



Università degli Studi di Cagliari

DOTTORATO DI RICERCA

In SCIENZE GIURIDICHE

Ciclo XXXIII

LA RIFORMA DEL SISTEMA COMUNE DI ASILO EUROPEO TRA PRINCIPIO DI SOLIDARIETÀ E RINASCITA DEI NAZIONALISMI.

Settore scientifico disciplinare di afferenza

IUS/08

Presentata da: Dott.ssa Rossella Carta

Tutor Prof. Roberto Cherchi

Esame finale anno accademico 2019 – 2020
Tesi discussa nella sessione d'esame aprile 2021

LA RIFORMA DEL SISTEMA COMUNE DI ASILO
EUROPEO TRA PRINCIPIO DI SOLIDARIETÀ E
RINASCITA DEI NAZIONALISMI

Abstract:

Muovendo dalle proposte di riforma dell'attuale sistema comune di asilo europeo (CEAS) e in particolar modo del Regolamento Dublino, si è analizzata la concreta possibilità di superamento e modifica del sistema vigente, interrogandosi in particolare sul ruolo che, in tale processo, svolgono e potranno svolgere gli Stati membri. Nel solco di quest'analisi si colloca il focus della ricerca, ossia la difficile coesistenza tra due elementi che a livello europeo paiono fondamentali: da un lato, il principio all'art. 80 TFUE che impone un obbligo di solidarietà ed una responsabilità condivisa tra Stati Membri e, dall'altro, la rinascita di politiche nazionaliste e restrittive in taluni Stati europei.

In modo specifico, per ciò che concerne il contenuto della tesi, nel I capitolo si sono analizzate le tre teorie generali sull'asilo: la tesi dei confini aperti, che guarda al diritto di migrare come un diritto fondamentale; la tesi, di carattere restrittivo, che vede nel controllo dell'immigrazione lo strumento necessario per preservare l'identità nazionale, e infine, una terza tesi, sintetizzabile nell'espressione « *controlled borders and open doors* », che contempera la regolamentazione dei flussi con la tutela dei diritti fondamentali. Tale ultima tesi sembra essere espressa in modo chiaro dal dettato costituzionale all'art. 10, comma 3. Il secondo capitolo, pertanto, si occupa dell'analisi dell'art. 10 comma 2, 3 Cost., ossia della condizione giuridica dello straniero nell'ordinamento italiano e del diritto di asilo costituzionale come diritto soggettivo perfetto. Il terzo capitolo approfondisce l'analisi relativa alla disciplina della protezione internazionale esaminando tanto il contesto europeo che quello nazionale. Il quarto capitolo si concentra sulla crisi del CEAS, e del sistema Dublino in particolar modo, i quali mostrano la loro debolezza e inefficacia in particolar modo durante l'emergenza dei rifugiati degli anni Dieci.

Alla luce della crisi del CEAS, il quinto capitolo analizza i progetti di riforma di tale sistema muovendo dalle proposte del 2016 fino a giungere al Patto europeo sull'immigrazione e sull'asilo del settembre 2020, i quali sembrano evidenziare la tendenza verso politiche di controllo del fenomeno migratorio e dei confini esterni, con una compressione dei diritti fondamentali dei richiedenti protezione internazionale. In conclusione, il lavoro mostra come nonostante vi sia, sia a livello nazionale che europeo, un quadro normativo nobile, volto al contemperamento tra l'esigenza di gestione dei flussi e la tutela dei diritti fondamentali, nella pratica le politiche attuate sembrano spesso improntate a finalità restrittive, volte più al controllo dei flussi che al bilanciamento tra la loro regolamentazione e il diritto di asilo.

CAPITOLO I

UN'ANALISI DELLE TEORIE IN MATERIA DI ASILO

1. La tesi dei confini aperti: il diritto di migrare come diritto fondamentale dell'uomo.....	8
1.1) Il velo di ignoranza di J. Rawls a sostegno degli "open borders" nel pensiero di J. Carens.....	9
1.2) I valori delle democrazie liberali a sostegno del "diritto di migrare".....	11
1.3) Le ragioni a sostegno degli <i>open borders</i>	14
2. Le tesi dei "confini chiusi": le politiche restrittive (in materia migratoria) come strumento di difesa dell'identità nazionale. Il pensiero di Walzer.....	19
3. Il bilanciamento tra regolamentazione dei flussi e tutela dei diritti fondamentali: « <i>controlled borders and open doors</i> ».....	26
3.1) Il diritto d'asilo come "diritto di confine" tra sovranità statale e tutela dei diritti umani.....	27
3.2) La sponsorizzazione privata (<i>private sponsorship</i>) come applicazione della tesi « <i>controlled borders and open doors</i> ». Il caso dei corridoi umanitari.....	31

CAPITOLO II

IL DIRITTO D'ASILO NELLA COSTITUZIONE

1. La condizione giuridica dello straniero nella Costituzione e la clausola di reciprocità.....	37
2. Lo straniero e l'ambito soggettivo dei diritti costituzionali.....	40
3. Il diritto di libertà personale dello straniero.....	44
4. I diritti politici dello straniero.....	49
5. L'asilo nella Costituzione: l'art. 10 comma III e la sua genesi.....	53
6. « <i>Controlled borders and open doors</i> » tra Costituzione e giurisprudenza relativa al diritto d'asilo	60
6.1) La Corte Costituzionale e il d.l. n. 113/2018 convertito nella l. n. 132/2018.....	66
6.2) Il giudice ordinario alla prova del d.l. n. 113/2018 convertito nella l. n. 132/2018.....	72
7. Le tesi della dottrina sul diritto di asilo costituzionale: a) L'inattuazione del diritto di asilo costituzionale.....	75
b) L'attuazione del diritto di asilo costituzionale ai sensi delle norme primarie.....	80

CAPITOLO III

LA PROTEZIONE INTERNAZIONALE NELL'ORDINAMENTO EUROPEO E ITALIANO

1. Il cammino di armonizzazione delle politiche europee in materia di immigrazione e asilo: dal Consiglio europeo di Tampere alla prima fase del sistema comune di asilo europeo (CEAS).....	86
2. La seconda fase del CEAS.....	92
3. Il CEAS alla prova della crisi migratoria degli anni Dieci.....	96
4. Gli strumenti costitutivi del CEAS: a) il Regolamento Dublino III e il Regolamento EURODAC.....	100
b) La direttiva qualifiche, la direttiva sulle condizioni di accoglienza e la direttiva procedure.....	106
5. La disciplina interna in materia di asilo.....	115
6. Le modifiche apportate dal decreto legge n. 113/2018 e dal decreto legge n. 53/2019.....	122
7. Il decreto legge del 21 ottobre 2020, n. 130 convertito nella l. n. 173/2020: continuità e innovazione.....	136

CAPITOLO IV

LA CRISI DEL DIRITTO DI ASILO IN EUROPA

1. Il principio di solidarietà all'art. 80 del TFUE. Clausola applicabile nelle sole ipotesi di emergenza o principio ispiratore dei rapporti tra Stati Membri?.....	146
1.1) La Corte di Giustizia e l'interpretazione del principio di solidarietà.....	151
1.2) Il principio di solidarietà e la sua (in)attuazione nel regolamento Dublino.....	154
1.3) La portata emergenziale dell'art. 80 TFUE.....	156
2. Il principale il nodo irrisolto del Sistema comune d'asilo europeo: i movimenti secondari.....	160
2.1) Le proposte di riforma del Sistema Comune di asilo europeo volte a limitare i movimenti secondari.....	163
2.2) Il fenomeno dei movimenti secondari come paradigma dell'insuccesso del sistema comune di asilo europeo.....	165
3. La ricollocazione come misura solidaristica in situazioni di crisi.....	169
3.1) Il fallimento della misura della ricollocazione.....	172
3.2) Il meccanismo della ricollocazione come tentativo di superamento del Regolamento Dublino e come strumento <i>ad hoc</i> nelle operazioni di <i>Search and Rescue</i> (SAR).....	174
4. L'esternalizzazione delle frontiere.....	180
4.1) I criteri guida dell'esternalizzazione: il concetto di Paese di origine o di transito sicuro e gli accordi con i Paesi terzi.....	182
4.2) L'accordo tra la Turchia e l'Unione Europea per il contenimento dei flussi irregolari.....	183
4.3) Il <i>Memorandum</i> Italia – Libia del febbraio 2017.....	189
4.4) Considerazioni finali sul fenomeno dell'esternalizzazione delle frontiere.....	192

CAPITOLO V

IL DIRITTO D'ASILO ALLA PROVA DELL'ATTUALE CONTESTO POLITICO EUROPEO

1. Il regolamento Dublino da pietra angolare del CEAS ad atto normativo da superare: i tentativi di riforma del 2016.....	199
1.1) La proposta della Commissione Europea.....	200
1.2) La proposta del Parlamento Europeo.....	203
2. « <i>Se vogliamo che tutto rimanga come è, bisogna che tutto cambi</i> »: il nuovo patto europeo sull'immigrazione e asilo.....	205
2.1) Le attività di screening alla frontiera.....	206
2.2) Il meccanismo comune di solidarietà tra Stati membri.....	207
2.3) Il terzo pilastro del patto europeo sull'immigrazione e sull'asilo: la cooperazione con i Paesi terzi.....	211
3. Il contemperamento tra esigenze di regolamentazione dei flussi e tutela del diritto di asilo: possibili scenari e strumenti alternativi al Regolamento Dublino.....	214
3.1) Il primo strumento di accesso legale e sicuro: il reinsediamento.....	215
3.2) Il secondo strumento di accesso legale e sicuro: l'ammissione umanitaria.....	218
3.3) Il terzo strumento di accesso legale e sicuro: i visti umanitari.....	218
4. Il diritto d'asilo nel sistema normativo europeo e degli Stati Membri tra rinascita dei nazionalismi e spinte all'accoglienza. Confini aperti, politiche restrittive o « <i>controlled borders and open doors</i> »? Considerazioni conclusive.....	224
Bibliografia.....	230

CAPITOLO I

UN'ANALISI DELLE TEORIE IN MATERIA DI ASILO.

Sommario: 1. La tesi dei confini aperti: il diritto di migrare come diritto fondamentale dell'uomo. – 1.1. Il velo di ignoranza di J. Rawls a sostegno degli *open borders* nel pensiero di J. Carens. – 1.2. I valori delle democrazie liberali a sostegno del “diritto di migrare”. Le ragioni a sostegno degli *open borders* – 2. Le tesi dei “confini chiusi”: le politiche restrittive (in materia migratoria) come strumento di difesa dell'identità nazionale. Il pensiero di Walzer. – 3. Il bilanciamento tra regolamentazione dei flussi e tutela dei diritti fondamentali: «*controlled borders and open doors*». – 3.1. Il diritto d'asilo come “diritto di confine” tra sovranità statale e tutela dei diritti umani. – 3.2. La sponsorizzazione privata (private sponsorship) come applicazione della tesi «*controlled borders and open doors*». Il caso dei corridoi umanitari.

1. La tesi dei “confini aperti”: il diritto di migrare come diritto fondamentale dell’uomo.

Le teorie dei “confini aperti”, meglio note come *open borders*, riconoscono al diritto di migrare, al diritto di spostarsi da un Paese all’altro senza alcun tipo di restrizione il valore di diritto fondamentale, in quanto tutti gli esseri umani nascono liberi e uguali.

A sostegno degli *open borders* si pone l’analisi di Joseph Carens il quale fa propri tre diversi approcci alla teoria politica: la tesi di John Rawls e il “velo di ignoranza”, la tesi di Robert Nozick, e le tesi utilitaristiche¹. Esse, pur non occupandosi in modo diretto di tale questione, dimostrerebbero quanto siano limitate e circoscritte le ipotesi in cui sarebbe ammissibile attuare - in modo legittimo - politiche restrittive in materia migratoria.

Tali teorie, infatti, si fondano sulla convinzione per cui il potere di ammettere o escludere lo straniero risiede nella sovranità statale², lo Stato ha il diritto e potere di scegliere come tutelare il proprio interesse naturale. Carens, pur riconoscendo tale dato come oggettivo, si approccia alla tematica da un angolazione differente, domandandosi: qual è il fondamento morale del diritto di escludere? Se è pur vero che lo Stato, nell’esercizio della sua sovranità, detiene il potere di decidere le proprie politiche migratorie, ciò non lo rende esente da critiche quando queste appaiono in contrasto con i principi morali che gli stessi Stati fanno propri³.

Per l’autore, difatti, i confini devono essere aperti e gli esseri umani devono avere la libertà di poter lasciare il proprio Paese per recarsi in un altro:

¹ Tali teorie benché differenti sono forme di liberismo così come viene affermato da C. Merilaender, *Liberalism and open borders: the argument of Joseph Carens*, in *The International Migration Review*, Vol. 33, No. 4, Winter, 1999, p. 1062 ss.

² «*It’s our country. We can let in or keep out whomever we want*»: così J. Carens, *Aliens and citizen: the case for Open Borders*, in *the Review of Politics*, vol. 49, n.2, spring 1987, p. 252.

³ Sul punto sempre J. Carens, *Who should get in? The ethics of immigration admission*, in *Ethics & international affairs*, 17, n.1, p. 96.

«*citizenship in western liberal democracies is the modern equivalent of feudal privilege – an inherited status that greatly enhances one’s life chances*»⁴.

A fondamento e sostegno di tale assunto egli utilizza – come già in precedenza accennato – tre diversi approcci alla teoria politica (quello Rawlsiano, quello di Nozick e quello utilitaristico) i quali, pur muovendo da argomenti e giungendo a conclusioni differenti, mostrerebbero come il diritto di migrare sia un principio fondante e incontrovertibile di ciascuna democrazia liberale.

1.1. Il velo di ignoranza di J. Rawls a sostegno degli “open borders” nel pensiero di J. Carens.

Tra le diverse tesi considerate da Carens, la tesi di John Rawls è quella a cui l’autore dà maggiore rilievo; egli fa proprio “il velo di ignoranza” e la teoria ideale e non ideale a sostegno della tesi degli *open borders*.

Partendo, infatti, da una fondamentale questione l’autore si domanda: quale principio sceglierebbero le persone per governare la società se non sapessero nulla della propria posizione sociale, economica, ovvero se lo facessero da dietro un “velo di ignoranza”? In una condizione pre-sociale tutti i soggetti si trovano in una “posizione originaria” di uguaglianza caratterizzata, appunto, da un velo di ignoranza che rende tutti uguali; pertanto una dimensione nella quale, non essendoci particolari interessi da difendere, in ciascuno è presente l’intenzione di non venire danneggiato. I principi che guidano questa condizione sono i principi di giustizia universale: ogni individuo gode delle massime libertà compatibilmente con le libertà godute dagli altri soggetti; le disuguaglianze economiche e sociali vengono tollerate solo se portano dei benefici ai gruppi più svantaggiati⁵. Carens sceglie un approccio globale alla posizione originaria⁶, e nell’ipotizzare politiche restrittive in materia migratoria, adotta la prospettiva degli stranieri che vogliono migrare, cioè di coloro che subirebbero dei danni da tali politiche. Nella posizione originaria il diritto di migrare ha il valore di diritto fondamentale, rientrando tra le libertà fondamentali del soggetto, in quanto

⁴ «*La cittadinanza delle democrazie liberali occidentali è l’equivalente moderno del privilegio feudale: uno stato ereditario che migliora enormemente le possibilità di vita di ognuno*»: così J. Carens, *Aliens and citizens*, cit., p. 252 (traduzione mia).

⁵ J. Rawls, *Una teoria della giustizia*, Feltrinelli, Milano, 1999, p. 113 ss.

⁶ «*I gladly concede that I’m using the original position in a way that Rawls himself does not intend, but I think that this extension is warranted by the nature of the questions I’m addressing and the virtues of Rawls’s approach as a general method of moral reasoning*»: così J. Carens, *Aliens and citizens*, cit., p. 257. In Rawls, di contro, la posizione originaria veniva presa in considerazione con riferimento ad una dimensione nazionale. Cfr. J. Rawls, *Una teoria della giustizia*, cit., p. 210 ss.

essenziali per la vita di ciascuno⁷. Le restrizioni a tale diritto, quindi, vengono considerate attuabili solo in specifiche e chiare ipotesi, vale a dirsi quando il fenomeno migratorio potrebbe arrecare dei danni o creare dei rischi per l'ordine pubblico. Pertanto, a titolo esemplificativo, uno Stato può limitare l'immigrazione per proteggersi da invasioni o sovversioni, ma tali specifiche limitazioni non possono operare per ragioni differenti rispetto alla tutela della sicurezza nazionale. Quest'ultimo valore acquista una rilevanza diversa a seconda che ci si riferisca alla teoria ideale o a quella non ideale di Rawls. Nella teoria ideale, definita dall'autore come "un'utopia realistica", ci si trova davanti ad un mondo in cui tutti i popoli sono giusti e rispettosi gli uni degli altri, in tale condizione le possibilità che l'immigrazione arrechi danni o sia un pericolo per l'ordine pubblico sono molto ridotte. Di contro, nella teoria non ideale ci si trova davanti ad un mondo in cui sussistono disuguaglianze e differenze che potrebbero portare i singoli Stati a doversi difendere, al fine di garantire l'ordine pubblico contro sovversivi e invasori. Benché, dunque, in quest'ultima teoria vi siano maggiori ragioni giustificanti le politiche restrittive, queste possono essere attuate solo per la difesa dell'ordine pubblico⁸.

Partendo da tali argomentazioni, Carens, giunge a confutare le ragioni ordinariamente presentate a sostegno delle limitazioni del fenomeno migratorio: la cittadinanza *iure sanguinis*, le ragioni economiche, le ragioni culturali/identitarie.

