'Avvocato Generale Jean Richard De La Tour presentate il 3 settembre 2020, cause riunite C-322/19 e C-385/19, *K.S., M.H.K. e R.A.T., D.S.*

²⁵⁹ Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 18 dicembre 2014, causa C-202/13, *McCarthy e a.*, punti 55 e 56.

²⁶⁰ Conclusioni dell'Avvocato Generale Jean Richard De La Tour, *K.S., M.H.K. e R.A.T., D.S.*, cit. punti 123 e 124.

illogica conseguenza il mancato riconoscimento di un diritto esplicitamente attribuito dal diritto dell'Unione, a causa della mera appartenenza del soggetto interessato ad un determinato gruppo di persone. Egli, dunque, ha sottolineato la necessità di un accertamento dell'esistenza dell'abuso da parte del giudice nazionale, tenuto ad avvalersi del test elaborato nella sentenza *Emsland-Stärke*.

In sostanza, l'Avvocato generale, pur escludendo che il concetto di abuso di diritto potesse fondare una normativa nazionale volta ad introdurre una generale presunzione di abusività a fronte dell'esercizio del diritto di ricorso avverso un trasferimento, d'altra parte, ha ammesso la possibilità di escludere questo stesso diritto in presenza di un abuso accertato tramite il test elaborato dalla Corte di giustizia.

Orbene, la Corte, allineandosi con l'opinione espressa dall'Avvocato generale, ha affermato che «non si può presumere, senza un esame delle circostanze del caso di specie da parte del giudice nazionale, che la proposizione di un ricorso giurisdizionale contro una decisione di trasferimento costituisca un abuso di diritto»²⁶¹. Anche i giudici di Lussemburgo hanno ricordato gli elementi che devono essere accertati affinché possa essere provata l'esistenza di una pratica abusiva: «da una parte, un insieme di circostanze oggettive dalle quali risulti che, nonostante il rispetto formale delle condizioni previste dalla normativa dell'Unione, l'obiettivo perseguito da tale normativa non è stato raggiunto e, dall'altra, un elemento soggettivo consistente nella volontà di ottenere un vantaggio derivante dalla normativa dell'Unione mediante la creazione artificiosa delle condizioni necessarie per il suo ottenimento»²⁶². E, dunque, ha escluso l'ammissibilità di misure che perseguono, in maniera generalizzata, un obiettivo di prevenzione generale di casi diffusi di abuso di diritto o di frode²⁶³.

²⁶¹ Corte di giustizia, sentenza del 14 gennaio 2021, cause riunite C-322/19 e C-385/19, *K.S., M.H.K. e R.A.T., D.S.*, punto 90.

²⁶² *Ibid.*, punto 91

²⁶³ Come affermato dalla Corte, «[a]lla luce delle considerazioni che precedono, occorre rispondere alla quinta questione sollevata nella causa C-322/19 che l'articolo 15, paragrafo 1, della direttiva 2013/33 deve essere interpretato nel senso che uno Stato membro non può attribuire al richiedente protezione internazionale il ritardo nell'esame della sua domanda derivante dalla presentazione, da parte di quest'ultimo, di un ricorso giurisdizionale, avente effetto sospensivo, contro la decisione di trasferimento adottata nei suoi confronti, in applicazione del regolamento Dublino III» (*ibid.*, punto 93).

Tale presa di posizione, sia da parte dell'avvocato generale, ma, soprattutto, sa parte dei giudici di Lussemburgo, è particolarmente rilevante, dal momento che non sono numerosi i casi in cui sia stata affermata l'applicabilità di tale test al settore dell'asilo.

ii) Le domande multiple

Con riferimento alle questioni legate alle domande multiple, è possibile riprendere le fila dal caso *M.S., M.W. e G.S.*, sopra richiamato (v. Sezione II, § 3, *ii) Le domande multiple*). In quell'occasione, come già evidenziato il giudice del rinvio si era interrogato in merito alla possibilità di ritenere operante un principio generale di diritto volto a fronteggiare condotte qualificabili come "abusive", per poter dichiarare irricevibili domande che siano qualificabili come domande multiple, implicitamente connotando in termini di "abuso" la condotta sottesa alla reiterazione dell'istanza di asilo in Stati differenti.

Sul punto, si è pronunciato l'Avvocato generale nelle proprie conclusioni²⁶⁴ e ha chiarito che «la domanda di protezione internazionale presentata da un cittadino di paese terzo dopo aver ottenuto la protezione sussidiaria in un primo Stato membro non costituisce di per sé (...) un abuso di diritto», dal momento che è lo stesso legislatore dell'Unione ad aver riconosciuto che «i cittadini di paesi terzi possano legittimamente cercare protezione nell'Unione, qualora siano spinti dalle circostanze»²⁶⁵. L'argomentazione è lineare: il legislatore dell'Unione ha già espressamente regolato il caso in cui un cittadino di paese terzo tenti di ottenere lo *status* di rifugiato in uno Stato membro dopo aver ottenuto lo *status* di protezione sussidiaria in un altro Stato membro, sancendo la possibilità di dichiarare inammissibile la relativa domanda. Pertanto, «esso non può essere qualificato in termini generali ed astratti come abuso di diritto», potendo, semmai, essere qualificato come tale alla luce di un esame caso per caso.

Dunque, l'AG, da un lato, ha ammesso la possibilità di configurare la prassi della presentazione di una domanda ulteriore in un diverso Stato membro come abusiva, ma, dall'altro, ha sottolineato l'esigenza della prova che l'interessato avesse tentato di

²⁶⁴ Conclusioni dell'Avvocato Generale Henrik Saugmandsgaard Øe presentate il 3 settembre 2020, causa C-616/19, *M.S., M.W., G.S.* La Corte di giustizia, invece, non si è espressa sulla questione e l'ha considerata assorbita attraverso la risoluzione delle altre domande pregiudiziali proposte contestualmente dal giudice irlandese (cfr. sentenza del 10 dicembre 2020, causa C-616/19, *M.S., M.W., G.S.*).

²⁶⁵ *Ibid.*, punto 94.

ottenere un vantaggio derivante dalla normativa dell'Unione mediante la creazione artificiosa delle condizioni necessarie per il suo ottenimento, in ossequio alla giurisprudenza della Corte in tema di abuso.

iii) I casi di riduzione o revoca delle misure di accoglienza

Tornando all'aspetto relativo al significato e alla portata della revoca delle condizioni materiali di accoglienza nel contesto dell'articolo 20 della direttiva 2013/33, è interessante prendere in considerazione le conclusioni dell'Avvocato generale Campos, rese nella causa *Haqbin*²⁶⁶. A prescindere dalla soluzione prospettata dall'Avvocato generale al caso di specie, ciò che è interessante notare è la terminologia utilizzata dallo stesso nell'ambito dell'analisi della disposizione oggetto di esame. In particolare, nel descrivere i singoli paragrafi che compongono l'articolo 20, l'Avvocato generale ha sottolineato che il primo caso contemplato dalla norma, che consente la revoca delle misure di accoglienza, «comprende la situazione in cui esiste un abuso di diritto».

In sostanza, l'Avvocato generale ha ricompreso nella nozione di “abuso di diritto” tutte le condotte descritte dal paragrafo 1 dell'articolo 20 citato: sia l'ipotesi in cui il richiedente si sia sottratto agli obblighi richiesti ai fini dell'esame della sua domanda di protezione internazionale lasciando il luogo di residenza obbligatoria o non presentandosi alle autorità, sia quella in cui lo stesso abbia presentato una domanda reiterata al solo scopo di beneficiare delle condizioni di accoglienza.

Tuttavia, come si è avuto modo di illustrare nell'esame del concetto di abuso con riferimento proprio alla disposizione in esame, le condotte che stanno alla base dell'applicazione della decisione o revoca delle misure di accoglienza non sono assolutamente assimilabili. Solo la reiterazione della domanda di asilo, infatti, può essere definita come un comportamento abusivo; esso, peraltro, è definito come tale non sulla base di un esame della condotta del soggetto attraverso i parametri dettati dalla giurisprudenza e che compongono il test sull'abuso, ma esclusivamente in forza di una precisa scelta compiuta a monte dal legislatore. I casi di violazione degli obblighi richiesti ai fini dell'esame della domanda di asilo costituiscono, appunto, delle violazioni formali

²⁶⁶ Conclusioni dell'Avvocato Generale Manuel Campos Sánchez-Bordona presentate il 6 giugno 2019, causa C-233/18, *Haqbin*.

di legge, che, come tali, non integrano una condotta abusiva – intesa nel significato considerato rilevante ai fini della presente analisi.

iii) Il trattenimento in caso di ingresso irregolare

Un altro caso che merita di essere menzionato riguarda una recente causa sottoposta all'attenzione della Corte di giustizia in sede di rinvio pregiudiziale da parte del giudice lituano. La questione riguardava, in particolare, la conformità con il diritto UE della normativa nazionale che, nel contesto di un afflusso massiccio, da un lato, limitava notevolmente le possibilità dei cittadini di paesi terzi di accedere alle procedure di riconoscimento della suddetta protezione e, dall'altro, consentiva di trattenere i richiedenti asilo per il solo fatto che essi avessero attraversato illegalmente la frontiera nazionale.

Sul punto, il governo lituano ha sostenuto – nelle osservazioni scritte presentate alla Corte – che, in una situazione di afflusso massiccio, si genera un concreto rischio di abusi, in quanto «solo una piccola parte dei migranti sarebbero rifugiati in buona fede, mentre molti altri presenterebbero domande d'asilo nella consapevolezza che esse sono manifestamente infondate al solo scopo di usufruire temporaneamente delle garanzie legate allo status di «richiedente», o anche semplicemente di essere ammessi nello spazio Schengen o, se vi si trovano già illegalmente, di ritardare la loro espulsione»²⁶⁷.

Invece, l'Avvocato generale Emiliou, nelle proprie conclusioni rese il 2 giugno 2022²⁶⁸, ha sottolineato come la direttiva procedure contenga una specifica disposizione – l'articolo 43 –, che consente agli Stati membri di garantire il controllo delle frontiere esterne dell'Unione, rispettando il diritto dei cittadini dei paesi terzi di chiedere asilo. In particolare, si fa riferimento alla facoltà concessa agli Stati membri di applicare, alle loro frontiere o zone di transito, procedure specifiche per decidere sull'ammissibilità, ai sensi dell'articolo 33 della direttiva procedure, delle domande d'asilo ivi presentate, e persino sul merito di tali domande, nei casi di cui all'articolo 31, paragrafo 8, della stessa

²⁶⁷ Ciò è quanto riportato dall'Avvocato Generale Nicholas Emiliou nelle proprie conclusioni presentate il 2 giugno 2022, nella causa C-72/22 PPU, M.A. Si veda, in particolare, il punto 124.

²⁶⁸ Il caso riguardava l'arresto di un gruppo di cittadini di paesi terzi – tra cui il ricorrente nella causa principale –, i quali avevano attraversato il confine tra Lituania e Polonia, senza tuttavia possedere né i documenti di viaggio, né il visto necessario per soggiornare in quest'ultimo Stato membro e nell'Unione. Gli interessati erano stati poi ritrasferiti in Lituania, dove erano stati sottoposti a trattenimento in ragione della loro situazione di soggiorno irregolare.

direttiva – che riguardano, in sostanza, varie ipotesi in cui il comportamento o le dichiarazioni del richiedente lasciano intendere che la sua domanda è manifestamente infondata e abusiva. Come sottolineato dall'Avvocato generale, tali procedure: a) permettono agli Stati membri di effettuare una «prima cernita» delle domande di protezione internazionale, consentendo loro di individuare coloro che abbiano presentato istanze manifestamente infondate e abusive, impedendone l'ingresso; b) nel caso in cui ci siano cittadini di paesi terzi che abbiano già attraversato illegalmente la frontiera nazionale, permettono comunque alle autorità nazionali di combattere eventuali abusi, esaminando le domande di asilo in modo accelerato e secondo una procedura di frontiera.

Tuttavia, l'AG ha dichiarato di condividere la posizione della Commissione²⁶⁹, quanto alla non adeguatezza di siffatte procedure a fronte di una situazione di afflusso massiccio: benché, in siffatte circostanze, gli Stati membri abbiano la possibilità di effettuare le procedure di frontiera anche oltre il termine di quattro settimane previsto dall'articolo 43, par. 2, «ciò comporta, tuttavia, l'ammissione di tutti i cittadini interessati nel territorio nazionale, che siano in buona fede o che abusino del sistema»²⁷⁰.

In ogni caso, tali considerazioni non possono condurre fino alla conclusione di ammettere che uno Stato membro possa impedire a un cittadino di un paese terzo di accedere a una procedura di riconoscimento della protezione internazionale quando è entrato illegalmente nel suo territorio. Secondo l'AG, una disposizione siffatta si porrebbe in contrasto sia con il «contenuto essenziale» del diritto d'asilo, sia con il principio di *non refoulement*, non essendo fondato l'argomento del governo lituano secondo cui, in sostanza, un cittadino di un paese terzo che entra illegalmente nel territorio di uno Stato nel contesto di un «afflusso massiccio» tiene un comportamento abusivo che giustifica la privazione del suo diritto di chiedere asilo, e secondo cui il principio di non respingimento non può essere considerato assoluto in una tale situazione²⁷¹.

²⁶⁹ COM(2016) 467 def., cit.

²⁷⁰ Conclusioni dell'Avvocato Generale Nicholas Emiliou, *M.A.*, cit., punto 131.

²⁷¹ L'AG indica due ragioni a smentita dell'argomento richiamato: a) da un lato, il fatto che, come affermato dai redattori della convenzione di Ginevra, «i rifugiati – compresi i richiedenti asilo (...) – sono spesso indotti a entrare illegalmente nel territorio degli Stati in cui cercano protezione» e, pertanto, «[è stato] definito, all'articolo 31 della suddetta convenzione, il potere degli Stati di imporre loro sanzioni penali in caso di ingresso o soggiorno irregolare nel loro territorio»; b) dall'altro, il fatto che gli obblighi degli Stati di rispettare il principio di non respingimento, sancito dall'articolo 19, paragrafo 2, della Carta, si impongono a prescindere dal comportamento dell'interessato (*ibid.*, punto 142).

Pare comunque interessante sottolineare la terminologia utilizzato dall'avvocato generale: la contrapposizione tra richiedenti asilo «in buona fede» e coloro che «abus[a]no del sistema» – e, dunque, sono in “mala fede” –, presuppone un giudizio sulla condotta dei cittadini di paesi terzi che giungano nel territorio dell'Unione e implica la necessità di ammettere nel sistema solamente coloro che abbiano realmente bisogno di protezione internazionale. Solamente questi ultimi, infatti, sembrano potersi considerare “in buona fede” ed essere legittimati a beneficiare delle garanzie sostanziali e procedurali predisposte nell'ambito del CEAS.

iv) L'inammissibilità della domanda di asilo e la lotta agli abusi

Si segnala, da ultimo, una decisione della Corte di giustizia su un ricorso per inadempimento promosso dalla Commissione nei confronti dell'Ungheria, accusata di essere venuta meno ad una serie di obblighi ad essa incombenti derivanti dalla direttiva procedure e dalla direttiva sulle misure d'accoglienza²⁷². In particolare, l'Ungheria avrebbe: a) introdotto un nuovo motivo di inammissibilità delle domande di asilo che si aggiunge ai motivi espressamente previsti dalla direttiva 2013/32 (ossia l'ipotesi in cui il richiedente sia arrivato attraversando un paese in cui egli non è esposto a persecuzioni o in cui è garantito un adeguato livello di protezione); b) configurato come reato l'attività organizzativa realizzata al fine di consentire l'avvio di una procedura di domanda di asilo da parte di persone che non soddisfano i criteri del diritto di asilo stabiliti dal diritto nazionale e adottando misure che comportano restrizioni nei confronti delle persone sottoposte a procedimento penale o sanzionate per un siffatto reato.