Le politiche restrittive non possono essere giustificate secondo la teoria per cui colui che nasce, o i cui genitori sono nati, in un dato territorio ha maggiore diritto ad averne la cittadinanza. Infatti, uno degli obiettivi della "posizione originaria" di Rawls è quello di massimizzare i benefici per i soggetti; la scelta di conferire la cittadinanza *iure sanguinis* può essere sì condivisibile, ma solo se ciò non preclude al singolo la possibilità di effettuare nel futuro delle scelte differenti. Allo stesso modo, la teoria per cui l'immigrazione arrecherebbe degli svantaggi economici e ridurrebbe il benessere non pare fornire sufficienti ragioni per giustificare politiche di natura restrittiva. Infatti, sarebbe necessario valutare se l'eventuale abbassamento delle condizioni economiche si verifici quando l'immigrazione viene ammessa e non quando essa viene limitata; nell'ipotesi in cui risulti veritiero che al crescere dell'immigrazione si verifichi una decrescita delle condizioni economiche dei cittadini, le preoccupazioni di questi ultimi risulterebbero comunque soccombenti rispetto alla priorità di migrare che viene riconosciuta a tutti i soggetti. Ancora, neanche l'argomento culturale pare essere

⁷ «[...] one would insist that the right to migrate be included in the system of basic liberties for the same reasons that one would insist that the right to religious freedom be included: it might prove essential to one's plan of life». Così J. Carens, *Aliens and citizens*, cit., p. 258.

⁸ Cfr. J. Carens, *Aliens and citizens*, cit., p. 260 ss. Per un'analisi più dettagliata sulla teoria ideale e non ideale e sulle loro differenze si rimanda a J. Rawls, *Una teoria della giustizia*, cit., p. 210 ss.

così forte da giustificare politiche restrittive per ragioni altre rispetto alla garanzia dell'ordine pubblico, in quanto, in tal caso, non sussiste alcuna effettiva minaccia ai valori delle democrazie liberali.

Se nel principio di perfezione⁹ Rawls afferma che le istituzioni sociali devono essere organizzate con obblighi e doveri per gli individui, tali da poter permettere il raggiungimento dell'eccellenza umana nelle arti, nella scienza e nella cultura, in materia migratoria ciò potrebbe portare a immaginare l'identità nazionale come un elemento da preservare. Di contro però, secondo Carens, la posizione originaria porta ad escludere un'argomentazione di tale genere, in quanto in tale condizione ogni soggetto ha come finalità primaria il proprio benessere, e non sarebbe disposto a rinunciare a un diritto o libertà per perseguire un ideale che potrebbe rivelarsi irrilevante per il proprio interesse¹⁰.

In conclusione, nella posizione originaria, il diritto di migrare ha valore di diritto fondamentale, rientra tra le libertà fondamentali del soggetto che, al pari di altre libertà come per esempio la libertà religiosa, sono essenziali per la vita di ciascuno¹¹.

1.2. I valori delle democrazie liberali a sostegno del “diritto di migrare”.

A sostegno degli *open borders* l'autore non pone solo le teorie di Rawls, ma anche le teorie di Robert Nozick e quelle utilitaristiche.

Lo Stato non ha il potere di limitare il diritto a migrare. Questa è l'argomentazione a cui Carens giunge attraverso l'analisi della teoria di Nozick. Nel celebre “*Anarchia, stato e utopia*” il filosofo presenta una teoria della giustizia fondata su una visione libertaria per cui gli individui detengono diritti individuali prioritari quali la vita, la libertà e la proprietà; lo Stato ha funzioni minime rispetto alla società, interviene solo al fine di tutelare tali diritti, su tutti la proprietà privata¹². L'autore, seguace di Locke, afferma che nello stato di anarchia (lo stato di natura) ogni individuo gode dei diritti inviolabili, ciascuno è proprietario di sé e del proprio lavoro. Nel momento in cui un soggetto aggiunge al proprio lavoro qualcosa (che non appartiene a nessuno), egli acquista un “titolo

⁹ Sulla base di tale principio, per esempio, veniva fornita una giustificazione alla schiavitù nell'antica Grecia in quanto essenziale al perseguimento della eccellenza nella cultura e nelle arti. In modo più approfondito si v. J. Rawls, *Una teoria della giustizia*, cit., p. 272 ss.

¹⁰ J. Carens, *Aliens and citizens*, cit., p. 261 ss.

¹¹ «[...] one would insist that the right to migrate be included in the system of basis liberties for the same reasons that one would insist that the right to religious freedom be included: it might prove essential to one's plan of life». Così J. Carens, *Aliens and citizens*, cit., p. 258.

¹² La teoria della giustizia di Nozick è fondata, pertanto, sui diritti individuali e si pone in netta contrapposizione con la teoria della giustizia distributiva di Rawls fondata sull'idea di giustizia come equità. Per un'analisi sulla teoria di Rawls *supra*, par. 1.2.

valido” sul bene, ne diviene proprietario e può scambiarlo o venderlo. Se lo scambio avviene tra persone che detengono tale titolo, esso è lecito e giusto¹³. È per meglio difendere il diritto di proprietà che gli uomini rinunciano allo Stato di natura, si associano e creano lo Stato minimo¹⁴ il cui compito è limitato alla tutela e protezione dei diritti inviolabili¹⁵. Esso, quindi, può solo compiere azioni volte a incrementare la tutela dei diritti degli individui, siano essi cittadini o non cittadini¹⁶; ogni singolo individuo può, secondo Nozick, escludere chiunque dalla propria proprietà; tale potere di esclusione può operare nei confronti di tutti i soggetti - siano essi cittadini o no - e deriva dal diritto di proprietà che si esercita sul proprio terreno. Tale diritto viene esercitato in quanto singolo, non in quanto membro di una collettività¹⁷.

Pertanto, il governo non ha alcun diritto di prevenire o vietare l'ingresso di non cittadini nel territorio fintanto che costoro non violano l'altrui proprietà privata: l'ingresso nel territorio e le loro azioni non sono una questione di cui lo Stato è chiamato ad occuparsi¹⁸. Per comprendere come tali tesi si intreccino con la questione migratoria, l'autore propone un esempio chiarificatore: è il caso di contadini statunitensi che vogliono assumere dei lavoratori messicani. Il governo non avrebbe alcun diritto di vietare ad un datore di lavoro di assumere dei lavoratori stranieri, in quanto violerebbe contestualmente i diritti di entrambe le parti che, consensualmente e volontariamente, hanno dato vita all'accordo. Inoltre, continua l'autore, anche nell'ipotesi in cui i messicani non detenessero nessuna offerta di lavoro dagli statunitensi, il governo non avrebbe alcun diritto di vietare il loro ingresso nello Stato¹⁹.

Dunque, sostiene Carens, lo Stato non ha alcun diritto di limitare l'immigrazione: il territorio non è una proprietà dei cittadini, e dunque il controllo che lo Stato può esercitare è limitato al rafforzamento dei diritti dei soggetti che vi vivono. L'analisi della tesi Nozick porta ad affermare che né lo Stato, né il singolo possono escludere lo straniero, se non per le medesime ragioni per le quali può

¹³ La giustizia delle appropriazioni si fonda su due regole e sulla clausola limitativa di Locke. Le due regole comportano che gli scambi, per essere leciti e giusti, non possono avvenire con frode e violenza; invece, la clausola limitativa di Locke fa sì che si ponga una limitazione alle acquisizioni originarie, per cui una sufficiente e giusta quantità di un bene oggetto di appropriazione deve essere lasciata agli altri soggetti. Cfr. P. Trincani, *Robert Nozick*, in *Il Mulino*, 3/2009, p. 3 ss.

¹⁴ Lo stato minimo, definito anche associazione protettiva dominante, non è frutto di un contratto ma di un'associazione, la differenza rispetto allo Stato riguarderebbe la libertà di farvi parte o meno.

¹⁵ Cfr. P. Trincani, *Robert Nozick*, in *Il Mulino*, 3/2009, p. 3 ss. In modo più approfondito, si v. R. Nozick, *Anarchia, Utopia, Stato*, Il Saggiatore, Milano, 2000, p. 33 ss.

¹⁶ Sul punto per un'analisi dettagliata, si v. R. Nozick, *Anarchia, Stato e utopia*, cit., p. 33 ss.

¹⁷ J. Carens, *Aliens and citizens*, cit., p. 254.

¹⁸ J. Carens, *Aliens and citizens*, cit., p. 252 ss.

¹⁹ J. Carens. *Aliens and citizens*, cit., p. 253.

essere escluso un cittadino. Anche in tale caso l'autore ci offre un esempio esplicativo: uno straniero non abbiente potrebbe non essere in grado di pagare l'affitto in un quartiere ricco, ma lo stesso potrebbe valere per un cittadino povero. Pertanto, un proprietario di casa potrebbe decidere di non affittare una casa, di non assumere stranieri etc. ma ciò, a parità di condizioni, potrebbe verificarsi anche nei confronti dei cittadini²⁰. Per Carens, le argomentazioni sulla proprietà collettiva o statale, spesse volte utilizzate a sostegno delle tesi anti-immigrazioniste sono in contrasto con i principi delle democrazie liberali; il territorio di uno Stato, infatti, non è proprietà dei cittadini, conseguentemente il controllo che viene esercitato sul territorio può essere volto solo a incrementare e proteggere i diritti di coloro che vi risiedono.

Oltre a tale analisi basata sulla proprietà privata, anche le teorie utilitaristiche vengono utilizzate a sostegno degli *open borders*. Tali tesi trovano il loro principio fondante nell'espressione "massimizzare gli utili".

Partendo da ciò, ad una prima lettura, si potrebbe ipotizzare che tale approccio sia più conforme, rispetto al precedente, alle politiche restrittive. Infatti, queste ultime potrebbero essere volte ad evitare dei costi economici per taluni cittadini; allo stesso modo, però, le politiche di apertura potrebbero di contro garantire dei vantaggi economici a talaltri cittadini.

Proprio per tale dualità pare necessario volgere l'attenzione non solo sulle conseguenze politiche della *open migration*, ma anche sugli effetti economici derivanti da una maggiore libera migrazione dei non cittadini. Se si suppone come dominante la tesi per cui al fine di ottimizzare complessivamente i guadagni economici è necessaria la libera circolazione dei capitali e dei lavoratori, allora per il raggiungimento di tale obiettivo sono necessarie politiche di apertura. Conseguentemente, benché la questione dei costi per i cittadini²¹ sia di rilevante importanza nelle tesi utilitaristiche, non appare – neanche in esse - sufficiente a giustificare politiche restrittive in materia migratoria.

Secondo l'autore, entrambe le teorie presentate, così come la teoria di Rawls, mostrano come i valori delle democrazie liberali, e i principi che ne sono fondamento siano in contrasto con politiche restrittive in materia migratoria. Ciò non significa, prosegue l'autore, che non esistano differenze tra cittadini e stranieri, o confini per le comunità, o che non vi siano dissonanze tra coloro che ne fanno parte e coloro che invece ne sono estranei ma, sulla base del valore

²⁰ Cfr. J. Carens, *Aliens and citizens*, cit., p 253 ss.

²¹ In molte teorie utilitaristiche i costi non sono solo economici, ma si guarda anche alla difesa dell'identità nazionale, e quindi a quanto l'immigrazione potrebbe danneggiare la cultura e identità nazionale.

dell'equità morale, coloro che vogliono firmare il contratto sociale devono avere la possibilità di scegliere se farlo o meno²².

Pertanto il diritto di migrare ha la valenza di diritto fondamentale dell'individuo²³, e in quanto tale non può essere limitato se non in specifici casi.

1.3. Le ragioni a sostegno degli open borders.

Analizzati i fondamenti della teoria di Carens, è ora possibile concentrarsi sulle ragioni poste a sostegno degli *open borders*. Gli elementi alla base della sua analisi sono due: il primo è garantire la parità di opportunità tra tutti i soggetti, il secondo è la libertà che deve essere riconosciuta a ciascuno. Per giungere a tali conclusioni, egli parte da alcuni presupposti: non vi è un ordine sociale naturale, le istituzioni e la società sono create dalle relazioni tra gli individui e in quanto tali possono modificare e mutare; ancora, tutti i soggetti sono uguali, pertanto le politiche che limitano la libertà di movimento devono essere fondate su una giustificazione morale²⁴. Muovendo da ciò, Carens, individua tre ragioni interconnesse le une con le altre a sostegno dei confini aperti. In primo luogo, il controllo discrezionale sull'immigrazione limita la libertà di movimento che rileva non solo in quanto diritto in sé, ma anche poiché è strumentale al godimento di altri diritti che, se essa fosse limitata, non potrebbero essere esercitati. In secondo luogo, i confini devono essere necessariamente aperti per garantire pari ed eque opportunità a tutti i soggetti. Oggi nelle democrazie liberali vige un sistema per il quale l'accesso paritario alle medesime opportunità viene garantito all'interno degli Stati, ma non tra Stati; un controllo discrezionale sull'immigrazione accrescerebbe tali disuguaglianze che verrebbero, di contro, appianate da una generale libertà di movimento. Infine, gli *open borders* permetterebbero di ridurre le disuguaglianze sociali ed economiche permettendo a

²² «*what is not readily compatible with the idea of equal moral worth is the exclusion of those who want to join. If people want to sign the social contract, they should be permitted to do so*». J. Carens, *Aliens and citizens*, cit., p. 270.

²³ Altri autori sostengono il riconoscimento del diritto di migrare quale diritto fondamentale degli individui. L'immigrazione non rappresenta un pericolo per gli Stati né dal punto di vista degli effetti che essa ha sul mercato del lavoro, né per quanto attiene al "costo sociale", né per quanto riguarda l'identità nazionale. In modo più approfondito sul punto: M. Huemer, *Is there a right to migrate?*, in *Social theory and practice*, volume 36 n. 3, June 2010, p. 429 ss.

²⁴ Questo non significa che non sussistono differenze legali tra gruppi diversi (cittadini o stranieri, per esempio), né che non possono attuarsi limitazioni alla libertà di movimento ma queste ultime devono avvenire sulla base di cause giustificative. J. Carens, *Aliens and citizens*, cit., p. 227.

tutti i soggetti, anche a coloro che provengono dai Paesi più poveri, di accedere a condizioni di vita migliori²⁵.

Se, come in precedenza affermato, secondo l'autore vi è un parallelismo tra cittadinanza e privilegio feudale²⁶, è proprio nel collegamento tra libertà di movimento e uguaglianza nell'accesso alle opportunità che tale affinità si rende più evidente. Difatti, così come durante il feudalesimo la classe di appartenenza era determinante nell'accesso alle differenti opportunità, e le restrizioni alla libertà di movimento erano strumentali al mantenimento di tali disuguaglianze; allo stesso modo oggi, prosegue l'autore, vengono create delle situazioni paritarie all'interno degli Stati, ma il controllo della mobilità non garantisce, in larga misura, un eguale accesso per coloro che provengono da Stati differenti. Pertanto, il controllo che questi ultimi esercitano sull'immigrazione è un mezzo per perpetuare tali ingiustizie e non permette il godimento di un diritto fondamentale quale la libertà di movimento²⁷.

Carens, dunque, pone come elementi fondanti la sua teoria l'uguaglianza e la libertà. Il primo nesso è quello intercorrente tra «*open borders and equality*»²⁸. Aprire i confini, sostiene l'autore, permetterebbe di ridurre le disuguaglianze tra i Paesi più ricchi e quelli più poveri, garantendo l'uguaglianza e un uguale accesso alle diverse opportunità. Dunque, si tratterebbe di un mezzo attraverso il quale perseguire una forma di giustizia globale. Di contro, si potrebbe però rilevare come, anche nell'ipotesi in cui i confini fossero aperti, non tutti i soggetti provenienti dai Paesi più poveri sarebbero capaci di abbandonarli o spostarsi; conseguentemente, per il perseguimento della giustizia globale sarebbe più proficuo uno spostamento di risorse verso i Paesi più poveri e una trasformazione delle relazioni economiche tra Stati. Se è indubbio che una ridefinizione delle relazioni economiche è una esigenza più forte rispetto alla necessità di aprire i confini, ciò però – sostiene Carens – non crea un conflitto tra le ragioni della giustizia globale e gli *open borders*; esse, invero, si muovono verso la stessa direzione: «*significant reductions in the inequalities between states would transform open borders from a critical but perhaps unrealizable ideal into a feasible arrangement, precisely because reducing inequality would reduce the pressure to move and eliminate fears of open borders creating vast dislocations*»²⁹.

Gli *open borders* sono quindi un mezzo per perseguire il fine della giustizia globale, e proprio come - nel riprendere ancora una volta l'analogia con il sistema feudale - il venir meno del feudalesimo non comportò l'automatico annullamento dei privilegi di classe legati alla nascita, ma rappresentò comunque un importante

²⁵ J. Carens, *The ethics of Immigration*, Oxford University Press, 2013, p. 226 ss.

²⁶ *Infra*, cap. 1, par.1.

²⁷ J. Carens, *ibidem*, p. 226.

²⁸ J. Carens, *The ethics of Immigration*, cit., p. 233.

²⁹ J. Carens, *The ethics of Immigration*, cit., p. 234.

risultato morale; allo stesso modo, abbattere i muri che le politiche restrittive ergono, non rappresenterebbe una cura per sconfiggere le disuguaglianze tra Stati ma aprirebbe le porte ad un'uguaglianza globale³⁰.

Il secondo elemento posto a fondamento di tale teoria è la libertà di movimento come diritto umano: per l'autore la libertà di muoversi da uno Stato all'altro è essenziale per la vita di ciascuno e pertanto deve essere qualificato come diritto umano³¹. A sostegno di tale argomentazione viene posta la cosiddetta "*cantilever's strategy*" di David Miller³², per cui l'esistenza di un diritto a muoversi all'interno degli Stati importa la consequenziale esistenza di una libertà di movimento "fra" Stati³³.

All'applicazione di tale strategia vengono mosse delle critiche, secondo cui l'esistenza di un diritto a muoversi liberamente all'interno di uno Stato non crea un'automatica estensione di tale diritto a livello infrastatale: tale analogia, infatti, non terrebbe in considerazione che la libertà di movimento all'interno dello Stato è una parte della costruzione politica e identitaria nazionale, ed essenzialmente ricondotta alla cittadinanza. Muovendo, però, dalla lettera dell'art. 13 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo (1948) per cui «*ognuno ha diritto alla libertà di movimento*», Carens afferma che tale diritto rientra tra quelli riferibili all'uomo e non al cittadino, in quanto non espressamente ed esclusivamente riferibile all'appartenenza ad una data comunità³⁴.