Quanto al primo aspetto, dal punto di vista dell'Ungheria, l'introduzione di un ulteriore motivo di inammissibilità della domanda di asilo sarebbe stato giustificato dall'esigenza di «reprimere gli abusi», in quanto la norma attualmente vigente non sarebbe stata sufficiente a perseguire al meglio tale obiettivo²⁷³.

Tuttavia, la Corte ha evidenziato che l'ordinamento dell'Unione prevede già espressamente una disposizione che consente, a certe condizioni, di considerare una domanda di protezione internazionale inammissibile: dal momento che l'ulteriore ipotesi introdotta dalla normativa ungherese non rientra nell'ambito delle situazioni

²⁷² Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 16 novembre 2021, causa C-821/19, *Commissione europea c. Ungheria*.

²⁷³ *Ibid.*, punto 30. Ciò sarebbe emerso, peraltro, anche da COM(2016) 467 def., cit.

tassativamente elencate dalla norma quali ragioni di inammissibilità della domanda, essa non può considerarsi legittima. Secondo i giudici di Lussemburgo, in sostanza, la necessità di fronteggiare gli abusi non può rilevare ai fini dell'introduzione di una disposizione nazionale fondata su tale specifica esigenza; e ciò, perché il legislatore europeo ha già a monte individuato i casi di inammissibilità delle domande di asilo, proprio in un'ottica anti-abuso.

Quanto al secondo aspetto, l'Ungheria ha nuovamente indicato l'«accresciuto rischio di ricorso abusivo alla procedura di asilo» quale *ratio* della scelta di qualificare come reato il comportamento di qualsiasi persona che, nell'ambito di un'attività organizzativa, offra un sostegno alla presentazione o all'inoltro di una domanda di asilo nel suo territorio, qualora sia possibile provare, al di là di ogni ragionevole dubbio, che tale persona era consapevole del fatto che detta domanda non poteva essere accolta, in forza del succitato diritto, in forza, nuovamente, dell'«accresciuto rischio di ricorso abusivo alla procedura di asilo»²⁷⁴.

Sul punto, senza scendere nel dettaglio delle singole motivazioni della pronuncia, le argomentazioni della Corte che assumono maggiore rilevanza ai fini del presente elaborato riguardano l'esistenza o meno di una giustificazione alla base dell'adozione della normativa nazionale²⁷⁵. In particolare, i giudici di Lussemburgo, richiamando la massima della Corte per cui «i singoli non possono avvalersi fraudolentemente o abusivamente delle norme del diritto dell'Unione», hanno riconosciuto il diritto di uno Stato membro di «negare il beneficio delle disposizioni di diritto dell'Unione laddove queste vengano invocate non al fine di realizzare gli obiettivi delle disposizioni medesime, bensì al fine di godere di un vantaggio derivante dal diritto dell'Unione sebbene le condizioni per poterne godere siano rispettate solo formalmente»²⁷⁶. Da ciò discende, secondo la Corte, la possibilità per le autorità nazionali di sanzionare le persone o le organizzazioni da essi menzionate qualora queste ultime adottino comportamenti che costituiscono un esercizio del diritto di accesso ai richiedenti protezione internazionale per fini incompatibili con gli obiettivi per i quali un siffatto diritto di accesso è loro riconosciuto. Per la stessa ragione, inoltre, deve essere consentito agli Stati membri di

²⁷⁴ *Ibid.*, punto 45.

²⁷⁵ *Ibid.*, punti 109-133.

²⁷⁶ *Ibid.*, punto 111.

sanzionare le pratiche fraudolente o abusive commesse dai consulenti legali o dagli altri consulenti nell'ambito delle prestazioni che essi forniscono a beneficio di detti richiedenti.

Dunque, i giudici europei non hanno contestato – come peraltro neanche la Commissione – il fatto in sé che l'Ungheria avesse introdotto una norma penale per sanzionare comportamenti rientranti nella lotta degli Stati membri contro le pratiche fraudolente o abusive, ma, piuttosto, il fatto che una siffatta disposizione eccedesse quanto potesse essere considerato necessario per perseguire un simile obiettivo. Data la sua formulazione, infatti, la norma finiva per reprimere anche condotte che, però, non potevano essere considerate tali.

Tale considerazione è interessante, perché consente di evidenziare come, nella prospettiva della Corte (almeno per quanto è possibile evincere dalla lettura di questa pronuncia), l'abuso di diritto – o, meglio, la lotta contro l'abuso di diritto – possa costituire la *ratio* alla base di precise scelte del legislatore nazionale. Da una simile impostazione, parrebbe emergere l'affermazione dell'esistenza di un principio generale di divieto di pratiche abusive, che, come in altri settori del diritto dell'Unione, consentirebbe, anche in materia di asilo, di introdurre norme interne espressamente motivate dall'esigenza di far fronte a pratiche di questo genere.

5. Sull'operatività del concetto di abuso: un tentativo di risposta

In chiusura della prima sezione del presente capitolo, si era avanzato un interrogativo circa l'opportunità di immaginare l'operatività di un principio generale di abuso di diritto, accanto alle disposizioni che, come si è cercato di evidenziare, configurano, *ex ante*, determinate condotte come abusive, predisponendo un determinato regime giudico ad esse applicabile. Orbene, alla luce dell'analisi condotta nei paragrafi precedenti, è possibile individuare una potenziale risposta.

Innanzitutto, è rilevante evidenziare l'impossibilità di individuare un approccio interpretativo chiaro e lineare della Corte di giustizia sul punto. Ciò è certamente riconducibile, da un lato, all'esiguo numero di pronunce che esaminano la questione, dall'altro, al fatto che i giudici di Lussemburgo sono stati chiamati ad occuparsi dell'abuso di diritto con riferimento a fattispecie anche molto diverse tra loro.

In particolare, i richiami a tale concetto da parte dei giudici nazionali o degli Stati membri (si pensi, ad esempio, alla posizione dell'Ungheria nella sentenza che ha deciso la procedura di infrazione nella causa C-821/19) sono stati motivati, nella casistica esaminata, dalla necessità di giustificare o l'adozione di una disposizione nazionale espressamente volta alla repressione di comportamenti abusivi, ovvero un'interpretazione estensiva/restrittiva di una determinata disposizione europea, al fine di ridurre le garanzie spettanti a coloro che si rendano responsabili di tali abusi. Senza dimenticare, però, che il richiamo alla natura "abusiva" delle condotte assume talvolta una valenza retorica, piuttosto che un vero e proprio significato giuridico, rivelando un utilizzo in senso atecnico della relativa nozione (si pensi al rinvio pregiudiziale promosso dal Consiglio di Stato italiano in tema di misure di accoglienza). Il che, peraltro, potrebbe giustificare la scelta della Corte di giustizia di occuparsi solo di rado del tema dell'abuso in materia di asilo.

Dei casi esaminati, quelli in cui la Corte è stata chiamata a valutare la compatibilità con il diritto UE di una disposizione nazionale volta a limitare possibili abusi del sistema, l'Avvocato generale nella causa C-72/22 PPU, e i giudici di Lussemburgo nella causa C-821/19, hanno escluso tale compatibilità. Infatti, in entrambe le ipotesi, l'ordinamento dell'Unione contemplava già una disposizione (almeno astrattamente) in grado di fronteggiare la condotta abusiva che si intendeva osteggiare con l'introduzione, nei casi di specie, di un ulteriore motivo di inammissibilità della domanda di asilo²⁷⁷. In suddetti casi, in sostanza, l'abuso è stato inteso come limite che gli Stati possono opporre all'applicazione del diritto dell'Unione, attraverso l'introduzione di disposizioni con funzioni anti-abuso.

Invece, nella prima pronuncia esaminata, riguardante la possibilità di escludere l'operatività di una norma europea quale conseguenza di una condotta definita come abusiva, la Corte ha effettivamente ammesso tale facoltà per gli Stati, chiedendo esclusivamente che il giudice nazionale provasse l'esistenza di una pratica abusiva. E, in questo senso, tanto l'Avvocato generale, quanto i giudici hanno richiamato la

²⁷⁷ Nella causa C-821/19, si era posta altresì la questione della compatibilità con il diritto UE di una fattispecie di reato specificamente volta a fronteggiare gli abusi è coincisa con la non proporzione della misura adottata rispetto all'obiettivo. In questo caso, la Corte aveva escluso tale conformità sulla base di una ragione diversa: in particolare, era stata valutata la non proporzionalità della misura rispetto all'obiettivo.

giurisprudenza della Corte in tema divieto di pratiche abusive, ricordando l'esigenza che il giudice nazionale applichi, di volta in volta, il test sull'abuso affinché possa dirsi provata l'esistenza di una pratica abusiva (evitando, quindi, generalizzazioni). Nel caso di specie, peraltro, il comportamento considerato abusivo consisteva nella proposizione di un ricorso strumentale e, nello specifico, volto all'allungamento delle tempistiche di esame della domanda di asilo per poter beneficiare della garanzia dell'accesso al mercato del lavoro, prevista dall'articolo 15 della direttiva sulle misure di accoglienza. Dunque, a differenza degli altri casi esaminati, in cui gli abusi lamentati coincidevano con quelle condotte "abusive" definite tali dallo stesso legislatore, il comportamento "abusivo" lamentato nel primo caso consisteva nell'esercizio di un diritto, seppur per una finalità differente rispetto a quella sottesa alla disposizione previgente quello stesso diritto.

Tutto ciò considerato, almeno in questo caso, la Corte sembrerebbe ammettere l'operatività di un principio generale di divieto di pratiche abusive, in grado di operare con riferimento a qualsiasi condotta che possa definirsi tale alla luce del test sull'abuso e in grado di legittimare una forma di correzione di comportamenti formalmente conformi al diritto, ma, in realtà, sostanzialmente contrari ad esso.

Pertanto, volendo trovare una risposta all'interrogativo formulato in premessa, è possibile affermare che la Corte di giustizia ha certamente riconosciuto, sebbene in pochissime occasioni, una certa valenza al divieto di abuso di diritto, richiamando, in proposito, il test della sentenza *Emsland-Stärke*. Tuttavia, sembrerebbe avergli attribuito un significato giuridico differente a seconda dei casi di volta in volta presi in considerazione. In particolare, pur non avendo escluso a priori la possibilità che il divieto di pratiche abusive rivesta un ruolo di principio generale di diritto anche in materia di asilo, ne ha comunque circoscritto l'operatività entro limiti ben definiti e nell'unico caso in cui vi ha fatto (peraltro implicitamente) riferimento ha comunque dato prevalenza ad altri principi in gioco. Se poi si considera quanto evidenziato in premessa in merito alla funzione che le Corti europee hanno ricoperto e ricoprono nel delimitare lo spazio applicativo di quegli istituti fondati sul concetto di abusività delle condotte ad essi sottese, è ancora più evidente come l'approccio della giurisprudenza sia tendenzialmente volto ad affermare la soccombenza del ruolo dell'abuso rispetto ad altri principi generali di diritto dell'Unione, primo tra tutti il principio di *non refoulement* e, correlativamente il diritto fondamentale all'asilo sancito dall'articolo 18 della Carta.

CONCLUSIONI

LE PECULIARITÀ DELL'ABUSO DI DIRITTO NEL SISTEMA EUROPEO COMUNE DI ASILO: LA NECESSITÀ DI UN BILANCIAMENTO DEGLI INTERESSI IN GIOCO

L'analisi condotta in questo quarto e ultimo capitolo si è incentrata sull'applicazione della tassonomia relativa alle condotte abusive riscontrate in altri settori del diritto UE all'ambito del diritto d'asilo. Per cercare di individuare le fattispecie da analizzare alla luce delle direttrici classificatorie delineate nel primo capitolo, si è cercato di valutare quali condotte potessero essere identificate come "comportamenti abusivi", proprio partendo dalle considerazioni avanzate dalle istituzioni in sede programmatica e prodromica all'adozione degli atti normativi che compongono il sistema europeo comune di asilo. Leggendo un numero significativo di documenti istituzionali e le proposte di riforma degli strumenti giuridici del CEAS avanzate dalla Commissione, traspare il chiaro intento di ricollegare l'operatività di determinati istituti di natura sostanziale e procedurale ad un obiettivo di "prevenzione generale" degli abusi. Come si è avuto modo di illustrare, tali istituti trovano spazio in presenza di condotte implicitamente connotate come "abusive", in quanto, pur non espressamente vietate dall'ordinamento europeo, configurano fattispecie antitetiche rispetto alle *ratio* di funzionamento dell'intero sistema asilo dell'Unione. Ciò vale per i movimenti secondari e le domande multiple, che si pongono in contraddizione rispetto al principio di unicità della competenza e di tassatività dei criteri di riparto delle responsabilità tra Stati membri in merito all'esame delle domande di asilo. Lo stesso dicasi per le domande reiterate, la presentazione di istanze di asilo astrattamente inammissibili, perché avanzate da soggetti provenienti da paesi definibili "sicuri", ovvero la presentazione di domande di protezione internazionale "in ritardo" rispetto al momento in cui si siano varcati i confini di uno Stato membro; tali comportamenti determinano un "aggravio" per i sistemi asilo degli Stati membri, incidendo negativamente sul loro corretto funzionamento (anche a discapito delle persone che «necessitano effettivamente di protezione internazionale»²⁷⁸). Sono le logiche di sistema, dunque, ad essere minate da siffatti comportamenti e a giustificare, quanto meno nella prospettiva del legislatore, la predisposizione di meccanismi atti a scoraggiare la

²⁷⁸ COM(2009) 551 def., cit., par. 1.1.

loro realizzazione. Come si diceva, infatti, non viene predisposta una normativa di totale preclusioni di questi comportamenti, ma solo di disincentivazione.

Venendo, dunque, al raffronto tra le condotte “abusive” riscontrate nell’ambito del CEAS e quelle categorizzate sulla base della casistica giurisprudenziale della Corte di giustizia relativa ad altri settori del diritto UE, si è osservata una distanza tra le modalità utilizzate per contrapporsi alle logiche del sistema asilo e i modelli di *abusive rule avoidance* e di *abusive rule appropriation*, riscontrati nell’analisi svolta nel primo capitolo. Si è evidenziato, infatti, che, da un lato, i movimenti secondari e le domande multiple non sono sussumibili in quei meccanismi di sfruttamento di norme UE volti ad ottenere l’applicazione di un diverso Stato membro, in ragione dell’inesistenza di disposizioni che consentano la libera circolazione nel territorio degli Stati membri di cittadini di Stati terzi astrattamente bisognosi di protezione internazionale. Dall’altro, le altre ipotesi non presuppongono una vera e proprio precostituzione strumentale, da parte del soggetto agente, dei requisiti necessari per poter beneficiare di un determinato diritto di matrice europea.