Per Carens, pertanto, la "*cantilever's strategy*" dimostra come la libertà di movimento sia un diritto umano essenziale per la vita di ciascun soggetto. Se è

³⁰ In senso contrario si afferma che, affinché le esigenze di uguaglianza vengano rispettate, non è necessario optare per i confini aperti, ma finanziare *in loco* i Paesi più poveri. Secondo Carens, però, non vi è alcuna garanzia che gli eventuali fondi inviati dai Paesi più ricchi a quelli più poveri siano una risorsa per ridurre le disuguaglianze e non divengano, invece, un mezzo per rendere ancora più difficoltose le condizioni all'interno di questi Stati (un esempio fra tutti, l'ipotesi in cui questi fondi alimentino la criminalità organizzata). Ancora, si afferma che i confini aperti più che diminuire le disuguaglianze potrebbero aumentarle, come nel caso della cosiddetta "fuga dei cervelli". Secondo Carens, però, tra le ipotesi per cui i Paesi più ricchi adottano delle politiche restrittive e si oppongono ai confini aperti non figurerebbe, difatti, la volontà di evitare un incremento delle disuguaglianze tra Stati, e pertanto tale critica non avrebbe alcun rilievo. Si v. J. Carens, *The Ethics of Immigration*, cit., p. 224 ss.

³¹ J. Carens, *The Ethics of Immigration*, cit., p. 236 ss.

³² Tale teoria viene analizzata da David Miller in *Is There a right to migrate?*, in modo più approfondito: S. Fine, L. Ypi (a cura di), *Migration in Political Theory: the ethics of movement and membership*, Oxford scholarship online, 2016, p. 30 ss.

³³ L'autore sottolinea come - ad oggi - esso non venga riconosciuto né dagli Stati, né da enti internazionali, benché l'art. 13 della Dichiarazione Universale dei diritti dell'Uomo (1948) stabilisce nella prima parte: «*Ognuno ha diritto alla libertà di movimento e di residenza entro i confini di ogni nazione*». Si v. J. Carens, *The ethics of Immigration*, cit., p. 238 ss.

³⁴ L'autore presenta l'esempio del diritto di voto tradizionalmente riferito ai soli cittadini, o a coloro che detengono un legame stabile con una data comunità. Al contempo siffatti requisiti non paiono, però, essere riferibili alla libertà di movimento tra Stati. Si v. J. Carens, *The ethics of Immigration*, cit., p. 242 ss.

pur vero che coloro che vivono in situazioni di estrema povertà non detengono né i mezzi, né le possibilità di muoversi e dunque non potrebbero esercitare tale diritto, tale eventualità non può essere considerata un discrimine al suo riconoscimento, in quanto il mancato godimento di un diritto non comporta il suo declassamento³⁵.

Al pari di altri diritti fondamentali, la libertà di movimento può subire delle limitazioni o può essere bilanciata con altri diritti, ma ciò non può corrispondere a controlli discrezionali e restrittivi nei confronti del fenomeno migratorio³⁶. I limiti in questione, infatti, sono circoscritti nel tempo e riguardano specifiche esigenze come la sicurezza nazionale, l'ordine pubblico, e il *welfare* dello Stato. La sicurezza nazionale e l'ordine pubblico operano come limite contingente in quanto applicabili nelle sole ipotesi in cui possa sussistere un pericolo alla sicurezza statale; inoltre, esse sono riferibili a specifici soggetti, ossia solo a coloro che possono considerarsi una minaccia a tale esigenza. Per quanto attiene invece alla terza ragione, ossia la salvaguardia del *welfare* statale, si pone in evidenza come l'apertura dei confini potrebbe portare un numero ingente di soggetti dai Paesi più poveri verso i Paesi più ricchi, e ciò potrebbe arrecare dei danni o dei costi maggiori per lo Stato. Anche in quest'ultimo caso, comunque, si tratta di una ragione eventuale perché riferita ad un dato contesto migratorio, e limitata all'eventualità in cui l'aumento del numero dei migranti possa rappresentare un potenziale danno per il sistema del *welfare* dello Stato³⁷. Per esempio, delle comunità delle medesime dimensioni e con un numero eguale di membri potrebbero pensare di attuare politiche migratorie restrittive al fine di garantire un livello minimo e soddisfacente di *welfare* che i flussi incontrollati non permetterebbero; anche in tale ipotesi, in ogni modo, ciò pare possibile solo se si tratta di comunità che condividono lo stesso grado di valori liberali³⁸. Tale ultimo elemento pare controverso nell'analisi di Carens, infatti, quando si parla di *open borders* tradizionalmente si pensa ad un mondo senza confini, e non ad un mondo dove i confini aperti operano solo per quegli Stati che fanno propri e condividono i principi delle democrazie liberali; una teoria dei confini aperti presuppone un mondo senza confini, e non un mondo nel quale taluni Stati, portatori di valori liberali, detengono l'obbligo di attuare politiche di apertura e gli altri invece, che non se ne fanno portatori, ne sono esenti³⁹.

³⁵ L'esempio presentato dall'autore è quello della libertà di manifestare il proprio pensiero che, indipendentemente dal suo esercizio, esiste e viene qualificata come libertà fondamentale. Si v. J. Carens, *The ethics of Immigration*, cit., p. 241.

³⁶ Si v. J. Carens, *The ethics of Immigration*, cit., p. 246 ss.

³⁷ J. Carens, *The ethics of Immigration*, cit., p. 276 ss.

³⁸ Cfr. C. Merilaender, *Liberalism and open borders: the argument of Joseph Carens*, cit., p. 12 ss.

³⁹ Tali critiche alla teoria di Carens vengono mosse da C. Merilaender, *Liberalism and open borders: the argument of Joseph Carens*, cit., p. 12 ss. Cfr. J. Carens, *A Reply to Meilaender*:

In conclusione, pare ora necessario presentare alcune critiche mosse alla teoria di Carens da Ryan Pevnick nel suo “ *Immigration and the Constraints of Justice*”. Secondo quest’ultimo, il diritto di muoversi liberamente tra Stati e il diritto di emigrare non sono di per sé dei diritti fondamentali, ma possono, in talune circostanze, acquisire la veste di strumento necessario per il perseguimento e l’ottenimento di beni e diritti fondamentali⁴⁰.

Per Pevnick i sostenitori degli *open borders* affermano l’esistenza di una simmetria tra il diritto di immigrare e quello di emigrare: se sussiste un generale diritto di muoversi liberamente ciò importa il diritto di poter emigrare. Egli, però, ci presenta un sillogismo differente: gli individui hanno diritto ad alcuni interessi morali, in taluni casi per garantirsi tali beni devono emigrare, consequenzialmente e in questi soli casi, esiste un diritto di muoversi liberamente tra Stati⁴¹. Infatti «*right of exit[...] isn’t a special case of a general right to free movement but instead justified instrumentally*»⁴², per cui gli individui devono avere il diritto di scappare dalla guerra, di ricercare condizioni di vita migliori ma ciò non importa un generale diritto di emigrare, in quanto ci si riferisce solo ad uno strumento per ottenere e proteggere libertà e diritti fondamentali.

Ancora, secondo la teoria di Carens, i confini aperti sarebbero uno strumento per ridurre le disuguaglianze, e per incrementare la produttività. Tali teorie, sostiene Pevnick, non tengono conto dell’importanza delle comunità politiche e dei cittadini nella produzione dei beni che, i sostenitori degli *open borders*, vorrebbero distribuire liberamente; inoltre, tali tesi potrebbero ledere l’autodeterminazione politica dei membri della comunità; la distinzione tra cittadini e stranieri con riferimento al diritto di accesso nel territorio non comporta ordinariamente delle situazioni di disuguaglianza, che – di contro – sono poste a sostegno delle tesi sugli *open borders*. Secondo l’autore, infatti, sono solo quattro i casi in cui situazioni ineguali possono essere considerate ingiuste. Il primo caso si riferisce all’ipotesi in cui i più poveri si trovino al di sotto della soglia minima di vita, mentre i più ricchi vivano in una condizione di ricchezza estrema. Questa situazione permetterebbe ai più poveri di emigrare in un altro Paese, ma tale possibilità non può essere posta a fondamento delle teorie degli *open borders*, in quanto è un fine che può essere perseguito senza una generale apertura dei confini. Ancora, un’altra ipotesi è quella delle cosiddette “ingiustizie storiche”, ossia situazioni di disuguaglianza che sono la conseguenza diretta delle azioni

Reconsidering Open Borders, in *The International Migration Review*, Vol. 33, No. 4, Winter, 1999), p. 1082 ss.

⁴⁰ R. Pevnick, *Immigration and the Control of Justice*, Cambridge University Press, 2011, p. 78 ss.

⁴¹ L’espressione inglese utilizzata dall’autore sembra essere più chiara e d’impatto, egli infatti parla di “*right of exit*”. Così, R. Pevnick, *Immigration and the Control of Justice*, cit., p. 97 ss.

⁴² Cfr., R. Pevnick, *Immigration and the Control of Justice*, cit., p. 100.

illegittime dei più ricchi (per esempio: la schiavitù, o l'utilizzo indiscriminato di risorse naturali etc.). In tal caso, secondo l'autore, i Paesi più ricchi ottengono un vantaggio dalle interazioni illegittime con quelli più poveri, per porre fine a tali relazioni sarebbe sufficiente una rettifica, l'invio di aiuti finanziari più che un'indiscriminata apertura dei confini. Un terzo caso riguarda le ingiustizie che acquistano tale veste in ragione degli effetti che producono: ci si riferisce alla necessità di garantire un *minimum* di uguaglianza nelle relazioni, per lo più politiche, sia a livello internazionale che interno. L'ultima eventualità riguarda la possibilità che la disuguaglianza riguardi una ingiusta parcellizzazione dei vantaggi derivanti dalla ripartizione di diritti, opportunità, *welfare*. Al di fuori di tali e specifici casi le differenti possibilità di accesso alle opportunità non corrisponderebbero a forme di ingiustizia⁴³.

Per Pevnick, dunque, le ragioni ordinariamente poste a sostegno e fondamento degli *open borders* non sono ragioni sufficienti per giustificare tali teorie, in quanto i medesimi risultati come il venir meno delle disuguaglianze, l'incremento della produttività potrebbero essere perseguiti anche senza una indiscriminata apertura dei confini⁴⁴.

2. *Le tesi dei "confini chiusi": le politiche restrittive (in materia migratoria) come strumento di difesa dell'identità nazionale. Il pensiero di Walzer.*

In "*Le sfere di giustizia*", Michael Walzer propone una teoria della giustizia distributiva, per cui ogni società giusta è fondata su una pluralità di beni sociali: tra questi, ai fini della nostra analisi, risulta essere di rilevante importanza l'"appartenenza" ad una comunità, ossia «*il bene più importante che distribuiamo tra noi*»⁴⁵.

Nell'analisi di Walzer le politiche restrittive trovano il loro fondamento nel diritto della comunità ad autodeterminarsi. L'ammissione e l'esclusione costituiscono il fulcro della sua indipendenza, e rappresentano il carattere più forte ed evidente della sua autodeterminazione.

Il diritto all'autodeterminazione e il diritto di attuare politiche restrittive incontrano però alcuni limiti. In primo luogo, i soggetti hanno un obbligo di assistenza l'uno nei confronti dell'altro⁴⁶. Vi sono poi dei soggetti per i quali

⁴³ Cfr. R. Pevnick, *Immigration and the Control of Justice*, cit., p.118 ss.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ M. Walzer, *Le sfere di giustizia*, Feltrinelli, Milano 1987, p. 41.

⁴⁶ Si tratta di «*persone nei cui confronti abbiamo un obbligo di aiuto-reciproco*». Il concetto di aiuto reciproco appartiene a J. Rawls e viene citato da Walzer per affermare che esso è

l'aiuto richiesto non può consistere in una mera assistenza, in quanto il bene sociale di cui questi necessitano è l'appartenenza: si tratta dei profughi, cioè persone che, se non venissero accolte, sarebbero sottoposte a torture, perseguitate o uccise⁴⁷. In secondo luogo, sussiste un obbligo di ammissione come residenti o partecipanti alla comunità per coloro che operano come lavoratori ospiti, cioè soggetti chiamati tendenzialmente a svolgere i lavori che i membri della comunità non vogliono svolgere⁴⁸. Infine, le comunità o gli Stati non possono escludere o espellere quegli individui che vivono nei territori anche se vengono considerati come stranieri dalla popolazione della comunità.

Pur riconoscendo tali limiti, l'autore afferma che l'immigrazione è al contempo scelta politica e obbligo morale, e le politiche restrittive in tale materia trovano la loro *ratio* nella necessità di tutelare, salvaguardare la propria identità e cultura. L'appartenenza di una comunità ad un dato territorio è data dal sentimento patriottico, dal radicamento che essa sente verso di esso, verso una data tradizione e cultura. Se si assume la particolarità della cultura e dell'identità come un valore allora, sostiene l'autore, l'unica via per proteggerlo è la chiusura, il controllo e in taluni casi, se necessario, il freno dei flussi migratori.

Una visione così restrittiva opera, però, sulla base di una "asimmetria morale"⁴⁹, ossia con riguardo alla materia dell'immigrazione e non all'emigrazione, «[...] il fatto che un individuo abbia il diritto di lasciare il proprio paese non dà luogo al diritto di entrare in un altro paese (in nessun altro)»⁵⁰. Le politiche restrittive in materia di immigrazione, infatti, hanno come fondamento la necessità di tutelare il benessere, la cultura e l'identità dello Stato, visti come elementi fondanti dell'appartenenza; se le medesime politiche, invece, venissero

un principio esterno di distribuzione dell'appartenenza, che prescinde dal concetto di adesione ad una comunità. Per funzionare correttamente tale principio necessita, secondo l'autore, di una totale indifferenza, di un'assenza di adesione da parte di tutti a qualsivoglia comunità, tutti i soggetti sono estranei l'uno all'altro. L'appartenenza, nella teoria della giustizia distributiva di Walzer, è un bene sociale che è costituito dalla percezione che il singolo ha dello stesso, dai suoi rapporti, dal lavoro etc. Così M. Walzer, *Le sfere di giustizia*, cit., p. 43.

⁴⁷ L'autore afferma che l'obbligo morale diviene maggiore quando si tratta di soggetti che lo Stato stesso ha contribuito a rendere profughi: cfr. M. Walzer, *Le sfere di giustizia*, cit., p. 57.

⁴⁸ M. Walzer, *Le sfere di giustizia*, cit., p. 61.

⁴⁹ L'asimmetria morale tra emigrazione e immigrazione viene criticata da S. Benhabib su due piani. Il primo, meramente pragmatico, in forza del quale nel momento in cui sussiste un diritto a lasciare il proprio territorio, ciò implica che il soggetto giunga in un altro territorio (posto che ogni Stato nazione esercita la propria sovranità su un dato territorio). Sul secondo piano, ancora, si afferma che un diritto all'uscita dal territorio esiste solo nel momento in cui si riconosce un diritto all'ammissione. L'ammissione, nell'analisi dell'autrice, viene tenuta distinta dall'appartenenza e dalla cittadinanza, la prima – infatti – non importa automaticamente la seconda, ma implica un dovere morale di conoscere se e come si possa divenire membri, si possa divenire residenti, si possa ottenere lo status di rifugiati. Sul punto si v. S Benhabib, *La rivendicazione dell'identità culturale*, Il Mulino, Bologna 2005, p. 224 ss.

⁵⁰ M. Walzer, *Le sfere di giustizia*, cit., p. 49.

attuare sull'emigrazione, sulla possibilità di uscire dal proprio Paese, esse acquisirebbero il carattere di politiche meramente coercitive, in quanto, in quest'ultimo caso, non sussiste una comunità da difendere, nessun valore identitario da tutelare.

Dunque, i limiti all'ammissione nel territorio hanno come fondamento la tutela del popolo, della sua identità e della sua particolarità, in quanto l'immigrazione impatterebbe in senso negativo sulla cultura nazionale. A sostegno di tali tesi, l'autore compara lo Stato a tre strutture: il vicinato, i circoli (club) e le famiglie (nazionali).

I vicinati sono delle associazioni in cui gli estranei possono essere benvenuti o meno, ma in essi non sussiste alcun genere di politiche di ammissione. Per Walzer la struttura del vicinato non è compatibile con quella dello Stato, infatti se si optasse per un "mondo di vicinati" si avrebbero delle comunità di estranei nei quali non sussiste né alcuna appartenenza, né alcun radicamento, né alcuna politica di ammissione ed esclusione. Questi elementi sono la colonna portante di uno Stato, gli attributi più forti ed evidenti di quella che noi definiremo come sovranità statale. L'idea di una politica migratoria aperta e caratterizzata da Stati senza confini viene, pertanto, rigettata in quanto «*abbattere le mura dello Stato non significa [...] creare un mondo senza mura, ma creare mille piccole fortezze*»⁵¹. Secondo l'autore, infatti, se il mondo fosse costituito da soli vicinati essi, verosimilmente, diventerebbero a loro volta degli Stati e si organizzerebbero al fine di difendere il proprio territorio e la politica locale. L'esistenza di vicinati liberi è dunque possibile solo se gli Stati sono chiusi, se sussiste una struttura statale capace di farsi garante della libertà, dell'autodeterminazione dei soggetti che ne fanno parte⁵².

La seconda comparazione che viene offerta è quella tra Stato e circoli. In tale caso l'analogia risulterebbe essere più forte: anche i circoli, al pari degli Stati, stabiliscono dei requisiti di ammissione ed esclusione (quantità numeriche per esempio); i circoli, dunque, detengono «*potere sovrano sui loro processi di selezione*»⁵³. Alla base delle scelte di ammissione o di esclusione vi sono delle visioni politiche chiare: lo Stato decide quale comunità creare per i propri cittadini, e con quali soggetti far sì che questi ultimi condividano i beni sociali; in egual modo anche i circoli, pur se in una dimensione ridotta, pongono nei propri requisiti di ammissione tali obiettivi, i quali detengono un carattere definitivo e sono – al contempo – espressione di autorità⁵⁴. Tale considerazione di diritto

⁵¹ M. Walzer, *Le sfere di giustizia*, cit., p. 46 ss.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ M. Walzer, *Le sfere di giustizia*, cit., p. 50.