A ben vedere, in effetti, non si tratta di comportamenti interpretabili in un’ottica di “abusività”, ma che, al contrario, sono inquadrati *ex ante* come tali. Solo in alcuni casi, la ricorrenza di determinate condizioni concomitanti alla realizzazione di una certa condotta, può escludere la sua “abusività” e rendere inapplicabili le conseguenze di natura sostanziale o procedurale di norma operanti. Si prendano, ad esempio, le domande reiterate: solo se il richiedente asilo adduce prove o argomenti nuovi, a supporto della domanda reiterata, questa potrà superare il vaglio di ammissibilità ed essere sottoposta ad un esame nel merito. Lo stesso vale per il caso in cui un richiedente asilo provenga da un paese terzo sicuro: l’inammissibilità della sua domanda è esclusa solamente qualora egli riesca a superare la presunzione (relativa) di sicurezza, ricollegata a quel determinato Paese, provando, dunque, la sussistenza, per lui, di un rischio di violazione, ad esempio, del principio di respingimento in caso di rimpatrio. Ancora, nei casi di movimenti secondari e domande multiple, è sempre ammesso il ricorso avverso le decisioni di trasferimento, attraverso il quale i soggetti interessati hanno sempre la possibilità di far valere ragioni a fondamento della presentazione di una nuova domanda di asilo (ad esempio, la sussistenza di «carenze sistemiche nella procedura di asilo e nelle condizioni di accoglienza dei richiedenti in tale Stato membro, che implicino il rischio di un

trattamento inumano o degradante ai sensi dell'articolo 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea», ai sensi dell'articolo 3 del regolamento Dublino III).

Quello che appare evidente, in ogni caso, è la difficoltà di ammettere che nelle ipotesi esaminate possa trovare spazio anche l'applicazione di un principio generale di divieto di pratiche abusive: se determinati comportamenti, già di per sé, vengono considerati abusivi e, proprio per questo, il legislatore ne fa conseguire effetti giuridici di natura sostanziale e procedurale non favorevoli per coloro che li abbiano posti in essere, non sembra possa trovare spazio anche un principio che vieti, a livello generale, l'abuso di diritto.

Volendo cercare una conferma o una smentita di queste considerazioni nelle sentenze della Corte di giustizia che hanno affrontato il tema dell'abuso con riferimento alla politica di asilo, il risultato si è rivelato, per un certo verso, poco soddisfacente, soprattutto in ragione del numero esiguo di pronunce nelle quali i giudici di Lussemburgo si siano occupati della questione. Per altro verso, però, anche nelle poche occasioni in cui la Corte si è confrontata con l'ipotesi di applicare il concetto di "abuso" in questioni inerenti al diritto d'asilo europeo, sono emersi dati rilevanti da cui poter trarre alcune considerazioni a livello generale. In particolare:

a) L'unico caso in cui la Corte ha ammesso l'astratta operatività del principio generale di pratiche abusive, lo ha bilanciato con altri interessi in gioco – in particolare, il diritto ad un ricorso effettivo – ed è giunta ad affermare la prevalenza di questi ultimi sull'esigenza di contrasto agli abusi.

b) I tentativi degli Stati membri o dei giudici nazionali di introdurre disposizioni nazionali anti-abuso, ovvero di adottare interpretazioni delle disposizioni europee teleologicamente volte alla lotta contro comportamenti abusivi, sono state valutate dalla Corte di giustizia come non compatibili con il diritto UE, proprio in ragione dell'esistenza di disposizioni dell'ordinamento dell'Unione già giustificate dalla medesima *ratio*. Allo stesso modo, prendendo in considerazione la giurisprudenza della Corte che si è occupata di interpretare in modo più specifico tali disposizioni, sembra emergere una tendenza volta a circoscriverne il più possibile l'operatività, facendo una stretta applicazione delle condizioni disegnate a livello normativo.

In sostanza, il legislatore, adottando meccanismi (dichiaratamente o meno) volti a contrastare comportamenti che si contrappongono alle logiche di sistema – e, come tali, qualificati (anche se implicitamente) come "abusivi" –, anticipa, con una scelta di politica

legislativa, le esigenze nazionali di lotta agli abusi, codificando a monte dei meccanismi di contrasto a fronte di tali condotte.

Questa impostazione, in ogni caso, sconta il fatto che le norme che regolano tali strumenti, generali ed astratte per definizione, non potranno mai contemplare nel loro ambito applicativo tutta la casistica astrattamente sussumibile nell'idea di "abuso". Le condotte "abusive" descritte a livello normativo, infatti, rappresentano ideal-tipi, che, per forza di cose, non potranno mai avere una piena e completa corrispondenza con tutte le fattispecie realizzabili in concreto. Ed è proprio nello scarto esistente tra la fattispecie ideal-tipica e quella concreta che si configura il rischio di abuso.

È da qui, dunque, che nasce il tentativo degli Stati membri, in ossequio ai propri interessi nazionali, di "forzare" le norme, al fine di espandere (o restringere, a seconda dei casi) il loro ambito applicativo per renderle maggiormente efficaci nella lotta contro gli abusi, ovvero di far operare accanto ad esse un principio generale che vieti le pratiche abusive. D'altronde, se il diritto d'asilo è primariamente concepito come «*right of a State to grant asylum*», non dovrebbe sussistere alcun impedimento per gli stessi Stati o per i giudici nazionali ad adottare norme anti-abuso, ovvero ad interpretare norme esistenti in funzione anti-abuso.

In sostanza: da un lato, gli Stati membri cercano di impedire in tutti i modi che cittadini di paesi terzi possano "approfittare" del sistema asilo europeo, per avere accesso al territorio e per poter beneficiare dei diritti connessi alla qualifica di "richiedente asilo", pur a fronte di comportamenti non in linea (o addirittura in contrapposizione) con logiche di questo stesso sistema; dall'altro, però, il legislatore dell'Unione ha già recepito quest'esigenza ed è intervenuto a livello normativo per codificare degli strumenti che realizzino tale volontà politica. Senza contare, poi, che, come emerso nello studio del CEAS, le condotte astrattamente categorizzate come "abusive" dal legislatore potrebbero trovare una giustificazione ultronea rispetto ad un intento di "aggiramento" del sistema e, quindi, a fronte di esse, potrebbe rendersi necessario attribuire maggiore rilevanza ad altri interessi, diversi dalla lotta all'abuso. Si pensi, ad esempio, ai movimenti secondari e alle domande multiple, che, come è stato evidenziato (v. Capitolo III, § 2.3), potrebbero essere giustificate dalle difficoltà riscontrate nell'accesso a determinati sistemi asilo nazionali, affetti da rilevanti carenze sistemiche, e, non invece da un intento "opportunistic" dei richiedenti asilo. Ma questa è la ragione per cui, in caso di domande reiterate, di

presentazione di domande di protezione internazionale tardive e di ipotesi in cui opera il concetto di “sicurezza” degli Stati, vige una presunzione di “abusività” che è necessariamente relativa, e non assoluta.

Dunque, si è dinnanzi ad una lotta tra “generale” e “particolare”, che non può che trovare un bilanciamento (o un tentativo di bilanciamento) nella giurisprudenza: è l’organo giudicante, infatti, ad avere la possibilità di assicurare l’operatività della norma generale ed astratta, che recepisce le esigenze statali di contrapporsi alle pratiche abusive, tenendo però in considerazione le peculiarità del caso particolare, che potrebbero rivelare la necessità di controbilanciare l’esigenza di contrastare gli abusi con altri interessi in gioco.

In primo luogo, è la Corte di giustizia, in quanto garante della corretta ed uniforme interpretazione del diritto europeo in tutta l’Unione, a svolgere un siffatto compito: i giudici di Lussemburgo, chiamati ad interpretare le norme generali che regolano gli strumenti anti-abuso del sistema europeo comune di asilo, hanno la possibilità di guidare gli interpreti nazionali nella corretta applicazione di tali disposizioni, a fronte delle specificità delle controversie alla base dei quesiti pregiudiziali. In questo senso, essi sono tenuti: *i)* ad assicurare un’interpretazione rigorosa degli istituti esaminati, i quali, essendo strumenti derogatori della disciplina generale, devono essere necessariamente oggetto di una lettura – e, quindi, di un’applicazione – restrittiva; *ii)* a contemperare la posizione degli Stati membri, interessati a fronteggiare in ogni modo condotte elusive delle logiche del CEAS, con la necessità di assicurare il perseguimento degli obiettivi alla base dello stesso sistema. Tra essi, in particolare, occorre ricordare l’intento di istituire un regime normativo «basato sull’applicazione, in ogni sua componente, della convenzione di Ginevra relativa allo status dei rifugiati del 28 luglio 1951, modificata dal protocollo di New York del 31 gennaio 1967 (“convenzione di Ginevra”), affermando in questo modo il principio di “non-refoulement” (non respingimento) e garantendo che nessuno sia nuovamente esposto alla persecuzione»²⁷⁹. Proprio per questo, dunque la Corte sembrerebbe non voler dare spazio, in questo settore del diritto, ad un principio generale di divieto di pratiche abusive, o, anche quando ne ammetta l’astratta configurabilità, parrebbe ritenerlo poi soccombente, a fronte dell’esigenza di tutelare altri interessi in gioco.

²⁷⁹ Cfr. Considerando n. 3 delle direttive procedure, qualifiche, accoglienza e regolamento Dublino III.

In secondo luogo, un ruolo altrettanto importante è rivestito dagli organi giurisdizionali degli Stati membri, cui è demandato il compito di garantire, nel concreto, l'effettiva applicazione del diritto UE, assicurandone il primato sul diritto interno. Nell'adempiere a tale delicata funzione, i giudici nazionali sono chiamati: *i)* ad applicare le disposizioni europee, o il diritto nazionale che le traspone, conformemente all'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia; *ii)* a vigilare sul contenuto delle norme interne di recepimento del diritto UE, per verificare che, pur nella discrezionalità lasciata agli Stati membri, vengano rispettati i limiti imposti dalla disciplina sovranazionale. La mera esigenza di contrapporsi al rischio di comportamenti elusivi del sistema, infatti, non può tramutarsi in un (ab)uso da parte degli Stati membri degli strumenti di lotta alle pratiche abusive, predisposti a livello dell'Unione, che abbia come conseguenza una compressione illegittima dei diritti alla base della creazione dell'intero sistema.

La scelta politica del legislatore europeo di assecondare gli interessi degli Stati membri ad impedire che cittadini di paesi terzi "abusino" del sistema asilo europeo, non può tramutarsi nell'applicazione estensiva e indiscriminata di meccanismi "anti-abuso" – compreso un principio generale di abuso di diritto. Un simile approccio, in un sistema in cui non sussistono sufficienti soluzioni che consentano un accesso legale, sicuro e dignitoso al territorio europeo e, in cui, dunque, l'unica possibilità che rimane alle persone bisognose di protezione internazionale è scegliere la via dell'ingresso irregolare, rischierebbe, infatti, di compromettere seriamente l'effettiva tutela del diritto di asilo.

OSSERVAZIONI CONCLUSIVE

Il presente studio ha preso le mosse dall'esigenza di analizzare la categoria giuridica dell'abuso di diritto in un contesto nel quale la stessa non ha mai trovato uno specifico approfondimento da parte della dottrina e della giurisprudenza, pur a fronte di numerosi richiami al concetto di "abusività" rinvenibili nella retorica istituzionale, sia a livello di Unione, sia a livello statale.

La rilevanza di quest'indagine è legata alle conseguenze che possono derivare dall'operatività di un siffatto concetto: a fronte di una condotta che, pur rispettando formalmente le condizioni previste da una norma per l'ottenimento di un diritto da essa derivante, persegue un obiettivo diverso da quello posto a fondamento della norma stessa, discende l'esclusione del soggetto agente dal beneficio derivante dalla disposizione "abusata". Peraltro, dall'elaborazione di tale categoria giuridica, la giurisprudenza e la dottrina hanno ritenuto configurabile, almeno in alcuni casi, un principio generale di diritto che impone il divieto di pratiche abusive, applicabile in presenza di presupposti da verificarsi attraverso il c.d. *abuse test*. Così concepito, l'abuso di diritto diviene uno strumento utilizzabile a prescindere dalla previsione a livello normativo di disposizioni espressamente volte ad assicurare mezzi di contrasto ad eventuali abusi del sistema, potendo persino risultare prevalente rispetto ad altri principi, come quello di certezza del diritto, dovendo di volta in volta attuarsi un giudizio di bilanciamento il cui risultato dipenderebbe dalle specifiche circostanze del caso concreto.

Ci si è dunque posti un interrogativo di fondo in merito al significato dei richiami all'"abuso" nell'ambito del sistema europeo comune di asilo, per verificare se l'operatività di un siffatto concetto rischiasse o meno di vanificare o quanto meno compromettere le finalità poste alla base dello stesso sistema. Occorre ricordare, infatti, che si tratta di un settore nel quale l'obiettivo formalmente perseguito dagli strumenti giuridici che lo compongono è la creazione di un regime che sia in grado di assicurare l'effettiva tutela di tutti coloro che possano definirsi rifugiati ai sensi della Convenzione di Ginevra, ma, allo stesso tempo, di garantire protezione a chiunque corra un rischio per la propria vita o per la propria incolumità, in attuazione del principio di *non-refoulement*.

Come si è avuto modo di illustrare, sono diverse le caratterizzazioni che può assumere la nozione di "richiedente asilo abusivo": essa, in particolare, viene a delinarsi con

riferimento alla realizzazione di una molteplicità di condotte, che vengono considerate in elusione delle logiche che regolano il sistema.

Per procedere alla sistematizzazione dello studio delle suddette condotte, si è deciso di procedere utilizzando un modello classificatorio basato sulla casistica giurisprudenziale presa in considerazione dalla dottrina per studiare il tema dell'abuso in altri settori del diritto UE. Si è ritenuto utile, in sostanza, verificare in che termini sia stato interpretato l'abuso in ambiti normativi diversi dal diritto d'asilo europeo, per poi individuare analogie e differenze con gli abusi identificabili con riferimento al CEAS.

Lo sviluppo del percorso argomentativo ha quindi reso necessario svolgere un approfondimento circa la nozione specifica di "diritto d'asilo". In effetti, non è così agevole definire il contenuto di questo diritto, soprattutto partendo dal presupposto che esso può essere concepito in termini assai differenti, a seconda della prospettiva soggettiva che viene adottata per analizzarlo. L'esame condotto ha così permesso di configurare due diverse accezioni del diritto d'asilo: la prima, che intende tale diritto come una mera prerogativa degli Stati sovrani, legittimati a riconoscere una protezione ai soggetti che la richiedano; l'altra, invece, che lo concepisce anche come diritto individuale, inteso come facoltà degli individui di *cercare* asilo. Non hanno trovato conferma nella prassi, invece, quelle posizioni dottrinali¹ che si sono spinte a sostenere un'accezione del diritto d'asilo individuale come garanzia di poter *cercare* ed *ottenere* asilo da parte di Stati diversi da quello di provenienza. Si è quindi accertato quanto di seguito: se è vero che i principi del diritto internazionale dei rifugiati e dei diritti umani, e, nello specifico, il principio di *non refoulement*, non impongono agli Stati l'obbligo di concedere l'asilo a chiunque lo richieda, è altrettanto vero che tali principi consentono di riconoscere agli individui il diritto di chiedere asilo, che, a sua volta, implica non solo il diritto di accedere alle procedure di asilo, ma anche di poter lasciare il proprio Paese in cerca di protezione ed impone agli Stati (quanto meno) di prendere in considerazione le richieste di asilo e di fornire protezione alle persone che riescano a dimostrare di averne bisogno.

¹ M-T. GIL-BAZO, *The Charter of Fundamental Rights of the European Union and the Right to Be Granted Asylum in the Union's Law*, in *Refugee Survey Quarterly*, 2008, p. 33 e ss.; M. T. GIL-BAZO, *Asylum as a General Principle of International Law*, in *International Journal of Refugee Law*, Vol. 27, Issue 1, 2015, p. 3 e ss.

È l'approfondimento dello studio del diritto materiale dell'Unione – e, quindi, della normativa che regola il CEAS – ad aver poi consentito di descrivere in modo più puntuale il contenuto del diritto d'asilo individuale così concepito. In particolare, l'analisi ha permesso di evidenziare il carattere composito di questo diritto, caratterizzato da una molteplicità di profili, ricomprendenti non solamente il riconoscimento di una forma di protezione sostanziale, cui sono ricollegati una serie di benefici di natura materiale, ma anche tutta una serie di garanzie procedurali, che rendono effettivo l'esercizio stesso del diritto d'asilo.

Solo a quel punto, si è potuto procedere all'effettiva analisi delle forme di abuso di diritto nell'ambito del sistema europeo comune di asilo.

Tali comportamenti sono stati ricercati, in prima battuta, attraverso un'analisi dei principali strumenti giuridici che compongono il sistema europeo comune di asilo – il regolamento Dublino, la direttiva qualifiche, la direttiva procedure e la direttiva accoglienza –, per verificare se, sul piano normativo, fossero a monte identificabili pratiche iscrivibili nella categoria dell'abuso. Lo studio dei documenti di natura programmatica e delle proposte normative che hanno portato all'adozione degli strumenti giuridici che compongono il sistema e passando poi allo studio specifico della normativa di riferimento, hanno consentito di individuare le seguenti “condotte abusive”: *i)* i movimenti secondari; *ii)* le domande multiple; *iii)* le domande reiterate; *iv)* la presentazione di istanze di asilo in presenza delle condizioni che rendono applicabili i concetti di «paese di origine sicuro», «paese di primo asilo», e «paese terzo sicuro»; *v)* la presentazione di domande di protezione internazionale “in ritardo” rispetto al momento in cui si siano varcati i confini di uno Stato membro.

La caratterizzazione in termini di “abusività” dei suddetti comportamenti ha poi trovato un riscontro sul piano giurisprudenziale, in particolar modo nel linguaggio utilizzato dai giudici nazionali in sede di rinvio pregiudiziale interpretativo dinnanzi alla Corte di giustizia. È principalmente con riferimento alle ipotesi elencate, infatti, che i giudici nazionali hanno richiamato l'operatività del concetto di abuso, al fine di attribuire una certa interpretazione alle disposizioni del CEAS.

Quindi, interpretare tali comportamenti secondo il modello classificatorio delineato con riferimento alle condotte abusive identificate in altri settori del diritto UE ha permesso di avanzare alcune considerazioni in merito all'operatività del concetto di “abuso di

diritto” in tale settore. Da un lato, è emerso come la natura “abusiva” dei comportamenti individuati derivi direttamente dal loro inquadramento normativo che conduce a qualificarli come “abusivi”, senza che si renda necessaria alcuna operazione ermeneutica (e, in particolare, l’applicazione del test sull’abuso). È il legislatore europeo, in sostanza, ad aver giustificato l’adozione di determinati istituti in ragione di una *ratio* anti-abuso del sistema, recependo le preoccupazioni degli Stati membri rispetto a possibili aggiramento delle disposizioni che assicurano il funzionamento del CEAS. Dall’altro, tuttavia, è stata comunque evidenziata una tendenza a livello nazionale di allargare lo spazio applicativo della categoria dell’abuso, facendo operare anche un principio generale di divieto di pratiche abusive.

Invero, alla luce di un ragionamento di carattere sistematico, appare logico ritenere che la scelta politica del legislatore dell’Unione di individuare condotte implicitamente qualificate come “abusive”, a fronte delle quali predisporre determinati meccanismi di deterrenza, esaurisca qualsiasi spazio di operatività per un principio di carattere generale giustificato dalla medesima *ratio* (ossia la “lotta” contro gli abusi del sistema). E, in effetti, anche le decisioni della Corte di giustizia che si sono pronunciate sul punto sembrerebbero deporre in questo senso.

Centrale, in definitiva, si rivela il ruolo delle giurisdizioni, sia a livello europeo, che nazionale, nell’assicurare un corretto bilanciamento tra le esigenze statali di contrapporsi alle pratiche abusive – soddisfatte a livello normativo, e, quindi in termini generali ed astratti, attraverso gli istituti analizzati –, e i casi concreti riscontrati di volta in volta nella prassi, che potrebbero implicare l’urgenza di far prevalere altri interessi in gioco, rispetto all’obiettivo di contrasto agli abusi. Un ruolo, questo, che appare ancor più dirimente se guardato in una prospettiva *de iure condendo*, considerando le proposte di riforma del sistema che sono state da ultimo avanzate dalla Commissione europea nel 2020. Dal momento che in molti aspetti delle proposte permane la preoccupazione della Commissione quanto ai profili di malfunzionamento e inefficienza del sistema, che vengono strettamente ricollegati a forme di abuso dei suoi meccanismi operativi da parte dei richiedenti asilo (v., in proposito, Capitolo IV, § 2.1), occorrerà vigilare sull’esito del processo di ripensamento del sistema, per evitare di correre il rischio di tradire le reali finalità originariamente sottese alla creazione di un sistema europeo comune di asilo.

Allo stato attuale, l'esito di un siffatto processo è ancora fortemente incerto; tuttavia, il rischio che le esigenze di contenimento dei flussi e di lotta contro i richiedenti asilo "abusivi" prevarichino sulla necessità di garantire adeguati standard di riconoscimento del diritto d'asilo, traspare in controluce.

BIBLIOGRAFIA

ABASS A., IPPOLITO F., *Regional Approaches to the Protection of Asylum Seekers: An International Legal Perspective*, London, 2014

ACKERS D., *The Negotiations on the Asylum Procedures Directive*, in *European Journal of Migration and Law*, 2005, p. 1 e ss.

ADINOLFI A., *La nozione di "abuso di diritto" nell'ordinamento dell'unione europea*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2012, p. 329 e ss.

ALEINIKOFF T. A., CHETAIL V. (eds.), *Migration and International Legal Norms*, The Hague, 2003

ALLAIN J., *The Jus Cogens Nature of Non-Refoulement*, in *International Journal of Refugee Law*, 2001, p. 533 e ss.

ALLAND D., *Asile*, in CARREAU D., LAGARDE P., SYNVEH H., BERNARD A., BONNAFOUS C. (sous la direction de), *Encyclopédie juridique, Tome I. Répertoire de droit international*, Paris, 1998

ALLAND D., TEITGEN-COLLY C., *Traité du droit de l'asile*, Paris, 2002

ALTO P., HOFMANN H., HOLOPAINEN L., PAUNIO E., LAURENT P., SAYERS D., SHELTON D., WARD A., *Article 47 - Right to an Effective Remedy*, in PEERS S., HERVEY T., KENNER J., WARD A. (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A commentary*, Oxford, 2014, p. 1197 ss.

AMADEO S., *Il principio di eguaglianza e la cittadinanza dell'Unione: il trattamento del cittadino europeo 'inattivo'*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2011, p. 59 e ss.

AMADEO S., *I diritti fondamentali dei cittadini europei fra garanzie della famiglia e garanzie della libera circolazione*, in ANNONI A., MORI P. (a cura di), *I diritti delle famiglie migranti fra integrazione e tutela delle diversità*, Torino, 2015, p. 69 e ss.

AMADEO S., SPITALERI F., *Il diritto dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione europea*, Torino, 2019

AMALFITANO C., CONDINANZI M., *Unione europea: fonti, adattamento e rapporti tra ordinamenti*, Torino, 2015

AMALFITANO C., *General Principles of EU Law and the Protection of Fundamental Rights*, Cheltenham, 2018

AMALFITANO C., *Il rilievo della CEDU in seno all'Unione europea ex art. 6 TUE*, in D'ANDREA L., MOSCHELLA G., RUGGERI A., SAIITA A. (a cura di), *La Carta dei diritti*

dell'Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni), Torino, 2015, p. 247 e ss.

AMAND C., *Prohibition of Abusive Practices in European VAT, Court Aid to National Legislation Bugs?*, in *Intertax*, 2008, p. 189 e ss.

ANAGNOSTOPOULOU D., *Do Francovich and the principle of proportionality weaken Simmenthal (II) and confirm abuse of rights?*, in *Common Market Law Review*, 2001, p. 772 e ss.

ANDERSON D., *Abuse of Rights*, in *Judicial Review*, 2006, p. 348 e ss.

ARNULL A., *What is a general principle of EU law?*, in DE LA FERIA R., VOGENAUER S. (eds.), *Prohibition of abuse of law: a new general principle of EU law?*, *Prohibition of abuse of law: a new general principle of EU law?*, Oxford, 2011, p. 7 e ss.

AYBAY R., *The Right to Leave and the Right to Return: The International Aspect of Freedom of Movement*, in *Comparative Law Yearbook*, 1977, p. 121 e ss.

BÆRENTZEN S.H., *Cross-Border Dividend and Interest Payments and Holding Companies – An Analysis of Advocate General Kokott's Opinions in the Danish Beneficial Ownership Cases*, in *European Taxation*, 2018, p. 343 e ss.

BAILLEUX A., *Article 52-2. Portée et interprétation des droits et principes*, in F. PICOD, C. RITZCALLAH, S. VAN DROOGHENROECK (sous la dir.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, 3ème édition, Bruxelles, 2023, p. 1385 e ss.

BARATTA R., TIZZANO A., *Il processo d'integrazione europea: un bilancio 50 anni dopo i trattati di Roma*, Torino, 2008

BATTJES H., *Piecemeal Engineering: The Recast of the Rules on Qualification for International Protection*, in CHETAİL V., DE BRUYCKER P., MAIANI F. (eds.), *Reforming the Common European Asylum System. The New European Refugee Law*, Leiden-Boston, 2016, p. 197 e ss.

BAULOZ C., *Foreigners: Wanted Dead or Alive? Medical Cases before European Courts and the Need for an Integrated Approach to Non-Refoulement*, in *European Journal of Migration and Law*, 2016, p. 409 e ss.

BAULOZ C., RUIZ G., *Refugee Status and Subsidiary Protection: Towards a Uniform Content of International Protection?*, in CHETAİL V., DE BRUYCKER P., MAIANI F. (eds.), *Reforming the Common European Asylum System The New European Refugee Law*, Leiden/Boston, 2016, p. 240 e ss.

BENEDETTI E., *Il diritto di asilo e la protezione dei rifugiati nell'ordinamento comunitario dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, Padova, 2010

BENVENUTI P., *La Convenzione di Ginevra sullo status dei rifugiati*, in PINESCHI L. (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani*, Milano, 2006, p. 151 e ss.

BERNITZ U., NERGELIUS J., *General Principles of European Community Law*, The Hague, 2008

BILOTTA B. M., CAPPELLETTI F. A., *Il diritto d'asilo*, Padova, 2006

BLAKE N. J., *Immigration, Asylum and Human Rights*, Oxford 2015

BOBEK M., *Why There is no Principle of "Procedural Autonomy" of the Member States*, in DE WITTE B., MICKLITZ H. (eds.), *The European Court of Justice and autonomy of the Member States*, Cambridge, 2011, p. 305 e ss.

BOED R., *The State of the Right of Asylum in International Law*, in *Duke Journal of Comparative & International Law*, 1994, p. 1 e ss.

BOELES P., DEN HEIJER M., LODDER G., WOUTERS K., *European Migration Law*, Cambridge-Antwerpen-Portland, 2014

BORRACCETTI M., *Il nuovo Patto europeo sull'immigrazione e l'asilo: continuità o discontinuità col passato?*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, Fascicolo n. 1/2021, p. 1 e ss.

BOUTEILLET-PAQUET D., *Subsidiary Protection: Progress or Set-Back of Asylum Law in Europe? A Critical Analysis of the Legislation of the Member States of the European Union*, in BOUTEILLET-PAQUET D. (ed.), *Subsidiary Protection of Refugees in the European Union: Complementing the Geneva Convention?*, Brussels, 2002, p. 226 e ss.

BREKKE J., BROCHMANN G., *Stuck in Transit: Secondary Migration of Asylum Seekers in Europe, National Differences, and the Dublin Regulation*, in *Journal of Refugee Studies*, 2015, p. 145 e ss.

CAFARO S., *L'abuso del diritto nel sistema comunitario, dal caso van Binsbergen alla Carta dei diritti passando per gli ordinamenti nazionali*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2003, p. 291 e ss.

CAGGIANO G., *Il richiedente la protezione internazionale davanti al giudice tra tutela giurisdizione effettiva e autonomia processuale degli Stati membri dell'unione europea*, in *Liber amicorum Angelo Davì*, Napoli, 2019, p. 453-471

CAGGIANO G., *L'insostenibile onere della gestione delle frontiere esterne e della competenza di "Paese di primo ingresso" per gli stati frontalieri nel mediterraneo*, in *Atti del convegno in memoria di Luigi Sico*, 2011, p. 581 e ss.

CAPOTORTI F., *L'abuso del diritto nell'ordinamento dell'Unione europea*, Tesi di dottorato, Corso di Dottorato in Scienze giuridiche, XXIX ciclo, Università degli studi di Milano

CAPPELLETTI F. A., *Dalla legge di Dio alla legge dello Stato. Per una storia del diritto di asilo*, in BILOTTA B. M., CAPPELLETTI F. A. (a cura di), *Il diritto di asilo*, Padova, 2006, p. 1 e ss.

CARBONE S., *Brevi riflessioni sull'abuso del diritto comunitario: commercio internazionale e esercizio delle libertà individuali*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2011, p. 67 ss.

CARLIER J.-Y., DE SCHUTTER O., *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : son apport à la protection des droits de l'homme en Europe*, Bruxelles, 2002

CARLIER J.-Y., *Droit d'asile et des réfugiés De la protection aux droits*, in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, Vol. 332, 2008

CARLIER J.-Y., *La place des ressortissants de pays tiers dans la Charte*, in CARLIER J.-Y., DE SCHUTTER O. (eds.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Son apport à la protection des droits de l'homme en Europe*, Bruxelles, 2002, p. 179 e ss.