⁵⁴ Tale analogia viene ampiamente criticata da Carens. Egli, infatti, sostiene che nel comparare gli stati ai circoli, Walzer sovrappone due sfere distinte: quella privata e quella pubblica. C'è infatti una profonda tensione tra il diritto alla libertà dell'associazione e il diritto al trattamento eguale. La considerazione per cui ogni singolo circolo ha la possibilità di ammettere, o

opera sul piano ideale, senza valutare come all'interno delle comunità politiche attuali rilevanti l'elemento morale: i cittadini spesso volte si sentono moralmente obbligati ad accogliere una certa categoria di soggetti, nazionalmente o etnicamente affini, cioè coloro che non fanno parte della famiglia, ma che vengono considerati affini. L'esempio che ci presenta l'autore è quello delle famiglie londinesi che, durante i bombardamenti tedeschi in Inghilterra, accolsero i bambini delle campagne⁵⁵. Esso viene definito come principio di "consanguineità", per cui tra gli immigrati si dà prevalenza ai parenti dei cittadini. In altri Paesi tale principio lascia spazio a quello di "nazionalità", per cui lo Stato può accogliere, in momenti difficili, i membri della nazione indipendentemente dal fatto che si tratti o meno di cittadini della stessa. In tal senso sono molteplici gli esempi offerti dall'autore: in via esemplificativa, si cita il caso delle due Germanie che, dopo il secondo conflitto mondiale, accolsero i tedeschi espulsi dalla Polonia e dalla Cecoslovacchia⁵⁶. In quest'ultimo caso, lo Stato viene concepito come una famiglia "nazionale" e l'ammissione è determinata dal carattere nazionale e dall'appartenenza, indipendentemente dalla residenza, dalla madre patria.

Dunque sia i circoli che le famiglie "nazionali" hanno degli elementi di forte corrispondenza con gli Stati, ma in entrambi i casi è assente un elemento che contraddistingue questi ultimi, ossia la giurisdizione sul territorio, coloro che vi abitano hanno il diritto ad essere protetti dallo Stato. La giurisdizione territoriale deriva dal cosiddetto "diritto di territorio"⁵⁷. Esso ha sia una dimensione individuale che collettiva, ma nell'ipotesi di contrasto tra le due, è la seconda a prevalere. Il diritto di territorio è un elemento fondante dell'appartenenza, in quanto «*il legame fra la gente e la terra è una caratteristica cruciale dell'identità nazionale*»⁵⁸.

Per tale ragione le politiche di ammissione ed esclusione, esercitate tramite la giurisdizione territoriale, sono la massima espressione dell'autodeterminazione, permettendo la conservazione della comunità e della sua identità⁵⁹. Esse sono al contempo scelte politiche e obblighi morali: l'immigrazione, infatti, è determinata da decisioni interne e dal principio dell'aiuto reciproco, ossia quel principio in

di escludere qualsiasi soggetto sulla base di qualsivoglia criterio, non può rappresentare un'analogia rispetto ai criteri di ammissione degli Stati: la sfera privata e quella pubblica operano, infatti, su piani diversi. Sul punto J. Carens, *Aliens and citizens*, cit., p. 267 ss.

⁵⁵ Così M. Walzer, *Le sfere di giustizia*, cit., p. 50 ss.

⁵⁶ M. Walzer, *Le sfere di giustizia*, cit., p. 50 ss.

⁵⁷ Hobbes individua tra i diritti conservati alla stipula del contratto sociale, oltre al diritto alla autodifesa, all'uso del fuoco, anche il diritto di un luogo per vivere: non come di un diritto ad un luogo specifico, bensì come un diritto da esercitarsi contro lo Stato per ottenere protezione. Si v. M. Walzer, *Le sfere di giustizia*, cit., p. 52.

⁵⁸ M. Walzer, *Le sfere di giustizia*, cit., p. 53.

⁵⁹ Per un'analisi più dettagliata, si rimanda a J. Carens, *Aliens and citizens*, cit., p. 267 ss.

forza del quale, sulla base di un obbligo di carattere morale, il soggetto è portato ad offrire aiuto all'estraneo che si trovi in situazioni di difficoltà⁶⁰.

Per Walzer, dunque, così come le comunità politiche necessitano di una comune visione, lo Stato necessita di una comune identità nazionale. Quest'ultima può essere difesa anche attraverso l'attuazione di politiche restrittive che determinino il volume degli ingressi e ne permettano la salvaguardia; nella sua teoria della giustizia distributiva, infatti, tra i beni sociali figura il diritto di appartenenza, che attraverso le politiche di chiusura garantisce l'esistenza di una comunità con un proprio carattere, che si sente parte di una collettività determinata. Infatti, solo in quanto parte di una comunità i soggetti possono ambire a tutti gli altri beni sociali quali - fra tutti - la sicurezza.

In senso critico rispetto a tale orientamento, si pone Carens che afferma che la tutela della particolarità di una comunità, della sua identità, non è sufficiente a giustificare politiche di stampo restrittivo, in quanto i soggetti non possono obbligare altri ad accettare le proprie visioni e, al contempo, devono essere capaci di aprirsi ad altre culture. Inoltre, - come già mostrato nei paragrafi precedenti - sono le politiche dei confini aperti quelle maggiormente corrispondenti ai principi delle democrazie liberali⁶¹. A tali critiche si aggiungono quelle mosse da Cole nel suo "*Philosophies of Exclusion*": da un lato, per quanto attiene al concetto di comunità e ai modelli ai quali lo Stato viene comparato (vicinati, circoli e famiglie); e dall'altro, per ciò che concerne il principio di autodeterminazione, ossia la possibilità per i membri di una comunità di determinare le regole di ammissione di soggetti esterni⁶².

Per comprendere le critiche mosse da Cole, è necessario rammentare il concetto di comunità che viene presentato da Walzer e il principio in forza del quale i suoi membri, al fine di salvaguardare la propria identità nazionale, possono attuare politiche restrittive in materia migratoria. Quest'ultimi hanno il diritto di determinare le regole per l'adesione; secondo Cole, invece, nel momento in cui si diviene parte di una comunità, i soggetti sono sì vincolati al rispetto delle regole di ammissioni, ma tale vincolo non opera automaticamente per coloro che decideranno di aderirvi in futuro, in quanto le regole nel tempo possono mutare o risultare ingiuste⁶³.

Per capire appieno tali riflessioni, Cole formula una critica alle analogie presentate da Walzer tra Stato, circoli, famiglia e vicinati.

⁶⁰ M. Walzer, *Le sfere di giustizia*, cit., p.70.

⁶¹ In modo più approfondito si veda J. Carens, *Aliens and citizens*, cit., p. 267 ss.

⁶² P. Cole, *The philosophies of Exclusion*, Edinburgh University Press, 2000, p. 60 ss.

⁶³ Infatti, lo Stato di per sé non è mai determinato e tutte le "adesioni" sono originarie, inoltre se le regole di ammissione dei membri risultano ingiuste o immorali (l'esempio proposto è quello dell'ammissione sulla base della razza) non vi sono ragioni per cui esse debbano essere applicate anche ai possibili membri in futuro. Si v. P. Cole, *The philosophies of Exclusion*, cit., p. 65 ss.

In primo luogo le assonanze tra i circoli e lo Stato presentate nelle “Le sfere di Giustizia” vengono rigettate in quanto riferibili ad un solo modello di comunità. In realtà, prosegue l’autore, i modelli di comunità esistenti sono molteplici e le forme di adesione differenti: una prima, dove l’ammissione è determinata dai membri; una seconda dove, invece, essa è determinata da coloro che richiedono di farvi parte; una terza che nasce da una negoziazione tra questi due diversi soggetti; e infine un’ultima, per cui l’appartenenza ad una data comunità dipende da fattori esterni e non controllabili. Il primo di questi modelli sembra coincidere con i circoli a cui si fa riferimento ne “Le sfere di giustizia”, il secondo con i vicinati, e l’ultimo con la famiglia. Cole rileva come Walzer non prenda in considerazione la terza tipologia, né l’ipotesi per cui le modalità di ammissione possano nascere da una commistione tra tutti i modelli presentati. Ciò fa sì, sostiene Cole, che l’analogia tra Stato e circoli sia limitante in quanto fondata esclusivamente sulla concezione per cui le comunità politiche, così come i circoli, determinano le politiche di ammissione dei propri membri. Quindi se si assume che i club, poiché possono limitare le loro adesioni per perseguire i propri obiettivi e le proprie finalità, rappresentano un modello per lo Stato per quanto riguarda il controllo dell’immigrazione; non vi è ragione per cui porre, alla base di tale potere, la difesa dell’identità nazionale. Infatti tale elemento, che è fondamento delle politiche restrittive, non risulta essere determinante né rilevante per perseguire i fini dei club. L’affinità tra Stati e circoli – prosegue Cole - non sussiste in quanto non tutti i club detengono la possibilità di scelta dei propri membri, e di contro, il potere di ammissione ed inclusione che detiene lo Stato esiste indipendentemente dalla sua similarità con il modello presentato⁶⁴.

La seconda analogia presentata da Walzer è quella tra Stato e famiglie. Gli Stati sono affini alle famiglie in quanto, come quest’ultime, sono portati ad instaurare relazioni con soggetti “estranei”. E qui che compare il principio di consanguineità: lo Stato se è chiamato a scegliere chi aiutare tra due gruppi di rifugiati potrà supportare il gruppo più affine dal punto di vista etnico e culturale. Tale assunto secondo Cole non può essere accettato in quanto si fonda su motivazioni ideologiche in contrasto con una giustificazione di natura liberale⁶⁵.

La terza analogia di Walzer è quella con i vicinati. Egli sostiene che l’esistenza di vicinati aperti è possibile solo se i confini dello Stato sono chiusi, in quanto ciò permette, grazie alle politiche restrittive, di preservare l’identità e la cultura condivisa e di salvaguardare la libertà dei membri e il *welfare* dello Stato. Se i confini dello Stato fossero aperti, di contro, sarebbero i vicinati a chiudersi per salvaguardare la propria identità. Cole, di fatto, sostiene che tali argomentazioni crollano di fronte al modello di Stato regionale. Sussistono, infatti, numerosi Stati con strutture e organizzazioni regionali dotate di propri

⁶⁴ P. Cole, *The philosophies of Exclusion*, cit., p. 70 ss.

⁶⁵ P. Cole, *The philosophies of Exclusion*, cit., p. 67 ss.

confini che operano in modo affine ai vicinati descritti da Walzer. In tale modello di Stato ciascuna regione o provincia detiene dei propri confini e spesso una forte identità, indipendente dalla sussistenza o meno di confini chiusi a livello statale. Pertanto, conclude l'autore, la tesi per cui i confini chiusi sono necessari per salvaguardare l'identità nazionale e il *welfare* dello Stato non trova, nel paragone con i vicinati, alcun argomento né in senso favorevole, né in senso contrario.

Un ulteriore elemento oggetto di critiche da parte di Cole è il principio di autodeterminazione. Secondo Walzer, infatti, le comunità politiche hanno la capacità di autodeterminarsi finalizzata a difendere e preservare la identità nazionale. Tale potere, sostiene Walzer, non può però tradursi in politiche che non tengano conto della multiethnicità e delle situazioni di necessità in cui si trovano taluni soggetti; in tal senso egli fornisce due esempi di irragionevole ed erronea applicazione di tale principio⁶⁶.

Il primo è la politica restrittiva americana attuata nel 1920 e volta a preservare la cultura protestante americana. Le limitazioni all'immigrazione volte a tutelare la popolazione protestante non erano ragionevoli poiché la società americana è di per se eterogenea e multiculturale; in tal caso il principio di autodeterminazione veniva – secondo Walzer - applicato in modo irragionevole. Il secondo esempio riguarda la politica australiana improntata all'esclusione della popolazione aborigena, essa viene da Walzer criticata in quanto, in un territorio vasto ed ampio come quello australiano, non vi erano ragioni giustificanti l'esclusione di soggetti che si trovavano in una condizione di necessità. Infatti, ciò che è alla base del controllo e delle limitazioni all'immigrazione è la salvaguardia della identità che nell'aiutare dei soggetti in difficoltà – prosegue Walzer – non verrebbe intaccata⁶⁷. Pertanto l'applicazione del principio di autodeterminazione è ragionevole solo se giustificata dalla necessità di salvaguardare il comune sentire. Cole, però, mette in evidenza come la critica dell'autore verso tali politiche sia limitata ai soggetti in situazioni di necessità e non invece a soggetti, non bisognosi, che vogliono entrare a far parte della comunità. Pertanto, continua Cole, da un lato Walzer critica le politiche restrittive di una società multiculturale come quella americana che – perseguendo una falsa identità nazionale – vuole imporre un'unica appartenenza culturale; dall'altro, però, giustifica le politiche di una società monoculturale volte a limitare la pluralità, attraverso le restrizioni all'immigrazione⁶⁸.

In conclusione, per Cole le politiche restrittive legittimate dalla necessità di difendere l'identità nazionale, non sono rispettose dell'uguaglianza morale che deve sussistere non solo tra i cittadini ma verso tutti i soggetti. Se, infatti, alla base

⁶⁶ P. Cole, *The philosophies of Exclusion*, cit., p. 77 ss.

⁶⁷ Per un'analisi più approfondita si v. M. Walzer, *Le sfere di giustizia*, cit., p. 46 ss.

⁶⁸ P. Cole, *The philosophies of Exclusion*, cit., p. 76 ss.

di ogni democrazia liberale vi è tale uguaglianza, le politiche restrittive, per poter essere giustificate, devono essere rispettose di questo principio⁶⁹.

3. Il bilanciamento tra regolamentazione dei flussi e tutela dei diritti fondamentali: «controlled borders and open doors».

Una terza tesi, infine, pare collocarsi in una via intermedia rispetto alle precedenti. Se da un lato, la teoria dei confini aperti, nella sua visione della giustizia retributiva e della parità di opportunità dei soggetti non prende in considerazione le differenze culturali, sociali ed economiche esistenti tra soggetti provenienti da luoghi diversi; inoltre, nell'ipotizzare un mondo senza confini, si riferisce solo a quegli Stati che fanno propri i principi democratici, limitandone l'applicazione alle sole democrazie liberali. Dall'altro, le teorie restrittive, nel perseguire le finalità securitarie e di salvaguardia dell'identità culturale, giungono a limitare e a frenare i flussi migratori a tutela degli ipotetici interessi dei membri della comunità, così ledendo i diritti fondamentali dei soggetti che tentano di migrare.

Entrambe le tesi, dunque, sembrano polarizzarsi verso fini – quello della tutela della libertà di migrare in un caso e quello della sicurezza - che più che escludersi l'uno con l'altro, o apparire in contrapposizione, paiono complementari e parimenti rilevanti. Invece, secondo una terza tesi, sintetizzabile nella formula americana: «*controlled borders and open doors*», gli Stati devono aprire le proprie porte e permettere l'ingresso dei soggetti, ma al contempo possono limitare tale ingresso per talune e specifiche ragioni, nel rispetto dei diritti fondamentali⁷⁰. Il controllo pertanto esiste, ma non è assoluto, è qualificato e limitato da valori umanitari e democratici, non deve tradursi in politiche securitarie e restrittive, e deve essere attuato nel rispetto dei diritti fondamentali⁷¹.

⁶⁹ Cole si rifà al pensiero di Carens il quale sostiene che ogni democrazia liberale fa propri dei principi, quali l'uguaglianza tra tutti i soggetti, che nell'attuazione di politiche restrittive non verrebbero rispettati. Cfr. P. Cole, *The philosophies of Exclusion*, cit., p. 81; v. *supra*, par. 1.

⁷⁰ Tra le critiche rivolte a tale teoria vi sarebbe quella per cui essa abbraccerebbe principi che muovono in direzioni opposte: l'etica dei membri dello Stato e quella dell'universalismo. Nel primo caso sussiste un obbligo speciale per coloro che si trovano nel territorio, nel secondo, invece, un obbligo esistente verso tutti gli esseri umani. Benché la tensione tra queste due finalità non possa essere eliminata, essa va ridotta e gestita riconoscendo e perseguendo tali obblighi; entrambe le finalità, infatti, devono essere – secondo l'autrice – perseguite. Si v. S. Song, *Immigration and Democracy*, Oxford University Press, 2018, p. 189 ss.

⁷¹ Tra le critiche mosse alle due tesi vi sono quelle presentate da S. Song. Gli *open borders*, infatti, non eliminerebbero le disuguaglianze esistenti tra soggetti che risiedono in parti del mondo diverso, in quanto i confini aperti non sono né sufficienti, né necessari per creare una

Se da un lato, infatti, sussiste un obbligo morale di ammissione dei rifugiati o di soggetti che si trovano in condizioni di necessità, dall'altro, dei criteri e requisiti di ammissione possono essere definiti e tipicizzati. Ciò non si traduce in politiche di chiusura, restrittive e limitanti del fenomeno migratorio, ma in una spinta verso una politica di gestione del fenomeno. A sostegno di tale visione si pongono le riflessioni di Benhabib e di Arendt, che qualificano il diritto d'asilo come un diritto di confine tra sovranità statale e diritti fondamentali⁷².

Nell'ordinamento italiano sono l'art. 10, commi 2 e 3, e l'art. 2 Cost. ad esprimere in modo chiaro il *favor* dell'assemblea costituente per questo approccio mediano. Se è vero, infatti, che la lettera dell'art. 3 comma 1 Cost. restringe il principio di uguaglianza ai soli cittadini, e sembra quindi abilitare la legge a differenziare cittadino e straniero nella regolazione delle situazioni giuridiche soggettive, è altresì vero il comma 2 dell'art. 10 Cost., riserva alla legge la disciplina della condizione giuridica dello straniero in conformità delle norme e dei trattati internazionali. Inoltre dall'art. 2 Cost., per cui «*La Repubblica garantisce i diritti inviolabili dell'uomo*» si evince che i diritti costituzionali inviolabili o fondamentali sono propri anche dello straniero⁷³. Infine il comma 3 dell'art. 10 riconosce il diritto di asilo costituzionale da cui discende un diritto all'ingresso e il soggiorno nel territorio per colui che subisce una limitazione o privazione della libertà nel proprio Paese⁷⁴. In tale quadro, una concreta applicazione di tale tesi, volta a contemperare esigenze di legalità e di sicurezza con la tutela e la garanzia dei diritti fondamentali, pare essere l'esperienza italiana dei cosiddetti "corridoi umanitari"⁷⁵.

3.1. Il diritto d'asilo come "diritto di confine" tra sovranità statale e tutela dei diritti umani.

Un elemento fondante delle democrazie liberali è il bilanciamento tra la tutela dei diritti fondamentali e l'espressione della sovranità statale. Questo necessario contemperamento spesse volte, però, si traduce in una tensione, che si

parità di opportunità tra soggetti. Infatti, le politiche migratorie sono uno strumento attraverso cui adempiere all'obbligo gravante nei confronti di tali soggetti, sussistendo la possibilità di creare opportunità di crescita e opportunità nei Paesi di origine. Di contro, le politiche restrittive essenzialmente focalizzate nell'esigenza di tutelare gli interessi dei membri di una data comunità, prevedendo politiche securitarie e di "non entrée", aggirano completamente l'esigenza di tutela e salvaguardia dei diritti fondamentali di coloro che non sono membri della comunità. Per un'analisi più dettagliata su tali questioni si rimanda a S. Song, *Immigration and democracy*, cit., p. 78 ss.

⁷² *Infra*, par. 3.1.

⁷³ *Infra*, cap. 2, par. 1.

⁷⁴ *Infra*, cap. 2, par. 5.

⁷⁵ *Infra*, cap. 3.2.

palesa in modo più marcato per quanto attiene alla materia migratoria, all'ingresso nel territorio degli stranieri e di coloro che chiedono rifugio.

Secondo Seyla Benhabib, infatti, l'essenza della sovranità statale è il controllo e la protezione dei propri confini, il potere di definire le politiche in materia migratoria, di tracciare – attraverso provvedimenti che limitano o stabiliscono delle condizioni per l'ingresso – il confine tra il “noi” e il loro”⁷⁶ in un determinato territorio. Il concetto di potere sovrano su una porzione di territorio determinato, tipico del modello westfaliano di sovranità statale, entra però in crisi con l'avvento della globalizzazione e di tutti quei processi in forza dei quali porzioni di potere si muovono verso centri sovrastatali. Nell'ambito delle politiche migratorie ciò risulta essere particolarmente evidente, ed è in tale campo che si palesa una forte incongruenza: da un lato vi sono delle norme di diritto sovranazionale sui diritti umani; dall'altro vi è il monopolio statale in materia migratoria, le rivendicazioni statali all'esercizio del potere di controllo, di protezione dei confini e del proprio territorio⁷⁷.

Nella dichiarazione universale dei diritti umani del 1948 agli artt. 13 e 14⁷⁸ si riconosce un generale diritto di emigrare, ma non di immigrare, e nulla si stabilisce rispetto a un eventuale obbligo, gravante sugli Stati, di garantire l'accesso dei migranti. Un discorso affine, prosegue l'autrice, si potrebbe formulare con riferimento alla convenzione di Ginevra del 1951 sullo *status* dei rifugiati⁷⁹. In entrambi i documenti pare evidente la tensione poc'anzi descritta: da una parte, vi sono delle norme di diritto internazionale che stabiliscono che la materia migratoria non è più mera competenza statale e riconoscono dei diritti fondamentali, dall'altra – queste stesse norme – non sancendo specifici obblighi nei confronti degli Stati, garantiscono un'ampia prerogativa statale in tale materia.

Gli Stati, pertanto, sulla base di un «doppio vincolo»⁸⁰, si dovrebbero muovere in armonia tra due principi: l'autodeterminazione statale e la garanzia dei diritti fondamentali. Secondo l'autrice, la difficoltà nel mantenere tale ponderazione pare emergere nel caso dell'Unione Europea, la quale, sembra sempre più «*evocata per segnare un nuovo complesso di confini*»⁸¹: si tende alla costruzione della “Fortezza Europa” senza però tenere in conto che alla base delle

⁷⁶ S. Benhabib, *La rivendicazione dell'identità culturale. Eguaglianza e diversità nell'era globale*, Il Mulino, Bologna, 2005, p. 197 ss.

⁷⁷ S. Benhabib, *I diritti degli altri*, Raffaele Cortina Editore, Milano, 2006, p. 8 ss.

⁷⁸ Art 13.1 «Ogni individuo ha diritto alla libertà di movimento e di residenza entro i confini di ogni Stato. 2. Ogni individuo ha diritto di lasciare qualsiasi paese, incluso il proprio, e di ritornare nel proprio paese».

Art. 14.1 «Ogni individuo ha il diritto di cercare e di godere in altri paesi asilo dalle persecuzioni. 2. Questo diritto non potrà essere invocato qualora l'individuo sia realmente ricercato per reati non politici o per azioni contrarie ai fini e ai principi delle Nazioni Unite».

⁷⁹ S. Benhabib, *I diritti degli altri*, cit., p. 8 ss.

⁸⁰ S. Benhabib, *I diritti degli altri*, cit., p. 2.

⁸¹ S. Benhabib, *Le rivendicazioni dell'identità culturale*, cit., p. 201.

democrazie liberali vi è la porosità dei confini che permette l'ingresso, in date condizioni, di altri soggetti⁸². Pur nel processo di europeizzazione della migrazione nessuno Paese perde, o può perdere il potere di stabilire le proprie politiche migratorie, ma questo non può non avere limiti, deve incontrare nel suo esercizio l'argine del rispetto dei diritti umani. Per tale ragione, sostiene Benhabib, non vi sono condizioni legittime per cui uno Stato possa chiudere le proprie frontiere: le politiche di ingresso possono essere limitate sia qualitativamente che quantitativamente, ma non sono giustificabili delle politiche di chiusura totale⁸³. Il limite, ancora una volta ribadisce Benhabib, è quello del rispetto dei diritti fondamentali: «*le democrazie liberali hanno sempre l'onere, allorché vigilano sui propri confini, di dimostrare che i modi in cui mettono in atto la propria vigilanza non violano i diritti fondamentali*»⁸⁴.

Lo Stato, di contro, non ha l'obbligo di accogliere tutti i soggetti, ma ha l'obbligo di valutare individualmente e separatamente le richieste; pertanto il diritto fondamentale all'entrata e all'uscita non detiene forza coercitiva, ma opera come rivendicazione morale⁸⁵. Il necessario temperamento, dunque, è tra le esigenze di esercitare il proprio potere all'autodeterminazione, di controllo quantitativo e qualitativo degli ingressi nel rispetto dei vincoli posti dalle norme sovranazionali e internazionali concernenti i diritti umani. Il principio che dovrebbe guidare questa armonizzazione è quello della giusta appartenenza: il riconoscimento del diritto morale dei rifugiati e dei richiedenti asilo al primo ingresso, la presenza di confini porosi e il riconoscimento del "diritto ad avere

⁸² S. Benhabib, *Le rivendicazioni dell'identità culturale*, cit., p. 201 ss. All'interno dell'Unione Europea si presenta una doppia condizione di straniero: colui che è straniero ma cittadino di uno Stato membro dell'UE e chi è straniero e cittadino di un Paese terzo. I primi, coloro che risiedono in un paese UE diverso da quello di origine, esercitano nello Stato tutti i diritti; i secondi, invece, pur essendo residenti e essendo nati e cresciuti in tale Stato, non possono esercitare i diritti tradizionalmente riconosciuti ai cittadini.

⁸³ S. Benhabib, *Le rivendicazioni dell'identità culturale*, cit., p. 222 ss.

⁸⁴ S. Benhabib, *Le rivendicazioni dell'identità culturale*, cit., p. 223.

⁸⁵ Tali analisi paiono riportarci al diritto di ospitalità kantiano il quale, frutto di un accordo, è un privilegio che volontariamente il sovrano accorda agli stranieri che si trovano nel suo territorio; tale richiesta non può essere rifiutata, fatta eccezione per i casi in cui ciò possa arrecare danno al soggetto, al contempo il rispetto di tale diritto non può essere imposto giuridicamente. Si tratta, infatti, di un'obbligazione che il sovrano assume volontariamente, di un obbligo morale condizionale che può venir meno a date condizioni. La comparazione con il diritto d'asilo pare, pertanto, più che puntuale. I quesiti posti, infatti, restano gli stessi: ci si interroga sulla possibilità di negare l'asilo o l'ingresso nel territorio quando ciò possa arrecare danno all'identità culturale di un popolo e quando possa arrecare danno alla sicurezza. Nel suo saggio "*Per la pace perpetua*", Kant individua tre principi che possono rendere possibili la pace perpetua: il primo è riferito al diritto interno «*In ogni Stato la costituzione civile deve essere repubblicana*», il secondo si riferisce al diritto internazionale «*il diritto internazionale deve essere fondato su una federalismo di liberi Stati*» il terzo dei quali è l'ospitalità: «*Il diritto cosmopolitico deve essere limitato alle condizioni di una ospitalità universale.*». I. Kant, *Per la pace perpetua*, Feltrinelli, Milano, 2013, p. 3 ss; Sul punto si v. S. Benhabib, *I diritti degli altri*, cit., p. 21 ss.

diritti”⁸⁶. Tale nota formula arenditana⁸⁷ si riferisce al diritto ad essere parte di una comunità politica, a detenere uno status giuridico. Hannah Arendt mette in luce come la perdita della patria rappresenta l’espulsione dall’umanità stessa, in quanto è la perdita di una comunità che sia capace di garantire i diritti ad escludere il soggetto dalla comunità, a privarlo della propria dignità umana. Nel saggio “*Le origini del totalitarismo*”, nell’affrontare la crisi dei diritti fondamentali, Arendt analizza un fenomeno verificatosi nel periodo intercorrente tra i due conflitti mondiali, ossia la apolidia, in quanto vi erano gruppi di soggetti che, abbandonata la propria patria, non trovavano accoglienza in nessun altro luogo. In tale periodo è nato un fenomeno nuovo, ossia l’impossibilità di trovare una Paese, un luogo che «*dia alle opinioni un peso alle azioni un effetto*»⁸⁸.

⁸⁶ S. Benhabib, *I diritti degli altri*, cit., p. 3. Nell’espressione “diritto ad avere diritti” il termine “diritto” è utilizzato in due accezioni. La prima si riferisce all’appartenenza, ossia diritto come un imperativo morale rivolto alla comunità affinché tale appartenenza venga riconosciuta; la seconda accezione, invece, è quella giuridico-civile, una struttura triangolare tra il soggetto titolare del diritto, i consociati che detengono il dovere di rispettare tale diritto, e l’organismo giuridico (per esempio: lo Stato) chiamato a garantirne il rispetto. Si v. s. Benhabib, *I diritti degli altri*, cit., p. 44 ss.

⁸⁷ «*Ci siamo accorti dell’esistenza di un diritto ad avere diritti (e ciò significa vivere in una struttura in cui si è giudicati per le proprie azioni e opinioni) solo quando sono comparsi milioni di individui che lo avevano perso e non potevano riacquistarlo a causa della nuova organizzazione globale del mondo [...]. Quindi, non la perdita di specifici diritti, ma la perdita di una comunità disposta e capace di garantire qualsiasi diritto è stata la sventura che si è abbattuta su un numero crescente di persone. L’individuo può perdere tutti i cosiddetti diritti umani senza perdere la sua qualifica essenziale di uomo, la sua dignità umana. Soltanto la perdita di una comunità politica lo esclude dall’umanità*». Arendt mette in luce come la perdita della patria, dello status giuridico rappresenta l’espulsione dalla umanità stessa, in quanto è la perdita di una comunità che sia capace di garantire i diritti a privarlo della propria dignità umana. In modo esaustivo ci viene offerto l’esempio degli schiavi dell’antica Grecia che non erano considerati come esseri umani; il danno più grave che la schiavitù ha causato all’umanità non è tanto quello di aver privato determinati esseri umani della libertà, quanto il venir meno per tali soggetti della possibilità di combattere per la libertà. Tale «delitto» nasce nel momento in cui la schiavitù diviene un sistema per cui tale condizione era attribuita alla natura e non all’azione dell’uomo, tracciando dunque la distinzione tra coloro che nascevano liberi e coloro che nascevano schiavi. Si v. H. Arendt, *Le origini del totalitarismo*, Einaudi, Torino, 2009, p. 411 ss.

⁸⁸ H. Arendt, *Le origini del totalitarismo*, cit., p. 410. Si verificano pertanto due paradossi: nel primo caso, l’apolide, privo di qualsiasi patria e status giuridico, otterrebbe un vantaggio dal compimento di un reato comune. In tal caso, infatti, egli otterrebbe un *minimum* di tutele, uno status assimilabile a quello del cittadino. Il secondo paradosso risiede nella *Dichiarazione dei diritti dell’uomo e del cittadino* del 1789, la quale prende in considerazione un uomo astratto non inserito in un contesto sociale o politico. Per tale ragione gli Stati nazione non prendevano in considerazione tali diritti, poiché l’uomo era considerato in quanto membro di una comunità, e i suoi diritti erano tutelati in quanto diritti del cittadino. Conseguentemente gli apolidi non potevano far valere tali diritti, non trovando nessuna autorità disposta a garantire tali diritti. Si v. A. Sciarba, *Fenomenologia del diritto d’asilo*, in B. M. Billotta, F.A. Cappelletti, (a cura di), *Il diritto d’asilo*, Cedam, 2006, p. 129 ss.

Tale diritto pare dunque operare come una sorta di *Grundnorm* che rende possibile la titolarità e l'esercizio i diritti umani e permette, a coloro che non ne sono parte, l'appartenenza politica. Per ciò che concerne gli apolidi l'appartenenza ad una comunità non può ovviamente dipendere dalla cittadinanza, pertanto, per tali soggetti il diritto ad avere diritti discende dall'esercizio del diritto d'asilo⁸⁹. Quest'ultimo, infatti, è un diritto chiamato a dare un posto nel mondo, esso è "un diritto di confine" non solo perché comporta l'attraversamento di un confine, ma in quanto si colloca al confine, appunto, dei diritti umani⁹⁰.

3.2. La sponsorizzazione privata (private sponsorship) come applicazione concreta della tesi «controlled borders and open doors». Il caso dei corridoi umanitari.

La tesi basata sulle porte aperte e sul controllo dei confini, dunque, garantisce un maggiore temperamento tra esigenze che, lungi dall'apparire in contrapposizione, dovrebbe essere in egual modo perseguite e bilanciate.

Un'applicazione "pratica" e innovativa di tale tesi - che trova il suo fondamento nell'art. 10 comma 3 Cost. e nell'art. 2 Cost. - è rappresentata, a parere di chi scrive, dall'esperienza dei cosiddetti "corridoi umanitari".

Il modello dei corridoi umanitari rappresenta un'eccellenza nel panorama internazionale. Esso rientra tra i cosiddetti programmi nazionali per l'ingresso legale a sostegno dei rifugiati che si articolano in: *Community based sponsorship*, *community sponsorship* e *private sponsorship*⁹¹. A seguito delle numerose tragedie del Mediterraneo, fra tutte il noto naufragio nei pressi delle coste di Lampedusa nel 2013, è stata l'Unione Europea a richiedere una risposta immediata e determinata, anche attraverso il patrocinio di soggetti privati e non governativi, al fine di costituire dei canali di ingresso legale che permettano a coloro che necessitano di protezione internazionale di raggiungere i Paesi europei in modo sicuro⁹²; dunque, si fa riferimento ad azioni che garantiscano un concreto

⁸⁹ Così A. Sciarba, *Fenomenologia del diritto d'asilo*, cit., p. 144 ss.

⁹⁰ A. Sciarba, *Ai confini dei diritti. Richiedenti asilo tra normativa e prassi, dall'hotspot alla decisione della commissione territoriale*, in *Quest. Giust.*, 2, 2018, p. 145 ss.

⁹¹ Questi tre termini vengono spesso utilizzati in modo intercambiabile in quanto si riferiscono a una persona, o gruppi di persone o organizzazioni che si assumono la responsabilità di fornire sostegno finanziario e sociale ad una persona o famiglia autorizzata all'ingresso dello Stato senza che i costi sociali ed economici gravino su quest'ultimo. In modo più approfondito: Caritas Italiana (a cura di), *Oltre il mare: primo rapporto sui corridoi umanitari in Italia*, in www.caritas.it, aprile 2019, p. 29 ss.

⁹² Il patrocinio dei soggetti privati o non governativi rientra, infatti, tra le "azioni immediate" di cui si parla nell'Agenda Europea sulla migrazione COMM (2015) 240. E tra le azioni sostenute dall'Unione Europea nella COMM (2020) 609, *Un nuovo patto europeo sull'immigrazione e sull'asilo*, si v. cap. 5, par.2. Si veda inoltre Il I protocollo d'intesa del 15

bilanciamento tra le esigenze di sicurezza – per i richiedenti protezione internazionale, ma anche per gli Stati Membri - e la tutela dei diritti fondamentali. L’obiettivo è quello di favorire l’ingresso legale, in condizioni di sicurezza, di soggetti che necessitano di protezione internazionale. In Italia tale finalità viene perseguita attraverso la sinergia tra la società civile e il governo, nello specifico tra la Comunità di Sant’Egidio, la Conferenza Episcopale Italiana e il Ministero dell’interno e quello degli esteri. Il progetto “apertura dei corridoi umanitari” rappresenta, ad oggi, una *best practice* a livello europeo, un esempio a cui hanno fatto riferimento esperienze analoghe o affini negli Stati membri dell’UE⁹³. Esso trova il suo fondamento nei due protocolli d’Intesa (il primo del 15 dicembre 2015, il secondo del 12 gennaio 2017) siglati tra le organizzazioni precedentemente citate e il Governo italiano; questi documenti prevedono l’ingresso in Italia di 1500 profughi entro il dicembre del 2017 di cui 1000 provenienti dal Libano e 500 provenienti dai campi profughi in Etiopia⁹⁴.

La base giuridica di tale forma di *sponsorship* è l’art. 25 del Regolamento 810/2009⁹⁵ il quale prevede il rilascio di visti per motivi umanitari a territorialità limitata, ossia validi per un solo Paese. La particolarità di tale istituto, che lo ha reso un *unicum* a livello internazionale e oggetto di attenzione a livello europeo⁹⁶, è data dalla sua struttura: si tratta di una forma di ingresso legale e di successiva integrazione⁹⁷, una forma di accoglienza diffusa organizzata in diverse e

dicembre 2015; COMM (2016) 197, *Riformare il sistema comune d’asilo e potenziare le vie legali di accesso all’Europa*.