CARRERA S., *Whose Pact? The Cognitive Dimensions of the New EU Pact on Migration and Asylum*, in *CEPS Policy Insights*, September 2020

CASSIN R., *La déclaration universelle et la mise en œuvre des droits de l'homme*, in *Recueil des cours*, Vol. 79, 1951

CASTIGLIONE M., *L'interesse superiore del minore al ricongiungimento familiare tra sovranità statale e Regolamento Dublino III*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, Fasc. n. 1/2020, p. 110 e ss.

CERIONI L., *The "Abuse of Rights" in EU Company Law and EU Tax Law: A Re-reading of the ECJ Case Law and the Quest for a Unitary Notion*, in *European Business Law Review*, 2010 p. 783 e ss.

CHERUBINI F., *Asylum Law in the European Union*, London, 2015

CHETAIL V., DE BRUYCKER P., MAIANI F. (eds), *Reforming the Common European Asylum System: The New European Refugee Law*, Leiden-Boston, 2016

CHETAIL V., *Sources of international migration law*, in OPESKIN B., PERRUCHOU R., REDPATH-CROSS J. (eds.), *Foundations of international migration law*, Cambridge, 2012, p. 56 e ss.

CONDINANZI M., LANG A., NASCIBENE B., *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone*, Milano, 2006

CONFORTI B., *Diritto Internazionale*, Napoli, 2014

COSTELLO C., *Citizenship of the Union: Above Abuse?*, in DE LA FERIA R., VOGENAUER S. (eds.), *Prohibition of abuse of law: a new general principle of EU law?*, *Prohibition of abuse of law: a new general principle of EU law?*, Oxford, 2011, p. 321 e ss.

COSTELLO C., FOSTER M., *Non-refoulement as Custom and Jus Cogens? Putting the Prohibition to the Test*, in DEN HEIJER M., VAN DER WILT H. (eds.), *Netherlands Yearbook of International Law*, Vol. 46, The Hague, 2015, p. 273 e ss.

COSTELLO C., HANCOX E., *The Recast Asylum Procedures Directive 2013/32/EU: Caught between the Stereotypes of the Abusive Asylum-Seeker and the Vulnerable Refugee*, in CHETAİL V., DE BRUYCKER P., MAIANI F. (eds.), *Reforming the common European asylum system: the New European refugee law*, Boston, 2016, p. 377 e ss.

COSTELLO C., MORENO-LAX V., *The Extraterritorial Application of the EU Charter of Fundamental Rights: From Territoriality to Facticity, the Effectiveness Model*, in PEERS S., HERVEY T., KENNER J., WARD A. (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, Oxford, 2014, p. 1657 e ss.

COSTELLO C., *Safe country? Says who?*, in *International Journal of Refugee*, p. 601 e ss.

COSTELLO C., *The Asylum Procedures Directive and the Proliferation of SafeCountry Practices: Deterrence, Deflection and the Dismantling of International Protection?*, in *European Journal of Migration and Law*, 2005, p. 35 e ss.

CREPEAU F., *Droit d'asile. De l'hospitalité aux contrôles migratoires*, Bruxelles, 1995

CRIFÒ G., *Asilo (diritto di) (diritti antichi)*, voce in *Enciclopedia del diritto*, Vol. III, Milano, 1958, p. 191 ss.

CRUCIANI L., *Clausole generali e principi elastici in Europa: il caso della buona fede e dell'abuso del diritto*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2011, p. 473 e ss.

DANIELE L. (con la collaborazione di AMADEO S., BIAGIONI G., CISOTTA R., SCHEPISI C., SPITALERI F.), *Diritto del mercato unico europeo e dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, Milano, 2019

DE BROE L., GOMMERS S., *Danish Dynamite: The 26 February 2019 CJEU Judgments in the Danish Beneficial Ownership Cases*, in *EC Tax Review*, 2019, p. 270 e ss.

DE GRAAF A., EVERS M., *Limiting benefit shopping: use and abuse of EC law*, in *EC Tax Review*, 2009, p. 279 e ss.

DE LA FERIA R., *On Prohibition of Abuse of Law as a General Principle of EU Law*, in *EC Tax Review*, n. 4/2020, p. 142 e ss.

- DE LA FERIA R., *Prohibition of Abuse of (Community law): The Creation of a new general principle of EC law through Tax*, in *Common Market Law Review*, 2008, p. 395 e ss.
- DE LA FERIA R., VOGENAUER S., *Prohibition of abuse of law: a new general principle of EU law?*, Oxford, 2011
- DE VISSCHER C., *Théories et réalités en droit international public*, Paris, 1955
- DEN HEIJER M., *Article 18*, in PEERS S., HERVEY T., KENNER J., WARD A. (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A commentary*, Oxford, 2014, p. 519 e ss.
- DI FEDERICO G., *The EU Charter of Fundamental Rights. From Declaration to Binding Instrument*, Dordrecht-Heidelberg-London-New York, 2011
- DI FILIPPO M., *The Reform of the Dublin System and the First (Half) Move of the Commission*, in *Sidiblog*, 16 maggio 2016
- DI FILIPPO M., *Unione europea, migrazioni e sistema Dublino: qualche proposta non convenzionale*, Policy Brief, Osservatorio sul diritto europeo dell'immigrazione, Pisa, settembre 2015
- DI PASCALE A., *I migranti come "arma" tra iniziative di contrasto e obblighi di tutela dei diritti fondamentali. Riflessioni a margine della crisi ai confini orientali dell'UE*, in *rivista.eurojus.it*, Fasc. n. 1/2022, p. 259 e ss.
- DI PASCALE A., *Il nuovo patto per l'immigrazione e l'asilo: scontentare tutti per accontentare tutti*, in *Eurojus*, 28 settembre 2020
- DI STEFANO A., *Art. 13, diritto a un ricorso effettivo*, in BARTOLE S., DE SENA P., ZAGREBELSKY V. (a cura di), *Comm. breve alla CEDU*, Padova 2012, p. 474 e ss.
- DONY M., KADDOUS C. (sous la direction de), *D'Amsterdam à Lisbonne. Dix ans d'espace de liberté, de sécurité et de justice*, Bâle-Bruxelles-Paris, 2010
- DÖRIG H., KRAFT I., STOREY H., BATTJES H., *Asylum Qualification Directive 2011/95/EU*, in THYM D., HAILBRONNER K. (eds.), *EU Immigration and Asylum Law. Article-by-article Commentary*, 3rd edition, 2022, p. 1229 e ss.
- DOUKAS D., *Free Movement of Broadcasting Services and Abuse of Law*, in DE LA FERIA R., VOGENAUER S. (eds.), *Prohibition of abuse of law: a new general principle of EU law?*, *Prohibition of abuse of law: a new general principle of EU law?*, Oxford, 2011, p. 63 e ss.
- DRAETTA U., PARISI N., RINOLDI D. (a cura di), *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'Unione europea. Principi fondamentali e tutela dei diritti*, Napoli, 2008

EIDENMÜLLER H., *Abuse of Law in the Context of European Insolvency Law*, in DE LA FERIA R., VOGENAUER S. (eds.), *Prohibition of abuse of law: a new general principle of EU law?*, *Prohibition of abuse of law: a new general principle of EU law?*, Oxford, 2011, p. 137 e ss.

FARMER A., *Non-refoulement and jus cogens: limiting anti-terror measures that threaten refugee protection*, in *Georgetown Immigration Law Journal*, 2008, p. 1 e ss.

FARMER P., *Prohibition of Abuse of (European) Law: The Creation of a New General Principle of EU Law through Tax: A Response*, in DE LA FERIA R., VOGENAUER S. (eds.), *Prohibition of abuse of law: a new general principle of EU law?*, *Prohibition of abuse of law: a new general principle of EU law?*, Oxford, 2011, p. 3 e ss.

FAVILLI C., *Il patto europeo sulla migrazione e l'asilo: "c'è qualcosa di nuovo, anzi di antico"*, in *Questione Giustizia*, 2 ottobre 2020

FAVILLI C., *L'Unione che protegge e l'Unione che respinge. Progressi, contraddizioni e paradossi del sistema europeo di asilo*, in *Questione e Giustizia*, n. 2/2018, p. 28 e ss.

FAVILLI C., *La difficile costruzione di un sistema europeo comune di asilo*, in *Minorigiustizia*, n. 1/2019, p. 33 e ss.

FAVILLI C., *La politica dell'Unione in materia d'immigrazione e asilo. Carenze strutturali e antagonismo tra gli Stati membri*, in *Quaderni Costituzionali*, 2018, p. 367 e ss.

FAVILLI C., NASCIMBENE B., *Straniero (tutela internazionale)*, voce in *Dizionario di diritto pubblico*, VI, Milano, 2006

FAVILLI C., *Reciproca fiducia, mutuo riconoscimento e libertà di circolazione dei rifugiati e richiedenti protezione internazionale nell'Unione europea*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2015, p. 701 e ss.

FAVILLI C., *Schengen e Dublino: una convivenza impossibile?*, in *Atti del convegno "Quale futuro per la politica migratoria europea?"*, Roma, 24 aprile 2018

FERACI O., *Il nuovo regolamento "Dublino III" e la tutela dei diritti fondamentali dei richiedenti asilo*, in *Osservatorio sulle fonti*, Fasc. 2/2013, 2013, p. 1 e ss.

FOSTER M., LAMBERT H., *International refugee law and the protection of stateless persons*, Oxford, 2019

GALETTA D.U., *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea: paradise lost?: studio sulla c.d. autonomia procedurale: ovvero sulla competenza procedurale funzionalizzata*, Torino, 2009

GAMBARO A., *Abuso del diritto (diritto comparato e straniero)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma 1988

GAMBARO A., *Note in tema di abuso del diritto ed ordine di mercato nel diritto italiano e comunitario*, in SACCO R. (a cura di), *Studi in ricordo di Pier Giusto Jaeger*, Milano, 2011, p. 93 e ss.

GARLICK M., *The EU Discussions on Extraterritorial Processing: Solution or Conundrum?*, in *International Journal of Refugee Law*, 2006, p. 601 e ss.

GESTRI M., *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, Milano, 2003

GIL-BAZO M. T., NOGUEIRA M. B., *Asylum in the practice of Latin American and African States*, Research Paper n. 249 (UNHCR), 2013

GIL-BAZO M. T., *Asylum as a General Principle of International Law*, in *International Journal of Refugee Law*, 2015, p. 3 e ss.

GIL-BAZO M. T., *Asylum as a General Principle of International Law*, in *International Journal of Refugee Law*, 2015, p. 3 e ss.

GIL-BAZO M.-T., *Refugee Protection under International Human Rights Law: From Non-Refoulement to Residence and Citizenship*, in *Refugee Survey Quarterly*, 2015, p. 11 e ss.

GIL-BAZO M.-T., *The Right to Asylum as an Individual Human Right in International Law. Special Reference to European Law*, Ann Arbor, UMI, 1999

GIL-BAZO M.-T., *The Charter of Fundamental Rights of the European Union and the Right to Be Granted Asylum in the Union's Law*, in *Refugee Survey Quarterly*, 2008, p. 33 e ss.

GIULIANO M., *Asilo (diritto di) (dir. intern.)*, voce in *Enciclopedia del diritto*, Vol. II, Milano, 1958, p. 204 e ss.

GOODWIN-GILL G. S., *Convention relating to the Status of Refugees, Geneva, 28 July 1951. Protocol relating to the Status of Refugees, New York, 31 January 1967*, in *United Nations Audiovisual Library of International Law*, 2008

GOODWIN-GILL G. S., MCADAM J., *The Refugee in International Law*, 3rd edition, Oxford, 2007

GOODWIN-GILL G. S., *Non-refoulement and The New Asylum Seekers*, in *Virginia Journal of International Law*, 1986, p. 897 e ss.

GOODWIN-GILL G. S., *Non-refoulement, temporary refuge, and the 'new' asylum seekers*, in CANTOR D., DURIEUX J.-F. (eds.) *Refugee from inhumanity? War refugees and international humanitarian law*, Leiden, 2014, p. 433 e ss.

GOODWIN-GILL G. S., *The Refugee in International Law*, Oxford, 1983

- GOODWIN-GILL G. S., *The Right to Leave, the Right to Return and the Question of the Right to Remain*, in GOWLLAND-DEBBAS V. (ed.), *The Problem of Refugees in the Light of Contemporary International Law Issues*, The Hague-Boston-London, 1996, p. 93 e ss.
- GRAHL-MADSEN A., *Article 13*, in EIDE A., SWINEHART T. ET A. (eds), *The Universal Declaration of Human Rights: A Commentary*, Oslo, 1993, p. 203 e ss.
- GRAHL-MADSEN A., *Territorial Asylum*, Stockholm-London-Rome-New York, 1980
- GRAHL-MADSEN A., *The Status of Refugees in International Law*, Leiden, 1972
- GROSSOT X., *General Principles of Community Law*, Groningen, 2006
- GROZIO U., *De jure belli ac pacis libri tres*, Lausanne, 1752
- GUILD E., *Art. 19 – Protection in the Event of Removal, Expulsion and Extradition*, in S. PEERS (ed.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A commentary*, Oxford, 2014, p. 543 e ss.
- GUILD E., COSTELLO C., GARLICK M., MORENO-LAX V., *Enhancing the Common European Asylum System and Alternatives to Dublin*, in *CEPS Paper in Liberty and Security in Europe*, September 2015
- GUILD E., *Seeking Asylum: storm clouds between international commitments and EU legislative measures*, in *European Law Review*, 2004, p. 198 e ss.
- GULLO N., *L'abuso del diritto nell'ordinamento comunitario: un (timido) limite alla scelta del diritto*, in *Ragion pratica*, 2005, p. 181 e ss.
- HAILBRONNER K., *Non refoulement and "Humanitarian" Refugees: Customary International Law or Wishful Thinking?*, in MARTIN D. A. (ed.), *The new asylum seekers: Refugee Law in the 1980s: The Ninth Sokol Colloquium on International Law*, Dordrecht, 1988, p. 123 e ss.
- HAILBRONNER K., *The Concept of «Safe Country» and Expeditious Asylum Procedures: A Western European Perspective*, in *International Journal of Refugee Law*, 1993, p. 31 e ss.
- HAILBRONNER K., THYM D. (eds.), *EU Immigration and asylum Law, A Commentary*, 2nd edition, Monaco-Oxford-Baden Baden-Portland, 2016
- HANDOLL J., *Directive 2003/9 on Reception Conditions of Asylum Seekers: Ensuring 'Mere Subsistence' or a 'Dignified Standard of Living'?*, in BALDACCINI A., GUILD E., TONER H. (eds.), *Whose freedom, security and justice? EU Immigration and Asylum Law and Policy*, London, 2007, p. 195 e ss.

HANNUM H., *The Right to Leave and Return in International Law and Practice*, Dordrecht, 1987

HARVEY C., BARNIDGE R. P., *Human Rights, Free Movement, and the Right to Leave in International Law*, in *International Journal of refugee Law*, 2007, p. 1 e ss.

HATHAWAY J. C., FOSTER M., *The law of refugee status*, 2nd edition, Cambridge, 2014

HATHAWAY J. C., NEVE R. A., *Making Refugee Law Relevant Again: A Proposal for Collectivised and Solution-Oriented Protection*, in *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 10, 1997, p. 115 e ss.

HATHAWAY J. C., *The rights of refugees under international law*, 2nd edition, Cambridge, 2021

HIGGINS R., *The Right in International Law of an Individual to Enter, Stay in and Leave a Country*, in *International Affairs*, 1973, p. 341 e ss.

HREBLAY V., *Les accords de Schengen. Origine, fonctionnement, avenir*, Bruxelles, 1998

HRUSCHKA C., *Dublin is dead! Long live Dublin! The 4 May 2016 proposal of the European Commission*, in *eumigrationlawblog.eu*, 17 May 2016

HRUSCHKA C., MAIANI F., *Dublin III Regulation (EU) No 604/2013*, in in THYM D., HAILBRONNER K. (eds.), *EU Immigration and Asylum Law. Article-by-article Commentary*, 3rd edition, 2022, p. 1639 e ss.

IAMICELI P. (a cura di), *Effettività delle tutele e diritto europeo. Un percorso di ricerca per e con la formazione giudiziaria*, Trento, 2020

ILAREVA V., *The Right to be Heard — the Underestimated Condition for Effective Returns and Human Rights Consideration*, in MORARU M., CORNELISSE G., DE BRUYCKER P. (eds.), *Law and Judicial Dialogue on the Return of Irregular Migrants from the EU*, Oxford, 2020

ILIOPOULOU-PENOT A., *Liberté de circulation et abus de droit*, in DUBOUT E., MAITROT DE LA MOTTE A. (sous la direction), *L'unité des libertés de circulation. In varietate concordia?*, Bruxelles, 2013, p. 185 e ss.

INELI-CIGER M., *Time to Activate the Temporary Protection Directive Why the Directive can Play a Key Role in Solving the Migration Crisis in Europe*, in *European Journal of Migration Law*, 2016, p. 1 e ss.

IONESCU R., *L'abus de droit en droit de l'Union européenne*, Bruxelles, 2013

IPPOLITO F., VELLUTI S., *The Recast Process of the EU Asylum System: A Balancing Act Between Efficiency and Fairness*, in *Refugee Survey Quarterly*, p. 24 e ss.

KARAYANNIS V., *L'abus de droits découlant de l'ordre juridique communautaire. A propos de l'arrêt C-367/96 Alexandros Kefalas e.a./Elliniko Dimosio (Etat hellénique)*, in *Cahiers de droit européen*, 1999, p. 521 e ss.

KERBER K., *The Temporary Protection Directive*, in *European Journal of Migration and Law*, 2002, p. 193 e ss.

KJAERUM M., *Article 14*, in EIDE A., SWINEHART T. ET A. (eds), *The Universal Declaration of Human Rights: A Commentary*, Oslo, 1993, p. 217 e ss.

KJELLGREN A., *On the border of Abuse: the Jurisprudence of the European Court of Justice on Circumvention, Fraud and Other Misuses of Community Law*, in *European Business Law Review*, 2000, p. 179 e ss.

KOCHENOV D., *The Right to Leave Any Country Including One's Own*, in PLENDER R. (ed.), *Issues in International Migration Law*, Leiden-Boston, 2015, p. 143 e ss.

KOUTRAKOS P., *The Emsland-Stärke Abuse of Law Test in the Law of Agriculture and Free Movement of Goods*, in DE LA FERIA R., VOGENAUER S. (eds.), *Prohibition of abuse of law: a new general principle of EU law?*, *Prohibition of abuse of law: a new general principle of EU law?*, Oxford, 2011, p. 203 e ss.

KRANS B., NYLUND A. (eds.), *Procedural autonomy across Europe*, Cambridge, 2020

LABAYLE H., *Droit d'asile et confiance mutuelle: regard critique sur la jurisprudence européenne*, in *Cahiers de droit européen*, n. 50, 2014, p. 501 e ss.

LABAYLE H., *The Impact of Article 18 of the Charter of Fundamental Rights*, in DE BRUYCKER P. ET AL. (eds.), *Setting up a Common European Asylum System*, PE 425.622 (European Parliament, 2010), p. 427 e ss.

LAGONDET F., *L'abus de droit dans la jurisprudence communautaire*, in *Journal des tribunaux droit européen*, 2003, p. 8 e ss.

LAMBERT H., MESSINEO F., TIEDEMANN P., *Comparative Perspectives of Constitutional Asylum in France, Italy and Germany: Requiescat in Pace?*, in *Refugee Survey Quarterly*, 2008, p. 16 e ss.

LANG A., *Il divieto di refoulement tra CEDU e CDFUE dell'Unione europea*, in AMADEO S., SPITALERI F. (a cura di), *Le garanzie fondamentali dell'immigrazione in Europa*, Torino, 2015, p. 209 e ss.

LANG A., *Il soggiorno del cittadino dell'Unione europea in Italia*, Milano, 2017

LAUTERPACHT E., BETHLEHEM D., *The scope and content of the principle of non-refoulement: Opinion*, in FELLER E., TÜRK V., NICHOLSON F. (eds.), *Refugee Protection*

in *International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection*, Cambridge, 2003, p. 87 e ss.

LAUTERPACHT H., *International Law and Human Rights*, New York, 1950

LAUTERPACHT H., OPPENHEIM L., *International Law*, 8th edition, London, 1955

LAUTERPACHT H., *The Universal Declaration of Human Rights*, in *British Yearbook of International Law*, 1948, p. 354 e ss.

LAZZERINI N., *La Carta dei diritti fondamentali dell'unione europea: i limiti di applicazione*, Milano, 2018

LECZYKIEWICZ D., *Prohibition of abusive practices as a "general principle" of EU Law*, in *Common Market Law Review*, 2019, p. 703 e ss.

LENAERTS A., *The General Principle of the Prohibition of Abuse of Rights: A Critical Position on Its Role in a Codified European Contract Law*, in *European Review of Private Law*, 2010, p. 1121 e ss.

LENAERTS K., *The concept of "abuse of law" in the case law of the European Court of justice on direct taxation*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2015, p. 329 e ss.

LERENZINI F., *Asilo e diritti umani. L'evoluzione del diritto di asilo nel diritto internazionale*, Milano, 2009

LETTIERI N., MARINI G., MERONE G., *L'abuso del diritto nel dialogo tra corti nazionali ed internazionali*, Napoli, 2014

LIGUORI A., *Clausola di sovranità e Regolamento "Dublino III"*, in CATALDI G., DEL GUERCIO A., LIGUORI A. (a cura di), *Il diritto di asilo in Europa*, Napoli, 2014, p. 43 ss.

LOCK T., *Article 18*, in KELLERBAUER M., KLAMERT M., TOMKIN J. (a cura di), *The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, Oxford, 2019, p. 2153 e ss.

LOOIJENSTIJN-CLEARIE A., *Centros Ltd, a Complete U-Turn in the Right of Establishment for Companies?*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2000, p. 636 e ss.

LOPATIN E., *The Changing Position of the European Parliament on Irregular Migration and Asylum Under Co-Decision*, in *Journal of Common Market Studies*, 2013, p. 740 e ss.

LOSURDO F., *Il divieto dell'abuso del diritto nell'ordinamento europeo: storia e giurisprudenza*, Torino, 2011

- LUGATO M., *Trattati di estradizione e norme internazionali sui diritti umani*, Torino, 2006
- MAIANI F., *Into the Loop: The Doomed Reform of Dublin and Solidarity in the New Pact*, in THYM D. (ed.), *Reforming the Common European Asylum System: Opportunities, Pitfalls, and Downsides of the Commission Proposals for a New Pact on Migration and Asylum*. Baden-Baden, 2022, p. 43 e ss.
- MAIANI F., *The Dublin III Regulation: A New Legal Framework for a More Humane System?*, in CHETAİL V., DE BRUYCKER P., MAIANI F., *Reforming the Common European Asylum System*, Boston, 2016, p. 101 e ss.
- MAIANI F., *The Reform of the Dublin III Regulation*, *European Parliament*, www.europarl.eu, 2016, pp. 53-56
- MAIANI F., *The Report of the European Parliament on the reform of the Dublin system: certainly bold, but pragmatic?*, in eumigrationlawblog.eu, 20 December 2017
- MARINAI S., *La protezione giuridica della famiglia migrante*, in CALAMIA A. M., GESTRI M., DI FILIPPO M., MARINAI S., CASOLARI F., *Lineamenti di diritto internazionale ed europeo delle migrazioni*, Milano, 2021, p. 359 e ss.
- MARINAI S., *L'Unione europea e i canali di accesso legale per i soggetti bisognosi di protezione internazionale*, in *Diritto Pubblico*, 2020, p. 57 e ss.
- MARTENSON H., MCCARTHY J., *"In General, No Serious Risk of Persecution": Safe Country of Origin Practices in Nine European States*, in *Journal of Refugee Studies*, 1998, p. 304 e ss.
- MASTROIANNI R., *L'effettività della tutela giurisdizionale alla prova della Carta dei diritti fondamentali*, in *Liber amicorum Tizzano*, Torino, 2018, p. 586 ss.
- MASTROMARINO F., *L'asilo nella società e nella cultura greco-antica*, in *L'Acropoli*, n. 2/2009, p. 173 e ss.
- MCADAM J., *Complementary Protection in International Refugee Law*, Oxford, 2007
- MELANDER G., *Refugee in orbit*, Geneva, 1978
- MORARU M. ET AL., *Re-Jus Casebook on Effective Justice in Asylum and Immigration*, Trento, 2018
- MORARU M., *The EU Fundamental Right to Asylum: In Search of Its Legal Meaning and Effects*, in IGLESIAS SÁNCHEZ S., GONZÁLEZ PASCUAL M. (eds.), *Fundamental Rights in the EU Area of Freedom, Security and Justice*, Cambridge, 2021, p. 139 e ss.

MORENO-LAX V., *Accessing Asylum in Europe: Extraterritorial Border Controls and Refugee Rights under EU Law*, Oxford, 2017

MORENO-LAX V., *The EU Right to Asylum: An Individual Entitlement to (Access) International Protection*, in MORENO-LAX V. (ed.), *Accessing Asylum in Europe: Extraterritorial Border Controls and Refugee Rights under EU Law*, Oxford, 2017, p. 337 e ss.

MORENO-LAX V., *The Right to Asylum: An Individual Entitlement to (Access) International Protection*, MORENO-LAX V. (ed.), *Accessing Asylum in Europe: Extraterritorial Border Controls and Refugee Rights under EU Law*, Oxford Studies in European Law, October 2017, p. 337 e ss.

MORGADES-GIL S., *The “Internal” Dimension of the Safe Country Concept: the Interpretation of the Safe 3rd Country Concept in the Dublin System by International and Internal Courts*, in *European journal of migration and law*, 2020, p. 82 e ss.

MORGENSTERN F., *The Right of Asylum*, in *British Yearbook of International Law*, 1949, p. 327 e ss.

MORGESE G., *La riforma del sistema Dublino: il problema della condivisione delle responsabilità*, in *Diritto pubblico*, Fasc. 1/2020, p. 97 e ss.

MORGESE G., *Solidarietà e ripartizione degli oneri in materia di asilo nell’Unione europea*, in CAGGIANO G. (a cura di), *I percorsi giuridici per l’integrazione. Migranti e titolari di protezione internazionale tra diritto dell’Unione e ordinamento italiano*, Torino, 2014, p. 365 ss.

MORRONE F., *L’asilo nel diritto internazionale*, in BILOTTA B. M., CAPPELLETTI F. A. (a cura di), *Il diritto di asilo*, Padova, 2006, p. 31 e ss.

MUNARI F., *Il divieto di abuso del diritto nell’Unione europea*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, 2015, p. 519 e ss.

MUNARI F., *The Perfect Storm on EU Asylum Law: The Need to Rethink the Dublin Regime*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 3/2016, p. 517 e ss.

NASCIMBENE B., *Asilo e statuto di rifugiato*, in *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, Atti del XXIV Convegno annuale. Cagliari, 16-17 ottobre 2009, Napoli, 2010, p. 281 e ss.

NASCIMBENE B., *Il trattamento dello straniero nel diritto internazionale ed europeo*, Milano, 1984

NASCIMBENE B., ROSSI DAL POZZO F., *Diritti di cittadinanza e libertà di circolazione nell’Unione europea*, Milano, 2012

NASCIMBENE B., *The European Union: An Area for Freedom, Security and Justice*, in AMATO G., MOAVERO-MILANESI E., PASQUINO G., REICHLIN L. (eds.), *The History of the European Union: Constructing Utopia*, Oxford-London-New York-New Delhi-Sidney, 2019, p. 357 ss.

NEVILLE BROWN L., *Is there a General Principle of Abuse of Rights in European Community Law?*, in CURTIN D. ET AL. (eds.), *Institutional Dynamics of European Integration: Essays in Honour of Henry G. Schermers*, Vol. II, Dordrecht-Boston-London, 1994, p. 511 e ss.

NICOLOSI S. F., *Re-Conceptualizing the Right to Seek and Obtain Asylum in International Law. The Role of Regional Human Rights Systems*, in *International Human Rights Law Review*, 2015, p. 303 e ss.

NOLL G., *Evidentiary Assessment in Refugee Status Determination and the EU Qualification Directive*, in *European public law*, 2006, p. 295 e ss.

OVIEDO MORENO C., *A Painful Slap from the ECtHR and an Urgent Opportunity for Spain*, in *Verfassungsblog*, 14 February 2020

PALLADINO R., *Il diritto di soggiorno nel “proprio” Stato membro quale (nuovo) corollario della cittadinanza europea?*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2011, p. 331 ss.

PALLADINO R., *Il ricongiungimento familiare nell'ordinamento europeo*, Bari, 2012

PALLADINO R., *La tutela dei migranti irregolari e dei richiedenti protezione internazionale*, in DI STASI A. (a cura di), *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2010-2015)*, Padova, 2016, p. 167 e ss.

PALLADINO R., *La detenzione dei migranti: regime europeo, competenze statali e diritti umani*, Napoli, 2018

PANZERA C., *Il diritto all'asilo. Profili costituzionali*, Napoli, 2020

PAOLI U.E., *Asilía*, voce in *Novissimo Digesto Italiano*, Vol. I, Torino, 1958, p. 1035 e ss.

PARISI N., *Estradizione e diritti dell'uomo. Fra diritto internazionale convenzionale e generale*, Milano, 1993

PEACOCK J., *The Law Ends where Abuse Begins*, in *EC Tax Journal*, 2001, p. 141 e ss.

PEERS S., MORENO-LAX V., GARLICK M., GUILD E., *EU Immigration and Asylum Law (Text and Commentary): Second Revised Edition, Volume 3: EU Asylum Law*, Leiden-Boston, 2015

PEERS S., *Relocation of Asylum-Seekers in the EU: Law and Policy*, in *EU Law Analysis*, 24 September 2015

PEERS S., *The EU Charter of Fundamental Rights and Immigration and Asylum Law*, in PEERS S., MORENO-LAX V., GARLICK M., GUILD E., *EU Immigration and Asylum Law (Text and Commentary): Second Revised Edition. Vol. 3: EU Asylum Law*, Leiden, 2015, p. 129 e ss.

PERONI L., TIMMER A., *Vulnerable groups: The promise of an emerging concept in European Human Rights Convention law*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2013, p. 1056 e ss.

PICARRA N., *Le développement d'une politique commune en matière d'asile*, in DE SOUSA C. D. U., DE BRUYCKER P., *L'émergence d'une politique européenne d'asile*, Bruxelles, 2004, p. 15 e ss.