⁹³ Tale espressione la si trova nel II Protocollo d’intesa e si riferisce al fatto che sono state attuate diverse esperienze analoghe in altri paesi Europei come la Francia dove, nel marzo del 2017, 500 persone del Libano hanno beneficiato di tali programmi, in Belgio, nel novembre 2017, 150 persone provenienti dal Libano e dalla Turchia, e altre in piccoli stati come la Repubblica di San Marino e il principato di Andorra. Tali dati sono stati tratti dal reporter: Caritas Italiana (a cura di), *Oltre il mare*, cit., p. 35.

⁹⁴ A novembre 2019 sono 1808 i profughi giunti legalmente in Italia attraverso i corridoi umanitari. Si v. https://www.nev.it/nev/wp-content/uploads/2019/11/Scheda-Corridoi-Umanitari-novembre-2019_rev.pdf.

⁹⁵ ART. 25 Reg CE 810/2009 rubricato «*Rilascio di un visto con validità territoriale limitata*».

⁹⁶ Nel II protocollo del gennaio 2017 viene, infatti, sottolineata l’importanza di tale esperienza attraverso l’attivazione di progetti analoghi in altri Stati europei, e l’attenzione crescente ad essi rivolta in numerosi documenti e studi, vengono citati: COMM (558) 27/09/2017, il parere del 18 agosto 2018 del Comitato economico sociale europeo, e uno studio su incarico della Commissione Europea dal titolo “*Study on the feasibility and added value of sponsorship schemes as a possible pathway to safe channels for admission to the EU, including resettlement*”. Si rimanda in modo più approfondito al II protocollo d’intesa, p. 3.

⁹⁷ A riguardo si parla di un modello di accoglienza continentale proprio perché esso si ispira ai modelli di *sponsorship* canadese. Il Canada, infatti, ai programmi di accoglienza istituzionali ha affiancato da tempo dei programmi di sponsorizzazione privata. È bene ricordare che il primo esempio di tale forma di sponsorizzazione canadese si ebbe negli anni’70 con

specifiche fasi e finanziata in modo autonomo dalle organizzazioni proponenti. La prima fase consiste nell'individuazione dei beneficiari ad opera delle associazioni, che attraverso contatti diretti nei Paesi interessati o attraverso le segnalazioni che vengono fatte da attori locali (come ONG, organizzazioni internazionali), predispongono delle liste. Possono poi essere inseriti nella lista dei beneficiari coloro che risultano meritevoli dall'UNHCR, almeno prima *facie*, del riconoscimento dello status di rifugiato secondo quanto stabilito dalla Convenzione di Ginevra (1951); coloro che, pur non rientrando nella categoria precedente, si trovano in una condizione di vulnerabilità⁹⁸ determinata dalla condizione personale, dalla salute e dall'età; in via addizionale, inoltre, possono essere inseriti anche coloro che potrebbero beneficiare in Italia di sostegno grazie alla disponibilità dichiarata da soggetti singoli, chiese e associazioni (tali soggetti provvederanno nella fase iniziale al sostegno e all'ospitalità); inoltre, coloro che detengono una rete familiare o relazioni sociali stabili in Italia⁹⁹. Nella fase pre-partenza viene effettuato uno *screening* sanitario per valutare se vi siano situazioni che necessitano di peculiare attenzione; viene inoltre svolta un'importante fase di formazione e di informazione per i possibili beneficiari. In questa prima fase c'è una stretta collaborazione, una condivisione di informazione e una ripartizione di responsabilità tra i soggetti che hanno sottoscritto il protocollo, le istituzioni

l'operazione *Lifeline*, che permise ai rifugiati dell'Indocina di poter essere reinsediati nel territorio canadese attraverso gli strumenti di sponsorizzazione pubblica e privata.

La *private sponsorship* consente l'ingresso del territorio attraverso tre tipologie di sponsor: le organizzazioni accreditate (si tratta per lo più di associazioni comunitarie, religiose, etniche) che hanno stretto accordi con le agenzie governative; gruppi composti da almeno 5 cittadini canadesi o residenti che abbiano raggiunto il 18 anno di età; gruppi di comunità (cosiddetti *Community Sponsors*) che operano nella stessa comunità dove il rifugiato poi si stabilirà. La legge sull'immigrazione e sulla protezione dei rifugiati del 2002 (IRPA) definisce i criteri attraverso cui vengono individuati i beneficiari: si tratta di coloro che vengono individuati come rifugiati dall'UNHCR secondo i criteri stabiliti dalla Convenzione di Ginevra (1951), ma possono essere "sponsorizzati" anche soggetti non rientranti in tale categoria ma colpiti da guerra o conflitti armati. Benché ciò non sia stabilito dalla legge, molto spesso lo sponsor sceglie come soggetti suoi familiari al fine di permettere il ricongiungimento in Canada. Maggiori informazioni sul programma canadese: <https://www.canada.ca/en/immigration-refugees-citizenship/corporate/publications-manuals/guide-private-sponsorship-refugees-program/section-1.html>; Caritas Italiana (a cura di), *Oltre il mare*, cit., p. 40 ss.

⁹⁸ Il concetto di vulnerabilità permette di estendere l'ambito dei soggetti potenzialmente beneficiari. Infatti, esso permette di ricomprendere all'interno della lista anche coloro nei cui confronti non sussiste un obbligo di protezione internazionale, ma per delle specifiche situazioni soggettive necessitano di protezione. Si potrebbe trattare di donne con bambini, persone malate o disabili, etc. Sul punto si veda P. Morozzo Della Rocca, *I due protocolli d'intesa sui "corridoi umanitari" tra alcuni enti di ispirazione religiosa ed il governo ed il loro possibile impatto sulle politiche di asilo e immigrazione*, in *Dir. Imm. Citt.*, 1/2017, p. 13.

⁹⁹ Tali criteri sono individuati nel II protocollo gennaio 2017. L'importanza data all'esistenza di una rete familiare e/o sociale ha come finalità dichiarata quella di agevolare l'integrazione e al contempo escludere o comunque limitare i movimenti secondari.

pubbliche e le organizzazioni locali. Una volta individuati i beneficiari, la lista viene inviata al Ministero dell'interno per i controlli di sicurezza volti al rilascio del visto per motivi umanitari (ex art. 25 REG CE 810/2009). I beneficiari, una volta giunti in Italia, presentano la propria domanda di protezione internazionale all'aeroporto di Fiumicino e la formalizzano poi presso la questura dei rispettivi luoghi di accoglienza.

La peculiarità di tali progetti è che essi non si limitano al solo ingresso in sicurezza e legalità nel territorio italiano, ma accompagnano il richiedente protezione internazionale nel percorso di integrazione. La fase dell'accoglienza, invero, inizia ancor prima della partenza quando i beneficiari vengono sottoposti ad una formazione che è volta ad evitare lo "choc culturale", gestendo le aspettative dei soggetti, facendo conoscere loro le caratteristiche culturali dell'Italia, i diversi standard e i progetti. Tale informativa e formazione è volta, oltre che a tutela del beneficiario, anche a evitare i cosiddetti movimenti secondari¹⁰⁰.

Una volta giunti in Italia prendono avvio i progetti di accoglienza, un'accoglienza definita come diffusa in quanto si estende in tutto il territorio nazionale garantendone l'armonizzazione, pur con le specifiche peculiarità riferibili ad ogni singolo territorio. Tale progetto viene definito come un modello "adottivo"¹⁰¹ in quanto singoli, organizzazioni, parrocchie, associazioni si attivano al fine di offrire accoglienza ai soggetti beneficiari. Infatti, l'elemento portante e caratterizzante è il coinvolgimento attivo degli attori della società civile attraverso l'adozione dei rifugiati in famiglie, in parrocchie e attraverso il coinvolgimento delle associazioni, della scuola, dei membri della società civile¹⁰². A carico delle associazioni promotrici vi è la responsabilità dell'accoglienza e dei costi per la

¹⁰⁰ Tale fine è ribadito anche nei due Protocolli e per tale ragione, nell'informativa pre-partenza, viene dato un particolare rilievo a tale aspetto, per rendere consapevoli i soggetti dei rischi personali, oltre che di compromissione del progetto, che essi corrono.

¹⁰¹ Tale espressione è da attribuire a Daniela Pompei, responsabile per l'immigrazione della Comunità di Sant'Egidio. Si v. *Quale accoglienza? Il metodo adottivo che emerge ad Assisi*, in *Avvenire*, 2 ottobre 2016, in <https://www.santegidio.org/pageID/30468/langID/de/itemID/25368/Quale-accoglienza-Il-metodo-adottivo-che-emerge-da-Assisi.html>; P. Morozzo Della Rocca, *I due protocolli d'intesa sui "corridoi umanitari" tra alcuni enti di ispirazione religiosa ed il governo ed il loro possibile impatto sulle politiche di asilo e immigrazione*, cit., p. 30 ss.

¹⁰² Sussistono impegni per entrambi le parti. Da un lato, la Caritas si impegna a fornire vitto, alloggio, vestiario, biancheria, mediazione interculturale, corsi di alfabetizzazione e di lingua italiana per adulti, l'inserimento scolastico per i bambini, assistenza sanitaria, aiuto e orientamento nei servizi presenti nel territorio, orientamento legale, aiuto nella ricerca di un lavoro e di un alloggio autonomo. I beneficiari, dall'altro lato, si impegnano a rispettare le regole della struttura di accoglienza in cui si trova, a partecipare alle attività organizzate dalla Caritas inerenti al progetto di cui fanno parte, a mantenere un atteggiamento collaborativo al fine della buona riuscita del progetto, ad impegnarsi nelle attività volte a conseguire autonomia (corsi di lingua italiana, ricerca di un lavoro etc.). Si v. Caritas Italiana (a cura di), *Oltre il mare*, cit., p. 57 ss.

durata di almeno un anno, al termine del quale vi sarà il proseguimento del processo di inclusione fino al raggiungimento della piena autonomia per il beneficiario.

Dunque è l'inclusione sociale il fine ultimo e primario dei corridoi umanitari, un percorso che inizia ancor prima della partenza, che accompagna i beneficiari nell'ingresso nel territorio e li segue nel difficile e complesso cammino dell'accoglienza e della reale inclusione sociale. Poiché si tratta di un progetto fondato sulla spontanea disponibilità dei soggetti privati, siano essi singoli o gruppi e associazioni, esso si presenta come un modello complesso e di difficile applicazione che necessita di un coordinamento e di un controllo continuo¹⁰³.

Ciò che è bene porre in rilievo è che i corridoi umanitari, espressione della sinergia tra società civile e Stato, in nessun modo possono porsi come alternativi o supplementari rispetto agli impegni che il Governo deve assumere e rispettare in materia migratoria, primo fra tutti il reinsediamento (dei migranti). Se i corridoi umanitari sono una *best practice* e dimostrano come gli istituti della sponsorizzazione privata possono concorrere all'obiettivo dell'ingresso legale, sicuro, e a quello della successiva accoglienza, al contempo e in nessun modo possono tradursi in assistenzialismo privato. Lo Stato deve perseguire i suoi doveri di solidarietà; le associazioni, invece, dovrebbero operare come stimolo per lo Stato, in un'ottica di collaborazione tra i due ambiti¹⁰⁴.

Le caratteristiche peculiari dei "corridoi umanitari" rendono tali progetti, ad avviso di chi scrive, una pratica ed effettiva espressione della tesi riassumibile nell'espressione «*controlled borders and open doors*». Essi, inoltre, rappresentano una declinazione pratica ed innovativa del diritto d'asilo. Infatti l'esercizio del diritto inizia ancor prima della partenza, continua con l'ingresso legale nel Paese e accompagna poi lo straniero nel cammino dell'integrazione.

Infatti attraverso l'attività di controllo, di monitoraggio, pre e post partenza svolta sia dalle associazioni, che dalle istituzioni coinvolte, i soggetti - pur se in numeri ridotti - fanno ingresso legale e sicuro nel territorio italiano ove le porte si dimostrano aperte: le organizzazioni e associazioni promotrici, totalmente autofinanziandosi, danno avvio ad un progetto di accoglienza e integrazione che tiene conto delle peculiarità del singolo caso¹⁰⁵. Nonostante ciò rappresenti un

¹⁰³ Per tale ragione è stato istituito, ex art. 6 del I protocollo 2016, un nucleo di coordinamento, monitoraggio e valutazione dei risultati di cui fanno parte entrambe le parti, volto a consentire di esaminare i risultati raggiunti, l'efficacia delle modalità utilizzate, e le eventuali criticità al fine di attuare - in modo tempestivo - modifiche al progetto. Il nucleo, inoltre, valuta i casi individuali, le modalità di applicazione del progetto.

¹⁰⁴ Si v. P. Morozzo Della Rocca, *I due protocolli d'intesa sui "corridoi umanitari" tra alcuni enti di ispirazione religiosa ed il governo ed il loro possibile impatto sulle politiche di asilo e immigrazione*, cit., p. 30 ss.

¹⁰⁵ Sono quattro i pilastri che sorreggono tali progetti di accoglienza: la presenza di una comunità accogliente e di una famiglia tutor; la responsabilità della Caritas e la dimensione

chiaro esempio encomiabile, è bene sottolineare come tale attivismo non debba essere inteso come mero volontariato¹⁰⁶, ma come perfetta cooperazione tra società civile e istituzioni, nella quale il coinvolgimento attivo dei nuclei familiari, delle comunità territoriali è pregnante.

Pare dunque evidente come nel caso dei corridoi umanitari il contemperamento tra esigenze che spesso paiono inconciliabili trova un bilanciamento ben temperato. Da un lato abbiamo il diritto alla protezione internazionale e i diritti fondamentali che vengono garantiti e tutelati non solo nella prima fase di ingresso, ma anche nelle fasi complesse dell'accoglienza e dell'integrazione; dall'altro, abbiamo dei soggetti che fanno ingresso in modo legale e sicuro in Italia, e ciò permette che le esigenze di sicurezza e di tutela degli interessi dei membri della comunità vengono anch'esse garantite e tutelate.

Al contempo, in nessun modo tale esperienza può o deve supplire ai compiti e agli obblighi che lo Stato è chiamato a rispettare. Le istituzioni nazionali e sovranazionali¹⁰⁷ dovrebbero infatti non solo lodare, ma sostenere e incrementare tali forme di sponsorizzazione che dovrebbe operare come elemento addizionale e non sostitutivo delle politiche migratorie nazionali ed europee¹⁰⁸.

pastorale; l'equipe di lavoro; il ruolo della mediazione interculturale; Si v. Caritas Italiana (a cura di), *Oltre il mare*, cit., p. 58 ss.

¹⁰⁶ P. Morozzo Della Rocca, *I due protocolli d'intesa sui "corridoi umanitari" tra alcuni enti di ispirazione religiosa ed il governo ed il loro possibile impatto sulle politiche di asilo e immigrazione*, cit., p. 30.

¹⁰⁷ L'Unione Europea ha lodato in modo considerevole tale esperienza italiana, si veda a riguardo la COMM 558 del 27 settembre 2017 in attuazione dell'agenda europea sull'immigrazione che ha invitato l'EASO a coordinare un progetto pilota basato sul modello dei patrocini privati; il parere sul tema «*Le imprese dell'economia sociale come motore dell'integrazione dei migranti*» del 18 agosto 2018 del Comitato economico sociale; lo studio dell'ottobre 2018 disposto dalla Commissione europea «*Study on the feasibility and added value of sponsorship schemes as a possible pathway to safe channels for admission to the EU, including resettlement*». Sul punto il II protocollo d'intesa, p. 2 ss.

¹⁰⁸ Nel report della Caritas vengono presentati quattro possibili scenari di sostegno a tali forme di sponsorizzazione da parte dell'Unione Europea: il mantenimento dello *status quo* con delle sole misure di sostegno (per esempio sul fronte dell'accoglienza) da parte dell'UE; la predisposizione di *soft measures* ad opera di EASO volte ad incrementare e rendere ancor più fattibile per società civile e istituzioni la predisposizione di tali strumenti e di progetti analoghi; la predisposizione di nuove misure di finanziamento; la possibilità di un nuovo scenario legislativo a livello europeo. Per un'analisi più approfondita si rimanda a : *Oltre il mare*, cit., p. 40 ss.

CAPITOLO II:

IL DIRITTO D'ASILO NELLA COSTITUZIONE.

Sommario: 1. La condizione giuridica dello straniero nella Costituzione e la clausola di reciprocità. – 2. Lo straniero e l'ambito soggettivo dei diritti costituzionali. - 3. Il diritto di libertà personale dello straniero.– 4. I diritti politici dello straniero. – 5. L'asilo nella Costituzione: l'art. 10 comma III e la sua genesi.- 6. «*Controlled borders and open doors*» tra Costituzione e giurisprudenza relativa al diritto d'asilo. – 6.1. La Corte costituzionale e il d.l. n.113/2018 convertito nella l. 132/2018. – 6.2. Il giudice ordinario alla prova del d.l. n.113/2018 convertito nella l. n.132/2018. - 7. 7. Le tesi della dottrina sul diritto di asilo costituzionale: a) L'inattuazione del diritto di asilo costituzionale; b) L'attuazione del diritto di asilo costituzionale ai sensi delle norme primarie.

1. La condizione giuridica dello straniero nella Costituzione e la clausola di reciprocità.

La condizione giuridica dello straniero è stata disciplinata, nella prospettiva diacronica, in modo differente.

Il codice civile del 1865 all'art. 3 stabiliva un principio liberale relativo al trattamento degli stranieri per cui «*lo straniero è ammesso a godere dei diritti civili riconosciuti ai cittadini*»: si affermava, quindi, l'uguaglianza tra cittadino e straniero nella titolarità e nell'esercizio dei diritti civili¹⁰⁹. Nel codice civile del 1942, invece, tale approccio venne però abbandonato e i rapporti con gli stranieri vennero disciplinati alla luce della clausola di reciprocità, per cui lo straniero è ammesso a godere dei diritti civili attribuiti al cittadino nella misura in cui lo

¹⁰⁹ Si v. B. Nascimbene, *Lo straniero nel diritto italiano*, Giuffrè, 1988, p. 7 ss.; M. Luciani, *Cittadini e stranieri come titolari dei diritti fondamentali. L'esperienza italiana*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1992, p. 208 ss.; P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 1984, p. 31.

stesso trattamento è riconosciuto al cittadino nello Stato d'origine dello straniero (art. 16 delle disposizioni preliminari al Codice Civile)¹¹⁰.