PITEA C., *La nozione di "Paese di origine sicuro" e il suo impatto per le garanzie dei richiedenti protezione internazionale in Italia*, in *Rivista di diritto internazionale*, n. 3/2019, p. 627 e ss.

PLANIOL M., *Traité élémentaire de droit civil*, Paris, 1949

PRECHAL S., *The Court of Justice and Effective Judicial Protection: What Has the Charter Changed?*, in PAULUSSEN C. ET AL. (eds.), *Fundamental Rights in International and European Law: public and private law perspectives*, The Hague, 2016, p. 143 ss.

QUADRI R., *Estradizione (dir. intern.)*, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. XVI, 1967

RADJENOVIC A., *Secondary movements of asylum-seekers in the EU asylum system*, European Parliamentary Research Service (EPRS), PE 608.728, October 2017

REALE E., *Le droit d'asile*. in *Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye*, Vol. 63, 1938

RENEMAN M. (ed.), *EU Asylum Procedures and the Right to an Effective Remedy*, London, 2014

RESCIGNO P., *L'abuso del dritto*, Bologna, 1998

ROMITO A., *La tutela giurisdizionale nell'Unione Europea tra effettività del sistema e garanzie individuali*, Bari, 2015

ROSCAM-ABBING F., *Subsidiary protection: improving or degrading the right of asylum in Europe?* in BOUTEILLET-PAQUET D. (ed.), *Subsidiary Protection of Refugees in the European Union: Complementing the Geneva Convention?*, Brussels, 2002, p. 43 e ss.

SAFIAN M., DÜSTERHAUS D., *A Union of Effective Judicial Protection: Addressing a Multi-level Challenge through the Lens of Article 47 CFREU*, in *Yearbook of European Law*, 1, 2014, p. 3 ss.

SALERNO F. (a cura di), *Diritti dell'uomo, estradizione ed espulsione*, Padova, 2003

SALERNO F., *L'obbligo internazionale di non-refoulement dei richiedenti asilo*, in FAVILLI C. (a cura di), *Procedure e garanzie del diritto di asilo*, Padova, 2011, p. 3 ss.

SAYDÉ A., *Abuse of EU law and regulation of the internal market*, Oxford, 2014

SCHABAS W., NOWAK M., *U.N. International Covenant on Civil and Political Rights: Nowak's CCPR commentary*, 3rd edition., Kehl, 2019

SCHAPENDONK J., *Navigating the Migration Industry: Migrants Moving through an African-European Web of Facilitation/Control*, in *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 2018, p. 663 e ss.

SEMMELMANN C., *General Principles in EU Law Between a Compensatory Role and an Intrinsic Value*, in *European Law Journal*, 2013, p. 457 e ss.

SIMON D., RIGAUX A., *La technique de la consécration d'un nouveau principe général du droit communautaire: l'exemple de l'abus de droit*, in BLANQUET M. (sous la direction), *Mélanges en hommage à Guy Isaac: 50 ans de droit communautaire*, Tolosa, 2004, p. 559 e ss.

SIMPSON H. J., *The refugee problem*, in *International Affairs (Royal Institute of International Affairs 1931-1939)*, 1939, p. 253 e ss.

SINHA S. P., *Asylum and International Law*, Leiden, 1971

SKORDAS A., *Temporary Protection Directive 2001/55/EC*, in THYM D., HAILBRONNER K. (eds.), *EU Immigration and Asylum Law. Article-by-article Commentary*, 3rd edition, 2022, p. 1177 e ss.

SNELL J., *The Notion of and a General Test for Abuse of Rights: Some Normative Reflections*, in DE LA FERIA R., VOGENAUER S. (eds.), *Prohibition of abuse of law: a new general principle of EU law?*, *Prohibition of abuse of law: a new general principle of EU law?*, Oxford, 2011, p. 219 e ss.

SØRENSEN K. E., *Abuse of Rights in Community Law: A Principle of Substance or Merely Rethoric?*, in *Common Market Law Review*, 2006, p. 423 e ss.

SPAVENTA E., *Comments on Abuse of Law and the Free Movement of Workers*, in DE LA FERIA R., VOGENAUER S. (eds.), *Prohibition of abuse of law: a new general principle of EU law?*, *Prohibition of abuse of law: a new general principle of EU law?*, Oxford, 2011, p. 315 e ss.

STRAZZARI D., *Immigrazione e diritto a un ricorso effettivo: le variabili declinazioni ad opera della Corte di giustizia*, in IAMICELI P. (a cura di), *Effettività delle tutele e diritto europeo. Un percorso di ricerca per e con la formazione giudiziaria*, Trento, 2020, p. 71 e ss.

STRIK T., *Procedure Directive: an overview*, in ZWAAN K. (ed.), *The Procedure Directive: Central Themes, Prolem Issues, ad Implementation in Selected Member States*, Nijmegen, 2008, p. 7 e ss.

STROZZI G., MASTROIANNI R., *Diritto dell'Unione Europea. Parte istituzionale*, Torino, 2020

THYM D., *European Realpolitik: Legislative Uncertainties and Operational Pitfalls of the 'New' Pact on Migration and Asylum*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 28 settembre 2020

THYM D., *Secondary Movements: Overcoming the Lack of Trust among the Member States?*, in *eumigrationlawblog.eu*, October 2020

THYM D., *Reforming the Common European Asylum System: Opportunities, Pitfalls, and Downsides of the Commission Proposals for a New Pact on Migration and Asylum*. Baden-Baden, 2022

TIBURCIO C., *The Human Rights of Aliens under International and Comparative Law*, The Hague-Boston, 2001

TRIANTAFYLLOU D., *L'interdiction des abus de droit en tant que principe général du droit communautaire*, in *Cahiers de droit européen*, 2002 p. 611 e ss.

TRIDIMAS T., *Abuse of Right in EU Law: Some Reflections with particular Reference to Financial Law*, in DE LA FERIA R., VOGENAUER S. (eds.), *Prohibition of abuse of law: a new general principle of EU law?*, *Prohibition of abuse of law: a new general principle of EU law?*, Oxford, 2011, p. 169 e ss.

TRIDIMAS T., *The General Principles of EU Law*, Oxford, 2006

TROCKER N. , *L'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e l'evoluzione dell'ordinamento comunitario in materia di tutela giurisdizionale dei diritti*, in VETTORI G. (a cura di), *Carta europea e diritti dei privati*, Padova 2002, p. 381 e ss.

TSOURDI E. L., COSTELLO C., *The evolution of EU law on refugees and asylum*, in CRAIG P., DE BÚRCA G., *The Evolution of EU Law Edited*, Oxford, 2021, p. 793 e ss.

TSOURDI E., *EU Reception Conditions: A Dignified Standard of Living for Asylum Seekers?*, in CHETAU V., DE BRUYCKER P., MAIANI F. (eds.), *Reforming the common European asylum system: the New European refugee law*, Boston, 2016, p. 269 e ss.

TSOURDI L., *Asylum Reception Conditions Directive 2013/33/UE*, in THYM D., HAILBRONNER K. (eds.), *EU Immigration and Asylum Law. Article-by-article Commentary*, 3rd edition, 2022, p. 1539 e ss.

VEDSTED-HANSES J., *Asylum Procedure Directive 2013/32/EU, Article 6 MN 5*, in THYM D., HAILBRONNER K. (eds.), *EU Immigration and Asylum Law. Article-by-article Commentary*, 3rd edition, 2022, p. 1429 e ss.

VISMARA G., *Asilo (diritto di) (diritto intermedio)*, voce in *Enciclopedia del diritto*, Vol. III, Milano, 1958, p. 198 ss.

VOGENAUER S., *The Prohibition of Abuse of Law: An Emerging General Principle of EU Law*, in DE LA FERIA R., VOGNAUER S. (eds.), *Prohibition of abuse of law: a new general principle of EU law?*, Oxford, 2011, p. 521 e ss.

VON BOGDANDY A., IONNADIS M., *Il deficit sistemico nell'Unione europea*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 3/2014, p. 593 ss.

VRELLIS S., *Abus et fraude dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, in GAUDEMET-TALLON H., LANCET J.P. (a cura di), *Vers de Nouveaux Equilibres entre Ordres Juridiques: Liber Amicorum H. Gaudemet-Tallon*, Parigi, 2008, p. 633 e ss.

WAELEBROECK D., *La notion d'abus de droit dans l'ordre juridique communautaire*, in *Mélanges en hommages à J.-V. Louis*, Vol. I, Bruxelles, 2003, p. 595 e ss.

WALLACE R., *The principle of non-refoulement in international refugee law*, in CHETAU V., BAULOZ C. (eds.), *Research handbook on international law and migration*, Cheltenham, 2014, p. 417 e ss.

WEIS P., *Legal Aspects of the Convention of 25 July 1951 Relating to the Status of Refugees*, in *British Yearbook of International Law*, 1953, p. 478 e ss.

WEIS P., *Refugees in Orbit*, in *Israel Yearbook on Human Rights*, Leiden, 1980, p. 157 e ss.

WEIS P., *Territorial Asylum*, in *Indian Journal of International Law*, 1966, p. 173 e ss.

WEIS P., *The Development of Refugee Law: Transnational Legal Problems of Refugees*, in *Michigan Yearbook of International Legal Studies*, 1982, p. 27 e ss.

WEIS P., *The Draft United Nations Convention on Territorial Asylum*, in *British Yearbook of International Law*, 1979, p. 151 e ss.

WEIS P., *The United Nations Declaration on Territorial Asylum*, in *Canadian Yearbook of International Law*, 1969, p. 92 ss.

WORSTER W. T., *The Contemporary International Law Status of the Right to Receive Asylum*, in *International Journal of Refugee Law*, 2014, p. 477 e ss.

WOUTERS K., *International legal standards for the protection from refoulement*, Cambridge, 2009

YOUNG S. B., *Between Sovereigns: A Reexamination of the Refugee's Status*, in *Michigan Journal of International Law*, 1982, p. 339 e ss.

ZIEGLER K. S., 'Abuse of Law' in the Context of the Free Movement of Workers, in DE LA FERIA R., VOGENAUER S. (eds.), *Prohibition of abuse of law: a new general principle of EU law?*, *Prohibition of abuse of law: a new general principle of EU law?*, Oxford, 2011, p. 295 e ss.

ZIMMERMANN A., DÖRSCHNER J., MACHTS F., *The 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: a commentary*, Oxford-New York, 2011

ZIMMERMANN S. E., *Irregular Secondary Movements to Europe: Seeking Asylum Beyond Refuge*, in *Journal of Refugee Studies*, 2009, p. 74 e ss.

INDICE DELLA GIURISPRUDENZA

Sentenze e ordinanze della Corte di giustizia

Corte di giustizia, sentenza del 3 dicembre 1974, causa C-33/74, *van Binsbergen*, ECLI:EU:C:1974:131

Corte di giustizia, sentenza dell'11 ottobre 1977, causa C-125/76, *Cremer*, ECLI:EU:C:1977:148

Corte di giustizia, sentenza del 7 febbraio 1979, causa C-115/78, *Knoors*, ECLI:EU:C:1979:31

Corte di giustizia, sentenza del 23 marzo 1982, causa C-53/81, *Levin*, ECLI:EU:C:1982:105

Corte di giustizia, sentenza del 10 gennaio 1985, causa C-229/83 *Leclerc e a.*, ECLI:EU:C:1985:1

Corte di giustizia, sentenza 21 giugno 1988, causa C-39/86, *Lair*, ECLI:EU:C:1988:322

Corte di giustizia, sentenza del 27 settembre 1988, causa C-81/87, *Daily Mail*, ECLI:EU:C:1988:456

Corte di giustizia, sentenza del 3 ottobre 1990, causa C-61/89, *Bouchoucha*, ECLI:EU:C:1990:343

Corte di giustizia, sentenza del 7 luglio 1992, causa C-370/90, *The Queen c. Immigration Appeal Tribunal e Surinder Singh, ex parte Secretary of State for Home Department*, ECLI:EU:C:1992:296

Corte di giustizia, sentenza del 3 febbraio 1993, causa C-148/91, *Veronica*, ECLI:EU:C:1993:45

Corte di giustizia, sentenza del 3 marzo 1993, causa C-8/92, *General Milk Products GmbH*, ECLI:EU:C:1993:82

Corte di giustizia, sentenza del 5 ottobre 1994, causa C-23/93, *TV10*, ECLI:EU:C:1994:362

Corte di giustizia, sentenza del 12 marzo 1996, causa C-441/93, *Panagis Pafitis e a. c. Trapeza Kentrikis Ellados A.E. e a.*, ECLI:EU:C:1996:92

Corte di giustizia, sentenza del 6 marzo 1997, causa C-285/95, *Kol*, ECLI:EU:C:1997:280

Corte di giustizia, sentenza del 30 settembre 1997, causa C-36/96, *Gunaydin*, ECLI:EU:C:1997:445

Corte di giustizia, sentenza del 12 maggio 1998, causa C-367/96, *Kefalas*, ECLI:EU:C:1998:222

Corte di giustizia, sentenza del 9 marzo 1999, causa C- 212/97, *Centros*, ECLI:EU:C:1999:126

Corte di giustizia, sentenza del 23 marzo 2000, causa C-373/97, *Diamantis*, ECLI:EU:C:2000:150

Corte di giustizia, sentenza del 14 dicembre 2000, causa C-110/99, *Emsland-Stärke*, ECLI:EU:C:2000:695

Corte di giustizia, sentenza del 27 settembre 2001, causa C-235/99, *Kondova*, ECLI:EU:C:2001:489

Corte di giustizia, sentenza del 22 settembre 2003, causa C-109/01, *Akrich*, ECLI:EU:C:2003:491

Corte di giustizia, sentenza del 6 novembre 2003, causa C-101/01, *Lindqvist*, ECLI:EU:C:2003:596

Corte di giustizia, sentenza del 6 novembre 2003, causa C-413/01, *Franca Ninni-Orasche*, ECLI:EU:C:2003:600

Corte di giustizia, sentenza del 19 ottobre 2004, causa C-200/02, *Chen*, ECLI:EU:C:2004:639

Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 22 novembre 2005, causa C-144/04, *Mangold*, ECLI:EU:C:2005:709

Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 21 febbraio 2006, cause riunite C-255/02, C-419/02 e C-223/03, *Halifax*, ECLI:EU:C:2006:121

Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 27 giugno 2006, causa C-540/03, *Parlamento europeo c. Consiglio*, ECLI:EU:C:2006:429

Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 12 settembre 2006, causa C-196/04, *Cadbury Schweppes*, ECLI:EU:C:2006:544

Corte di giustizia, sentenza del 5 luglio 2007, causa C-321/05, *Kofoed*, ECLI:EU:C:2007:408

Corte di giustizia, sentenza dell'11 gennaio 2007, causa C-279/05, *Vonk Dairy Products*, ECLI:EU:C:2007:18

Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 26 giugno 2007, causa C-305/05, *Ordre des barreaux francophones et germanophone e a.*, ECLI:EU:C:2007:383

Corte di giustizia, sentenza del 5 luglio 2007, causa C-321/05, *Hans Markus Kofoed*, ECLI:EU:C:2007:408

Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 6 maggio 2008, causa C-133/06, *Parlamento europeo c. Consiglio dell'Unione Europea*, ECLI:EU:C:2008:257

Corte di giustizia, sentenza del 29 gennaio 2009, causa C-19/08, *Petrosian e a.*, ECLI:EU:C:2009:41

Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 2 marzo 2010, cause riunite C-175/08, C-176/08, C-178/08 e C-179/08, *Salahadin Abdulla*, ECLI:EU:C:2010:105

Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 9 novembre 2010, cause riunite C-57/09 e C-101/09, *B. e D. c. Germania*, ECLI:EU:C:2010:661

Corte di giustizia, sentenza del 22 dicembre 2010, causa C-118/09, *Koller*, ECLI:EU:C:2010:805

Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 21 dicembre 2011, causa C-411/10 e C-493/10, *N.S. e a.*, ECLI:EU:C:2011:865

Corte di giustizia, sentenza del 27 settembre 2012, causa C-179/11, *Cimade e GISTI*, ECLI:EU:C:2012:594

Corte di giustizia, sentenza del 22 novembre 2012, causa C-277/11, *M.M.*, ECLI:EU:C:2012:744

Corte di giustizia, sentenza del 31 gennaio 2013, causa C-175/11, *H.I.D. e B.A.*, ECLI:EU:C:2013:45

Corte di giustizia, sentenza del 21 marzo 2013., causa n. C-46/12, *L.N.*, ECLI:EU:C:2013:97

Corte di giustizia, sentenza del 30 maggio 2013, causa C-528/11, *Halaf*, ECLI:EU:C:2013:342

Corte di giustizia, sentenza del 12 settembre 2013, causa C-434/12, *Slancheva sila EOOD c. Izpalnitelen direktor na Darzhaven fond «Zemedelie» Razplashtatelna agentsia*, ECLI:EU:C:2013:546

Corte di giustizia, sentenza del 12 dicembre 2013, causa C-116/12, *Ioannis Christodoulou e altri c. Elliniko Dimosio*, ECLI:EU:C:2013:825

Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 12 marzo 2014, causa C-456/12, *O. e B.*, ECLI:EU:C:2014:135

Corte di giustizia, sentenza del 13 marzo 2014, causa C-155/13, *Società Italiana Commercio e Servizi srl (SICES) e altri c. Agenzia Dogane Ufficio delle Dogane di Venezia*, ECLI:EU:C:2014:145

Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 17 luglio 2014, cause riunite C-58/13 e C-59/13, *Torresi*, ECLI:EU:C:2014:2088

Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 2 dicembre 2014, cause riunite C-148/13, C-149/13 e C-150/13, *A, B e C.*, ECLI:EU:C:2014:2406

Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 18 dicembre 2014, causa C-202/13, *McCarthy e a.*, ECLI:EU:C:2014:2450

Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 18 dicembre 2014, causa C-542/13, *Mohamed M'Boj c. État belge*, ECLI:EU:C:2014:2452

Corte di giustizia, sentenza del 26 febbraio 2015, causa C-472/13, *Shepherd*, ECLI:EU:C:2015:117

Corte di giustizia, sentenza del 24 giugno 2015, causa C-373/13, *H.T.*, ECLI:EU:C:2015:413

Corte di giustizia, sentenza del 17 dicembre 2015, causa C-239/14, *Tall*, ECLI:EU:C:2015:824

Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 10 marzo 2016, cause riunite C-443/14 e C-444/14, *Alo e Osso*, ECLI:EU:C:2016:127

Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 7 giugno 2016, causa C-63/15, *Ghezlbash*, ECLI:EU:C:2016:409

Corte di giustizia, sentenza del 9 febbraio 2017, causa C-560/14, *M*, ECLI:EU:C:2017:101

Corte di giustizia, sentenza del 16 febbraio 2017, causa C-578/16 PPU, *C. K. e a.*, ECLI:EU:C:2017:127

Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 26 luglio 2017, causa C-670/16, *Mengasteab*, ECLI:EU:C:2017:587

Corte di giustizia, sentenza del 27 luglio 2017, causa C-348/16, *Sacko Moussa*, ECLI:EU:C:2017:591

Corte di giustizia, sentenza del 22 settembre 2017, causa C-251/16, *Edward Cussens*, ECLI:EU:C:2017:881

Corte di giustizia, sentenza del 25 gennaio 2018, causa C-473/16, *F*, ECLI:EU:C:2018:36

Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 6 marzo 2018, causa C-284/16, *Achmea*, ECLI:EU:C:2018:158

Corte di giustizia, sentenza del 12 aprile 2018, causa C-550/16, *A e S*, ECLI:EU:C:2018:248

Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 19 giugno 2018, causa C-181/16, *Gnandi*, ECLI:EU:C:2018:465

Corte di giustizia, sentenza del 5 luglio 2018, causa C-213/17, *X*, ECLI:EU:C:2018:538

Corte di giustizia, sentenza del 25 luglio 2018, causa C-404/17, *A.*, ECLI:EU:C:2018:588

Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 25 luglio 2018, causa C-585/16, *Alheto*, ECLI:EU:C:2018:584

Corte di giustizia, sentenza del 26 settembre 2018, causa C-180/17, *X, Y*, ECLI:EU:C:2018:775

Corte di giustizia, ordinanza del 27 settembre 2018, causa C-422/18 PPU, *FR*, ECLI:EU:C:2018:784

Corte di giustizia, sentenza del 4 ottobre 2018, causa C-652/16, *Ahmedbekova*, ECLI:EU:C:2018:801

Corte di giustizia, sentenza del 18 ottobre 2018, causa C-662/17, *E.G.*, ECLI:EU:C:2018:847

Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 26 febbraio 2019, cause riunite C-115/16, C-118/16, C-119/16, 299/16, *N Luxembourg 1*, ECLI:EU:C:2019:134

Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 1° marzo 2019, causa C-163/17, *Jawo*, ECLI:EU:C:2019:218

Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 19 marzo 2019, cause riunite C-297/17, C-318/17, C-319/17 e C-438/17, *Ibrahim e a.*, ECLI:EU:C:2019:219

Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 2 aprile 2019, cause riunite C-582/17 e C-583/17, *H. e R.*, ECLI:EU:C:2019:280

Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 29 luglio 2019, causa C-556/17, *Torubarov*, ECLI:EU:C:2019:626

Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 12 novembre 2019, causa C-233/18, *Haqbin*, ECLI:EU:C:2019:956

Corte di giustizia, sentenza del 19 marzo 2020, causa C-406/18, *PG*, ECLI:EU:C:2020:216

Corte di giustizia, sentenza del 19 marzo 2020, causa C-564/18, *LH*, ECLI:EU:C:2020:218

Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 14 maggio 2020, cause riunite C-924/19 PPU e C-925/19 PPU, *FMS, FNZ, SA, SA junior*, ECLI:EU:C:2020:367

Corte di giustizia, sentenza del 25 giugno 2020, causa C-36/20 PPU, *Ministerio Fiscal (Autorità che può ricevere una domanda di protezione internazionale)*, ECLI:EU:C:2020:495

Corte di giustizia, sentenza 6 luglio 2020, causa C-517/17, *Milkiyos Addis*, ECLI:EU:C:2020:579

Corte di giustizia, sentenza del 10 dicembre 2020, causa C-616/19, *M.S., M.W., G.S.*, ECLI:EU:C:2020:1010

Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 17 dicembre 2020, causa C-808/18, *Commissione c. Ungheria*, ECLI:EU:C:2020:1029

Corte di giustizia, sentenza del 14 gennaio 2021, cause riunite C-322/19 e C-385/19, *K.S., M.H.K. e R.A.T., D.S.*, ECLI:EU:C:2021:11

Corte di giustizia, sentenza del 20 maggio 2021, causa C-8/20, *L.R.*, ECLI:EU:C:2021:404

Corte di giustizia, sentenza del 10 giugno 2021, causa C-921/19, *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*, ECLI:EU:C:2021:478

Corte di giustizia, sentenza del 9 settembre 2021, causa C-18/20, *Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl*, ECLI:EU:C:2021:710

Corte di giustizia, sentenza del 16 novembre 2021, causa C-821/19, *Commissione europea c. Ungheria*, ECLI:EU:C:2021:930

Corte di giustizia, sentenza del 30 giugno 2022, causa C-72/22 PPU, *Valstybės sienos apsaugos tarnyba*, ECLI:EU:C:2022:505

Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 1° agosto 2022, causa C-19/21, *I, S. c. Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*, ECLI:EU:C:2022:605

Corte di giustizia, sentenza del 1° agosto 2022, causa C-720/20, *RO c. Bundesrepublik Deutschland*, ECLI:EU:C:2022:603

Corte di giustizia, sentenza del 22 settembre 2022, causa C-497/21, *Bundesrepublik Deutschland (Demande d'asile rejetée par le Danemark)*, ECLI:EU:C:2022:721

Conclusioni dell'Avvocato generale

Conclusioni dell'Avvocato generale Giuseppe Tesauro, presentate il 9 novembre 1995, causa C-441/93, *Panagis Pafitis e a. c. Trapeza Kentrikis Ellados A.E. e a.*, ECLI:EU:C:1995:368

Conclusioni dell'Avvocato generale Giuseppe Tesauro, presentate il 4 febbraio 1998, causa C-367/96, *Kefalas*, ECLI:EU:C:1998:41

Conclusioni dell'Avvocato generale Antonio La Pergola, presentate il 16 luglio 1998, causa C-212/97, *Centros*, ECLI:EU:C:1998:380

Conclusioni dell'Avvocato generale Antonio Saggio, presentate il 28 ottobre 1999, causa C-373/97, *Diamantis*, ECLI:EU:C:2000:150

Conclusioni dell'Avvocato generale Antonio Tizzano, presentate il 18 maggio 2004, causa C-200/02, *Chen*, ECLI:EU:C:2004:307

Conclusioni dell'Avvocato generale Poiares Maduro, presentate il 7 aprile 2005, cause C-255/02, C-419/02 e C-223/03, *Halifax e a., BUPA Hospitals Ltd e University of Huddersfield Higher Education Corporation c. Commissioners of Customs and Excise*, ECLI:EU:C:2005:200

Conclusioni dell'Avvocato generale Juliane Kokott, presentate l'8 febbraio 2007, causa C-321/05, *Kofoed*, ECLI:EU:C:2007:86

Conclusioni dell'Avvocato generale Juliane Kokott, presentate l'8 maggio 2008, causa C-73/07, *Satakunnan Markkinapörssi e Satamedia*, ECLI:EU:C:2008:266

Conclusioni dell'Avvocato generale Maciej Szpunar, presentate il 20 maggio 2014, causa C-202/13, *Sean Ambrose McCarthy*, ECLI:EU:C:2014:345

Conclusioni dell'Avvocato generale Verica Trstenjak, presentate il 22 settembre 2011, cause riunite C-411/10 e C-493/10, *N.S. e a.*, ECLI:EU:C:2011:611

Conclusioni dell'Avvocato generale Niilo Jääskinen, presentate il 18 aprile 2013, causa C-4/11, *Puid*, ECLI:EU:C:2013:244

Conclusioni dell'Avvocato generale Juliane Kokott, presentate il 1° marzo 2018, causa C-115/16, *N Luxembourg 1*, ECLI:EU:C:2018:143

Conclusioni dell'Avvocato generale Eleanor Sharpston, presentate il 31 ottobre 2019, cause riunite C-715/17, C-718/17 e C-719/17, *Commissione europea c. Repubblica di Polonia, Repubblica di Ungheria e Repubblica ceca*, ECLI:EU:C:2019:917

Conclusioni dell'Avvocato generale Melchior Wathelet, presentate il 25 luglio 2018, cause riunite C-297/17, C-318/17, C-319/17 e C-438/17, *Ibrahim e a.*, ECLI:EU:C:2018:617

Conclusioni dell'Avvocato Generale Manuel Campos Sánchez-Bordona presentate il 6 giugno 2019, causa C-233/18, *Haqbin*, ECLI:EU:C:2019:468

Conclusioni dell'Avvocato Generale Jean Richard De La Tour presentate il 3 settembre 2020, cause riunite C-322/19 e C-385/19, *K.S., M.H.K. e R.A.T., D.S.*, ECLI:EU:C:2020:642

Conclusioni dell'Avvocato Generale Henrik Saugmandsgaard Øe presentate il 3 settembre 2020, causa C-616/19, *M.S., M.W., G.S.*, ECLI:EU:C:2020:648

Conclusioni dell'Avvocato Generale Nicholas Emiliou, presentate il 2 giugno 2022, nella causa C-72/22 PPU, *M.A.*, ECLI:EU:C:2022:431

Sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo

Corte EDU, Grande Camera, sentenza del 7 luglio 1989, ricorso n. 14038/88, *Soering c. Regno Unito*

Corte EDU, sentenza del 7 marzo 2000, ricorso n. 43844/98, *T.I. c. Regno Unito*

Corte EDU, sentenza dell'11 ottobre 2000, ricorso n. 40035/98, *Jabari c. Turchia*

Corte EDU, sentenza del 5 febbraio 2002, ricorso n. 51564/99, *Čonka c. Belgio*

Corte EDU, sentenza del 26 aprile 2005, ricorso n. 53566/99, *Müslim c. Turchia*

Corte EDU, Grande Camera, sentenza del 26 aprile 2007, ricorso n. 25389/05, *Gebremedhin c. Francia*

Corte EDU, Grande Camera, sentenza del 21 gennaio 2011, ricorso n. 30696/09, *M.S.S. e a. c. Belgio e Grecia*

Corte EDU, Grande Camera, sentenza del 2 febbraio 2012, ricorso n. 9152/09, *I.M. c. Francia*

Corte EDU, Grande Camera, sentenza del 23 febbraio 2012, ricorso n. 27765/09, *Hirsi Jamaa e a. c. Italia*

Corte EDU, sentenza del 6 giugno 2013, ricorso n. 2283/12, *Mohammed c Austria*

Corte EDU, sentenza del 22 aprile 2014, ricorso n. 6528/11, *A.C. e altri c. Spagna*

Corte EDU, sentenza del 21 ottobre 2014, ricorso n. 16643/09, *Sharifi e a. c. Italia e Grecia*

Corte EDU, Grande Camera, sentenza del 4 novembre 2014, ricorso n. 29217/12, *Tarakhel c. Svizzera*

Corte EDU, Grande Camera, sentenza del 23 marzo 2016, ricorso n. 43611/11, *F.G. c. Svezia*

Corte EDU, sentenza del 19 dicembre 2017, ricorso n. 60342/16, *A. c. Svizzera*.

Corte EDU, Grande Camera, sentenza del 21 novembre 2019, ricorso n. 47287/15, *Ilias e Ahmed c. Ungheria*

Corte EDU, Grande Camera, sentenza del 13 febbraio 2020, ricorsi n. 8675/15 e n. 8697/15, *N.D. e N.T. c. Spagna*

Corte EDU, sentenza del 23 luglio 2020, ricorso n. 40503/17, *M.K. e altri c. Polonia*

Corte EDU, sentenza dell'8 luglio 2021, ricorso n. 51246/17, *D.A. e altri c. Polonia*

Corte EDU, sentenza del 13 ottobre 2022, ricorso n. 41764/17, *T.Z. e altri c. Polonia*