Pochi anni dopo è entrata in vigore la Costituzione, che reca una disposizione fondamentale all'art. 10, comma 2, per la quale «*la condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali*».

L'ambito soggettivo della norma si evince dal termine "straniero", che sembra dover essere identificato con il non cittadino¹¹¹. La categoria del "non cittadino" è, come si avrà modo di vedere nella trattazione, un *genus* al cui interno sono presenti diverse *species*: gli apolidi, i cittadini di Paesi dell'Unione europea, i cittadini di Paesi terzi. Queste tre categorie sono ulteriormente suddivisibili, in quanto comprendono soggetti regolarmente soggiornanti nel territorio italiano e soggetti privi del titolo di soggiorno. I titoli di soggiorno sono differenziati per durata e motivo del rilascio, tra cui vi è anche il riconoscimento dell'asilo politico ai sensi dell'art. 10, comma 3 della Costituzione¹¹².

L'art. 10 comma 2 Cost. pone a garanzia dello straniero una riserva di legge rinforzata per contenuto, di cui è discussa la natura assoluta o relativa¹¹³. Gli autori che la qualificano come una riserva assoluta valorizzano la *ratio* garantista della norma, che trova fondamento nella volontà dei costituenti di sottrarre al potere esecutivo la regolazione di un ambito nel quale durante il fascismo erano state attuate scelte politiche xenofobe¹¹⁴. Solo gli atto di rango legislativo potrebbero quindi disciplinare la condizione giuridica dello straniero, in conformità alla norme e trattati internazionali che tale condizione giuridica

¹¹⁰ Si v. art. 16 delle disposizioni preliminari al Codice Civile.

¹¹¹ B. Nascimbene, *Lo straniero nel diritto italiano*, cit., p. 7 ss. Il concetto di inclusione ed esclusione nasce con la rivoluzione francese, nella dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 si presenta la dialettica tra estraneità e appartenenza, e l'idea della comunità politica come sede di garanzia dei diritti; è bene comunque ribadire che, benché sia di fondamentale rilievo storico l'attenzione che negli anni della rivoluzione vi fu nei confronti dello straniero, le questioni inerenti la cittadinanza politica al tempo riguardarono per lo più il rapporto tra ricchi e poveri, uomini e donne, i traditori della patria e i patrioti, e non invece il cittadino e lo straniero. Così, C. Corsi, *Lo Stato e lo Straniero*, Cedam, 2001, p. 22 ss.; M.C. Locchi, *I diritti degli stranieri*, Carocci, Roma, 2011, p. 64 ss.

¹¹² Cfr. E. Grosso, *Straniero (status costituzionale dello)*, cit., p. 158 ss.

¹¹³ In modo più approfondito si v. R. Cherchi, *Lo straniero e la Costituzione, Ingresso, soggiorno e allontanamento*, Jovene Editore, Napoli, 2012, p. 4 ss.

¹¹⁴ C. Esposito, *Asilo, (Diritto di), d) Diritto costituzionale*, in *Enc. Dir.*, Giuffré, Milano, 1958, p. 510 ss.; A. Cassese, *Sub artt. 10-12*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione. Principi fondamentali. Art. 1-12*, Bologna - Roma, 1975, p. 509 ss. È con l'avvento della Costituzione che, nell'ottica di rottura con il passato più recente e con il contesto storico vissuto, si delinea un quadro differente nei rapporti tra lo Stato e la persona, e con la Carta fondamentale avviene «*il riconoscimento della personalità a tutti gli individui che sono in rapporto con la Repubblica*»: P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, cit., p. 30 ss.

disciplinano; sui soggetti detentori di potere regolamentare, invece, graverebbe solo l'obbligo negativo, ossia l'obbligo di non disciplinare la suddetta materia¹¹⁵.

Di contro, vi è invece chi sostiene che la riserva di legge presente al comma II dell'art. 10 sia una riserva di legge relativa. Il legislatore potrebbe quindi conferire al Governo potere regolamentare in tale materia, prevedendo i mezzi, i fini, i criteri da seguire e gli organi titolari di poteri amministrativi. Ciò fa sì che qualsiasi atto legislativo che non specificò i criteri in forza dei quali la potestà regolamentare governativa può essere esercitata, e non regoli la condizione giuridica dello straniero ma ne rimandi la disciplina ad atti normativi di iniziativa governativa, dovrà considerarsi costituzionalmente illegittimo¹¹⁶. L'art. 2 Cost., nel riconoscere i diritti inviolabili dell'uomo, esprime la volontà dei costituenti di riconoscere la titolarità all'individuo in quanto tale¹¹⁷. Tale orientamento pare poter essere desunto dagli stessi lavori dell'Assemblea Costituente, dove vi fu una convergenza tra le tendenze personalistiche di ispirazione cristiana e la concezione internazionalista dei socialisti e dei comunisti; più in generale, la posizione dei comunisti, socialisti e cattolici rifletteva il fatto che molti deputati, durante il regime, avevano sofferto la condizione di esiliato. Le disposizioni della Costituzione, come l'art. 2, sono infatti espressione di questa tensione e della volontà di considerare l'individuo come persona e non come entità immanente allo Stato. La Costituzione – in forte rottura rispetto allo spirito del passato – sembra non volere prendere in considerazione le differenze tra gli individui (salve quelle basate su una giustificazione razionale), e soprattutto nell'art. 2 Cost., ossia sancendo i diritti inviolabili dell'uomo, pare escludere la reciprocità¹¹⁸.

Dunque, la Costituzione ha operato come spartiacque per ciò che riguarda la condizione giuridica dello straniero, se infatti precedentemente i rapporti con lo straniero erano disciplinati in forza della clausola di reciprocità, a seguito della entrata in vigore della Carta Fondamentale si è discusso della sua vigenza.

Date queste premesse, ci si è quindi chiesti se la clausola di reciprocità ex art. 16 disposizioni preliminari al codice civile sia ancora in vigore.

Un primo orientamento ha affermato che l'art. 16 delle disposizioni sulla legge in generale deve considerarsi implicitamente abrogato dalla Costituzione: il comma II dell'art. 10 Cost., infatti, dispone che la condizione giuridica dello

¹¹⁵ A. Cassese, *Sub artt. 10-12*, cit., p. 511 ss.

¹¹⁶ Cfr. P. Bonetti, *I profili generali della normativa italiana sugli stranieri dal 1998*, in B. Nascimbene (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Cedam, 2004, p. 53 ss.

¹¹⁷ In modo più approfondito, si v. A. Cassese, *Sub artt. 10-12*, cit., p. 514 ss.; C. Esposito, *Asilo*, (*Diritto di*), cit., p. 510 ss.

¹¹⁸ C. Esposito, *Asilo*, (*Diritto di*), cit., p. 510 ss. A. Cassese, *Sub artt. 10-12*, cit., p. 512 ss.

straniero è regolata dalla legge ordinaria in conformità con le norme e trattati internazionali, le quali non contemplano tale clausola¹¹⁹.

Una seconda tesi, invece, sostiene l'assoluta compatibilità dell'art. 10 Cost. con l'art. 16 delle disposizioni preliminari al codice civile, in quanto la Costituzione dà alla legge ordinaria la competenza a disciplinare la condizione giuridica dello straniero, e la legge prevede la clausola di reciprocità. Un ultimo orientamento, intermedio rispetto ai precedenti, considera abrogato l'art. 16 delle disposizioni preliminari al codice civile, ma non esclude che la clausola di reciprocità possa essere introdotta nelle singole leggi di autorizzazione alla ratifica dei trattati internazionali¹²⁰.

2. Lo straniero e l'ambito soggettivo dei diritti costituzionali.

La dottrina si è a lungo interrogata sull'ambito soggettivo di applicazione dei diritti costituzionali; se infatti è il solo art. 10 a riferirsi in modo esplicito allo straniero, al contempo sussistono numerose disposizioni costituzionali che fanno espresso riferimento al cittadino e talaltre che, invece, non utilizzano né il termine "straniero", né il termine "cittadino".

Le posizioni a riguardo sono sintetizzabili in due tesi. Da un lato, la dottrina maggioritaria per cui lo straniero è tendenzialmente titolare di tutti i diritti riconosciuti dalla Costituzione, fatta eccezione per i diritti politici¹²¹ i quali ineriscono al «*rapporto permanente e originario*»¹²² che il cittadino ha con lo Stato. Questa tesi si articola al suo interno in differenti orientamenti. Il primo è basato sul dato formale e sulla rilevanza del termine "cittadino" nella disposizione, per cui ove questo non sia presente, essa potrebbe essere estesa anche agli stranieri; qualora, invece, l'ambito di applicazione soggettiva sia

¹¹⁹ P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, cit., p. 30 ss.

¹²⁰ Per un'analisi degli orientamenti relativi alla vigenza della clausola di reciprocità v. E. Grosso, *Straniero (status costituzionale dello)*, in *Dig. Pubbl.*, vol. XV, UTET, Torino, 1999, p. 158 ss.; P. Bonetti, *Prime note sulla tutela costituzionale contro il razzismo e la xenofobia*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1994, p. 29 ss.; M. Luciani, *Cittadini e stranieri come titolari dei diritti fondamentali. L'esperienza italiana*, cit., p. 220 ss.; P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, cit., p. 30 ss.; B. Nascimbene, *Lo straniero nel diritto italiano*, cit., p. 7 ss.; C. Esposito, *Asilo (Diritto di)*, cit., p. 510 ss.; G. D'Orazio, *Lo straniero nella Costituzione italiana*, Cedam, Padova, 2012, p. 375 ss.

¹²¹ A riguardo si veda V. Onida, *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, in *Atti del XXIV convegno annuale*, Cagliari, 16- 17 ottobre 2009, Jovene editore, 2009, p. 3 ss.

¹²² Corte Cost. sent. n. 104/1969 « [...]mentre il primo (il cittadino) ha con lo Stato un rapporto di solito originario e comunque permanente, il secondo (lo straniero) ne ha uno acquisito e generalmente temporaneo».

specificato con riferimento al cittadino, allora si potrebbe estendere per legge la titolarità dei diritti agli stranieri, in conformità ai trattati internazionali (in attuazione, quindi, dell'art. 10, comma 2 Cost.)¹²³.

Il secondo orientamento si basa su un dato sostanziale: alcuni diritti spettano ai soli cittadini in quanto imprescindibilmente riferiti allo status di membro della società; altri, in quanto essenziali per la tutela della persona, sono propri di tutti i soggetti; i diritti costituzionali dei cittadini, invece, sulla base di valutazioni effettuate dal legislatore, possono essere discrezionalmente attribuiti anche agli stranieri¹²⁴. In quest'ultimo caso si rileva come sia controverso individuare quali norme, pur riferendosi espressamente al cittadino, possono essere o meno estese a tutti; è infatti complesso individuare entro quali limiti il legislatore possa limitare o estendere la tutela di date situazioni giuridiche soggettive¹²⁵. In particolar modo, gli autori che sostengono tale tesi si sono soffermati sulla ricostruzione dell'ambito soggettivo delle libertà di circolazione, di riunione e di associazione che ai sensi degli artt. 16, 17, 18 Cost. vengono riconosciuti ai cittadini. Lo straniero sarebbe titolare della libertà di circolazione stante la possibilità che questa venga limitata per ragioni di ordine pubblico, nonché dei diritti di riunione e associazione. Questi ultimi se riconosciuti ai soli cittadini, infatti, avrebbero una portata applicativa estremamente limitata¹²⁶.

Il terzo gruppo di autori ritiene che allo straniero spetterebbero tutti i diritti che, ai sensi dell'art. 2 Cost, vengono qualificati come inviolabili e riconosciuti non al cittadino, ma all'uomo; pertanto, secondo il principio di uguaglianza, gli stranieri e i cittadini vengono parificati nel godimento di tali diritti. Infatti, l'intitolazione formale della prima parte della Costituzione ai soli cittadini non sembra poter essere assunta come un elemento determinante: da un lato, per il significato non univoco che i costituenti sembrano aver dato al termine "cittadino", dall'altro, perché i diritti del cittadino sono sempre più spesso qualificati come diritti dell'uomo, per cui la distinzione tra cittadini e stranieri va ad affievolirsi: i diritti del cittadino non vengono pensati come i diritti del

¹²³ Il problema in tal caso riguarda i limiti e la portata dell'estensione di tali diritti. Per taluni l'estensione sarebbe quasi obbligata (un esempio fra tutti: la libertà di riunione); per taluni altri, invece, sarebbe preclusa (fra tutti, i diritti politici). Sul punto E. Grosso, *Straniero (status costituzionale dello)*, cit., p. 162 ss.; P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, cit., p. 30 ss. Il carattere inviolabile dei diritti dell'uomo fa sì che questi vengano riconosciuti anche allo straniero, fatto salvo il caso in cui la disposizione costituzionale non faccia espresso riferimento al cittadino (per il godimento del diritto) si v. A. Barbera, *Sub Art. 2*, cit., p. 116 ss.; M. Cuniberti, *Espulsione dello straniero e libertà costituzionali*, in *Dir. Pubbl.*, 2000, p. 822 ss.

¹²⁴ Tale tesi si basa sulla concezione in forza della quale l'uso o meno del termine cittadino in Costituzione non ha sempre corrisposto ad una puntuale volontà di limitare la cerchia dei titolari del dato diritto. Sul punto C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, IX, vol. I, Padova, Cedam, 1976, p. 1153 ss.; P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, cit., p. 31 ss.

¹²⁵ Si v. E. Grosso, *Straniero (status costituzionale dello)*, cit., p. 162 ss.

¹²⁶ In modo più approfondito R. Cherchi, *Lo straniero e la Costituzione, Ingresso, soggiorno e allontanamento*, cit., p. 4 ss.

cittadino italiano, ma bensì come i diritti spettanti «a qualunque cittadino di una qualunque democrazia matura»¹²⁷.

Tali orientamenti hanno permesso di superare un «paradosso»¹²⁸ che nasce nel contesto delle attuali migrazioni, dove un fattore di uguaglianza, quale la cittadinanza, è divenuto strumento di produzione di disuguaglianze giuridiche tra cittadino e straniero. Il nodo irrisolto rimane il concetto di cittadinanza, se esso debba essere inteso in senso formale, oppure in un'ottica sostanziale sulla base del rapporto che il soggetto ha con il territorio, quale presupposto - ai sensi dell'art. 2 Cost. - della titolarità di taluni diritti costituzionali¹²⁹.

La tesi opposta, dall'altro lato, è di carattere più restrittivo, e sostiene che i diritti stabiliti dalla Costituzione spettano in via esclusiva ai cittadini, mentre agli stranieri sono attribuiti solo i diritti stabiliti dalla legge, in conformità alle norme e ai trattati internazionali, secondo quanto sancito dal comma 2 dell'art. 10 Cost. La Costituzione, si afferma, è un "fatto politico" che presuppone un ambito soggettivo limitato ai cittadini, come confermato dalla rubrica della prima parte della Costituzione («diritti e doveri dei cittadini») e dal fatto che l'art. 3 della Cost., sancendo il principio di uguaglianza tra i cittadini di fronte alla legge, consentirebbe una diversificazione della titolarità delle situazioni giuridiche fondata sulla cittadinanza, anche se nel rispetto del principio di ragionevolezza, che opera come limite generale di validità di tutte le norme sub-costituzionali¹³⁰.

In base all'art. 10, comma 2 Cost., il legislatore avrebbe la possibilità di definire la condizione giuridica dello straniero per legge, in conformità alla norme e trattati internazionali. In ogni caso, a prescindere dalla vigenza di tali norme

¹²⁷ Pertanto il collegamento tra cittadinanza (intesa come *status*) e la titolarità dei diritti fondamentali (con talune eccezioni come i diritti politici) sembra divenire sempre più labile, stante l'attribuzione dei diritti a chiunque si trovi fisicamente nel territorio dello Stato. Un'ulteriore ragione posta a sostegno del valore sempre più flebile di tale collegamento viene ricondotta alla debolezza del sentimento nazionale e del senso comune dello Stato. Sul punto v. M. Luciani, *Cittadini e stranieri come titolari dei diritti fondamentali. L'esperienza italiana*, cit., p. 208 ss.; a sostegno di tale orientamento, inoltre, si veda G. D'Orazio, *Lo straniero nella Costituzione italiana*, cit., p. 116 ss.; P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, cit., p. 33 ss.; A. Barbera, art. 2, cit., p. 116 ss.; A. Cassese, art. 10, cit., p. 513 ss.; C. Corsi, *Lo straniero e lo Stato*, cit., p. 115 ss.; P. Bonetti, *I principi, i diritti e doveri. Le politiche migratorie*, in B. Nascimbene (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Cedam, Padova, 2004, p. 85 ss.; E. Grosso, *Lo straniero (status costituzionale dello)*, cit., p. 5790; A. Pugiotto, «Purché se ne vadano». *La tutela giurisdizionale assente o carente nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, in *Dir. e soc.*, 3-4, 2009, p. 335 ss.; V. Onida, *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, cit., p. 6 ss.

¹²⁸ R. Cherchi, *Lo straniero e la Costituzione*, cit., p. 6.

¹²⁹ *Ibidem*.

¹³⁰ L'art. 2 Cost. non va ad affermare la giuridica anteriorità dei diritti dell'uomo rispetto all'ordinamento giuridico, ma ne riconosce la centralità. In questo senso A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali*, Cedam, Padova, II edizione, 1990, p. 3 ss.; Id, *Dai diritti fondamentali del cittadino ai diritti fondamentali dell'uomo*, in www.rivistaaic.it, 2010, p. 7 ss.; P. Stancati, *Le libertà civili del non cittadino: attitudine conformativa della legge, assetti irriducibili di garanzia, peculiarità degli apporti del parametro internazionale*, cit., p. 30 ss.

internazionali, il riferimento all'art. 3 della Cost. non sarebbe da intendersi in senso ostativo o preclusivo, quindi è possibile l'estensione per legge di taluni diritti spettanti ai cittadini agli stranieri¹³¹.

Con riferimento alla titolarità dei diritti costituzionali da parte degli stranieri si è pronunciata anche la Corte costituzionale, che sostanzialmente ha aderito alla tesi intermedia secondo cui spettano allo straniero i diritti inviolabili o fondamentali. La lettura offerta è basata sugli articoli 2, 3 e 10, comma 2, Cost. Per la Corte costituzionale, sulla base dell'art. 2 sussistono dei diritti, inviolabili o fondamentali, che devono essere riconosciuti a tutti gli individui senza alcuna distinzione. In tale ottica opera il principio di uguaglianza il quale, benché formalmente riferito ai soli cittadini, fa sì che – per quanto concerne i diritti inviolabili¹³² – non possano sussistere distinzioni tra stranieri e cittadini: l'art. 2 pertanto opera «*come strumento e contemporaneamente limite all'applicazione del principio di uguaglianza*»¹³³. La tutela riguarda sia i diritti desumibili dall'art. 2 Cost., sia quelli ricavati dalle consuetudini e dalle dichiarazioni internazionali ai sensi dell'art. 10 Cost.

Il principio di uguaglianza, pertanto, non esclude differenziazioni nel trattamento tra cittadini e stranieri, purché ciò sia consentito in base al principio di ragionevolezza, ossia vi sia una diversità fattuale delle situazioni. L'equiparazione tra cittadini e stranieri nella titolarità dei diritti fondamentali non fa venir meno la discrezionalità del legislatore, che, sulla base del principio di ragionevolezza, può differenziare il godimento dei diritti. Ciò non può tradursi in un esercizio

¹³¹ Così P. Stancati, *Le libertà civili del non cittadino*, cit., p. 30 ss. Per una disamina più approfondita delle diverse tesi dottrinali inerenti l'ambito soggettivo di applicazione dei diritti costituzionali si veda R. Cherchi, *Lo straniero e la Costituzione*, cit., p. 3 ss.; Id, *La disciplina costituzionale dello straniero*, in corso di pubblicazione, 2020.

¹³² Con riferimento alle problematiche interpretative dell'art. 2 Cost. e al catalogo dei diritti inviolabili, alla luce della nostra trattazione, vengono in rilievo due orientamenti: l'uno, di natura "riassuntiva", secondo il quale sono da considerarsi inviolabili solo i diritti espressamente riconosciuti e nominati nei precetti costituzionali. Quindi si individua un catalogo "chiuso" di diritti inviolabili; l'altro, di contro, guarda all'art. 2 come un catalogo "aperto", portato ad ampliarsi ed estendersi. Tra i diritti inviolabili riconosciuti allo straniero individuati dalla Corte costituzionale vi sono: il diritto alla vita, il diritto alla riservatezza, al proprio decoro e onore; il diritto alla segretezza delle comunicazioni; il diritto alla libertà di manifestazione del pensiero; il diritto di difesa; il diritto alla riparazione degli errori giudiziari; il diritto alla revisione del giudicato penale; il diritto al rispetto della dignità umana dell'imputato e alla presunzione di innocenza; il diritto alla tutela giurisdizionale; i diritti della famiglia e alla unità familiare; la libertà personale; la libertà di circolazione; la libertà di associazione; il diritto di professare la propria fede religiosa; il diritto alla libertà sessuale; il diritto di contrarre matrimonio; il diritto all'abitazione; il diritto politico di elettorato attivo e passivo. Si v. G. D'Orazio, *Lo straniero nella Costituzione italiana*, cit., 222 ss. Per un'analisi dettagliata dei diritti spettanti allo straniero v. inoltre C. Corsi, *Lo Stato e lo straniero*, cit., p. 127 ss.

¹³³ E. Grosso, *Straniero (status costituzionale dello)*, cit., p. 166.

arbitrario della sua discrezionalità politica: sarà infatti la Corte a valutare se il legislatore abbia compiuto o meno valutazioni e differenziazioni ragionevoli¹³⁴.

Non potendo in tale sede fornire un'articolata ed esaustiva analisi dei diritti fondamentali riconosciuti o meno allo straniero¹³⁵, si è scelto di concentrare l'attenzione su due categorie che, ad opinione di chi scrive, presentano profili di stringente rilevanza, ossia la libertà personale e i cosiddetti diritti politici.

3. Il diritto di libertà personale dello straniero.

La libertà personale è uno tra i diritti i riconosciuti allo straniero, le cui limitazioni devono, pertanto, avvenire nel rispetto delle garanzie sancite dall'art. 13 Cost. Nella sentenza 105/2001 la Corte ha affermato il primato dell'interesse protetto da questo diritto inviolabile rispetto agli altri interessi che possano venire in evidenza nella regolazione e controllo dei flussi migratori: *«le garanzie dell'articolo 13 della Costituzione subiscono attenuazioni rispetto agli stranieri, in vista della tutela di altri beni costituzionalmente rilevanti. Per quanto gli interessi pubblici incidenti sulla materia della immigrazione siano molteplici e per quanto possano essere percepiti come gravi i problemi di sicurezza e di ordine pubblico connessi a flussi migratori incontrollati, non può risultarne minimamente scalfito il carattere universale della libertà personale, che, al pari degli altri diritti che la Costituzione proclama inviolabili, spetta ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani»*.

Data questa petizione di principio, si è discusso della legittimità della disciplina del trattenimento dello straniero. L'art. 14 TUI stabilisce che qualora non sia possibile procedere immediatamente all'espulsione dell'immigrato irregolare, quest'ultimo viene trasferito nel Centro di Permanenza per il Rimpatrio (CPR) più vicino, in esecuzione di un provvedimento del questore comunicato al

¹³⁴ Cfr. E. Grosso, *Straniero (status costituzionale dello)*, cit., p. 162 ss.; R. Cherchi, *Lo straniero e la Costituzione*, cit., p. 15 ss.; M. Luciani, *Cittadini e stranieri come titolari dei diritti fondamentali*, cit., p. 219 ss.

¹³⁵ Si rimanda in tal senso E. Grosso, *Straniero (status costituzionale dello)*, cit., p. 158 ss.; R. Cherchi, *Lo straniero e la Costituzione. Ingresso, soggiorno e allontanamento*, cit., p.15 ss.; M. Luciani, *Cittadini e stranieri come titolari dei diritti fondamentali. L'esperienza italiana*, cit., p. 213 ss.; P. Stancati, *Le libertà civili del non cittadino: attitudine conformativa della legge, assetti irriducibili di garanzia, peculiarità degli apporti del parametro internazionale*, cit., p. 25 ss.; G. D'Orazio, *Lo straniero nella Costituzione italiana*, cit., p. 222 ss.; V. Onida, *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, p. 3 ss.

giudice di pace entro 48 ore dalla sua notifica, il quale lo convaliderà, se sussistono i presupposti, entro le 48 ore successive.

Secondo alcuni, il trattenimento dello straniero non sarebbe conforme a Costituzione in quanto le misure restrittive della libertà personale non ascrivibili alla dicotomia pena/misura di sicurezza di cui all'art. 25 Cost. sarebbero tipiche, e segnatamente le misure cautelari in relazione a certi procedimenti giurisdizionali e quelle collegate a trattamenti educativi e sanitari (art. 13, 30 e 32 Cost.)¹³⁶. In senso contrario si è invece affermato che la misura non sarebbe illegittima, in quanto l'art. 13 Cost. non presenta una riserva di legge rinforzata, bensì una riserva assoluta di legge *ergo* ammetterebbe delle limitazioni anche per ragioni diverse rispetto a quelle espressamente stabilite dalla Carta fondamentale¹³⁷: «*le restrizioni della libertà possono essere previste dal legislatore per qualsiasi motivo e dunque non soltanto[.]nei casi in cui ciò sia indispensabile per il perseguimento di finalità previste dalla Costituzione[.], ma anche per altre finalità (motivi di buon costume, fini economici e fiscali, finalità di giustizia civile, finalità di sicurezza pubblica)*»¹³⁸.

Altro tema è, invece, se la disciplina positiva del trattenimento sia conforme a Costituzione. In senso contrario, si è evidenziato che la convalida del provvedimento nelle 48 ore successive contribuirebbe a rendere ordinaria una prescrizione che invece dovrebbe operare come eccezione alla regola generale¹³⁹. Anche se si volesse argomentare a sostegno della legittimità dell'istituto «*le norme che lo regolano dovrebbero prevedere il trattenimento come extrema ratio, nel rispetto della dignità e dei diritti umani [.]*»¹⁴⁰. Inoltre, si è evidenziata la natura amministrativa dei modi del trattenimento nei CPR, senza che la fonte normativa primaria individui dei parametri di «*carattere generale ed orientativo della discrezionalità ministeriale*»¹⁴¹.

¹³⁶ L. Elia, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Milano, 1962, p. 8.

¹³⁷ A riguardo si fa riferimento all'art. 5 della CEDU che fa espresso riferimento alle limitazioni della libertà nelle ipotesi dell'immigrato irregolare. In modo più approfondito si v. P. Bonetti, *Ingresso, soggiorno e allontanamento*, cit., p. 603 ss.

¹³⁸ P. Bonetti, *Ingresso, soggiorno e allontanamento*, cit., p. 603 ss.

¹³⁹ Così R. Cherchi, *Lo straniero e la Costituzione*, Jovene, Napoli, 2012, p. 219 ss.; R. Cherchi, *Il trattenimento dello straniero nei centri di identificazioni e di espulsione*, in *Quest. Giust.*, 2014, p. 75 ss.

¹⁴⁰ La tesi dell'autore si colloca, nonostante siffatta argomentazione, a sostegno dell'illegittimità del trattenimento amministrativo. Si veda R. Cherchi, *Lo straniero e la Costituzione*, cit., p. 219 ss.; Id., *Il trattenimento dello straniero nei centri di identificazioni e di espulsione*, in *Quest. Giust.*, 2014, p. 75 ss. Sulla problematica del trattenimento nei CPR, della sua costituzionalità nonché del carattere amministrativo di tale tipo di trattenimento si rimanda inoltre a A. Caputo, *Espulsione e detenzione amministrativa*, in *Quest. Giust.*, n. 3/1999, p. 431 ss.; A. Pugiotto, *La «galera amministrativa» degli stranieri e le sue incostituzionali metamorfosi*, in *Quad. Cost.*, 2014, p. 573 ss.

¹⁴¹ A. Di Martino, *Centri, campi, Costituzione. Aspetti di incostituzionalità dei CIE*, in *Dir. Imm. Citt.*, n. 1, 2014, p. 32 ss.

La collisione con il dettato costituzionale sembra essere resa ancor più palese dalla tendenza ricorrente ad estendere i termini di trattenimento. La legge n. 40/1998 (la cosiddetta Legge Turco - Napolitano) stabiliva il termine di 30 giorni, esteso poi a 60 dalla l. n. 189/2002 (la cosiddetta Legge Bossi - Fini), a 180 dal d. lgs n. 89/2011 (il cosiddetto “Pacchetto sicurezza”), per ritornare poi ai 90 giorni stabiliti dalla l. n. 161/2004; il d.l n. 113/2018, convertito nella l. n. 132/2018 ha prolungato i termini del trattenimento da 90 giorni a 180 giorni¹⁴². Con il d. l n. 130/2020 (convertito nella l. n. 173/2020) il termine per il trattenimento è stato nuovamente ridotto da 180 giorni a 90, prorogabile per altri 30 giorni nel caso in cui si tratti di cittadino proveniente da un Paese terzo con cui sono stati stipulati accordi per il rimpatrio.

La periodica estensione dei termini viene giustificata con l’esigenza di rendere effettivi i rimpatri, nonostante il fatto che, indipendentemente dai termini del trattenimento, la media dei rimpatri effettuati rispetto alle persone trattenute sia sempre stata, nel corso del tempo, intorno al 50%; per cui la compressione della libertà personale non appare bilanciata dalla necessità di garantire l’efficienza del sistema¹⁴³.

L’art. 3 del d.l n. 113/2018, convertito nella legge n. 132/2018 ha inoltre disposto una nuova forma di trattenimento per fini identificativi del richiedente protezione internazionale o del richiedente asilo per un periodo non superiore ai 30 giorni. Se entro o alla scadenza di tale termine non sia stato possibile identificare o individuare la cittadinanza del soggetto, questo sarà sottoposto al trattenimento nei CPR ai sensi dell’art. 14, comma 5 del TUI per un termine massimo di 90 giorni (secondo le modifiche apportate dal d.l. n. 130/2020

¹⁴² Si v. Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, *Parere del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale sul decreto-legge 14 ottobre 2018 n. 113*, Roma, 15 ottobre 2018, in <http://www.garantenazionaleprivatiliberta.it/gnpl/resources/cms/documents/6fecb3664615e424b5726b38b597df4a.pdf>, p. 6 ss.

¹⁴³ I dati mostrano infatti una tendenziale stabilità oscillando tra il 50% dei rimpatri nel 2011, al 55% del 2014, fino a giungere al 59% del 2017. Si v. Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, *Parere del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale sul decreto-legge 14 ottobre 2018 n. 113*, cit., p. 7 ss. Secondo parte della dottrina, invero, l’estensione dei termini massimi del trattenimento non è di per sé illegittima, ma comunque non coglie il monito della Corte Costituzionale che con la sentenza 275/2017, dando seguito ad altre sentenze, ha invitato il legislatore a modificare la disciplina del respingimento, anche differito alla frontiera, poiché il trattenimento dello straniero in attesa di respingimento nei CPR costituisce un provvedimento limitativo della libertà personale (art. 13 Cost.) e non della libertà di circolazione (art. 16 Cost.). Così S. Curreri, *Prime considerazioni sui profili di incostituzionalità del decreto legge n. 113/2018 (c.d. “decreto sicurezza”)*, in *Federalismi.it*, 21 novembre 2018, p.8 ss.; per un’analisi più approfondita sulla tematica del respingimento alla frontiera e del respingimento differito con riferimento alla sentenza 275/2017 e alle successive modifiche legislative apportate dal “decreto sicurezza” si v. R. Cherchi, *Il respingimento alla frontiera e differito: presupposti, tipologie ed effetti*, in *Dir. Imm. Citt.*, fascicolo, 2019, p. 75 ss.

convertito nella l. n. 173/2020 che riduce il precedente termine di 180), nel caso di detenzione di 90 giorni il soggetto può essere trattenuto per altri 30 giorni, prorogabili per ulteriori 30 se il soggetto è cittadino di un Paese con cui sono stati conclusi accordi per la cooperazione e intese per i rimpatri¹⁴⁴. La norma, anche in questo caso, individuando come presupposto del trattenimento la generica impossibilità di identificazione, sembra palesare una lesione del principio di tassatività di cui al comma 3 dell'art. 13 Cost. e di cui all'art. 5 CEDU¹⁴⁵. Tale indeterminatezza potrebbe tradursi in un uso arbitrario di tale forma di trattenimento, che confligge con la Costituzione e con la CEDU, e pare in contrasto con la Direttiva sulle condizioni di accoglienza (Dir. n. 2013/33/UE attuata nel nostro ordinamento dal d. lgs n. 142/2015), che all'art. 8, comma 1 dispone che «*Gli Stati Membri non trattengono una persona per il solo fatto di essere un richiedente[...]*».

Un altro profilo di criticità è rappresentato dalla natura dei luoghi in cui tale trattenimento dovrà essere effettuato: «*in appositi locali presso le strutture di cui all'art. 10 ter, comma 1 del d. lgs. n. 286/1998*». Le strutture in questione sono i già noti *hotspot*, o punti di crisi, a cui il d. l. n. 13/2017 convertito nella l. n. 46/2017 ha cercato di dare una veste giuridica, stante l'indeterminatezza giuridica che fino a quel momento li aveva accompagnati. Nonostante ciò né tale disposizione, né l'art. 3 del cosiddetto Decreto Sicurezza, né la novella del 2020 risolvono le criticità riferibili a tali luoghi di trattenimento: essi operano come delle vere e proprie strutture detentive, ponendosi dunque in contrasto con la riserva di legge assoluta posta dal comma 3 dell'art. 13 Cost. Il richiamo agli appositi luoghi siti nei punti di crisi avviene dunque nel mancato rispetto dell'art. 10 della direttiva sulle condizioni di accoglienza, con cui si prevede che il trattenimento deve avvenire di regola, in appositi centri di trattenimento, e solo laddove lo Stato Membro non possa ospitare il richiedente in tali strutture, il

¹⁴⁴ Art. 14, comma 5 come modificato dall'art. 3, comma 1, periodo 3, lett. a) e b) del d.l. n. 130/2020.

¹⁴⁵ Accanto a tale criticità viene rilevato anche il mancato rispetto dell'art. 10, comma 2 e 3 per quanto concerne la mancata determinazione per via legislativa delle ipotesi di trattenimento e dell'art. 117, comma 1 Cost. che sancisce l'obbligo di conformarsi ai trattati internazionali; nel caso di specie, ci si riferisce al mancato rispetto della Convenzione di Ginevra sui rifugiati. Inoltre risulta essere controverso il rapporto con le altre forme di trattenimento disposte dall'art. 6 del d. lgs. n. 142/2015 in quanto non si chiarisce se al trattenimento per fini identificativi per un massimo di 180 giorni (ora ridotti a 90) si possa o meno aggiungere un'ulteriore ipotesi di trattenimento disciplinato dai commi 5 e 7, il quale ha – ai sensi del comma 8 – una durata complessiva di un anno. Sul punto in modo più approfondito ASGI, *Le modifiche alla disciplina del trattenimento amministrativo del cittadino straniero, del richiedente protezione internazionale e del cittadino comunitario apportate dal d.l. 113/2018*, in https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2018/10/2018_10_25_scheda_ASGI_art_2_3_4_DL_Immigrazione_113.pdf; ASGI, *Manifeste illegittimità costituzionali delle nuove norme concernenti i permessi di soggiorno per esigenze umanitarie, protezione internazionale, immigrazione e cittadinanza previste dal decreto legge 4 ottobre 2018, n. 113*, in <https://www.asgi.it/>, p. 17.

trattenimento deve aver luogo negli istituti penitenziari, mantenendo il richiedente distinto dai detenuti ordinari e nel rispetto delle condizioni di trattenimento disposto dall'atto europeo. Benché la Relazione illustrativa al decreto affermi la compatibilità del trattenimento con la direttiva, alla luce della possibilità da essa riconosciuto di predisporre il trattenimento in luoghi idonei ma diversi dai CPR¹⁴⁶, tale considerazione non sembra cogliere il rapporto regola – eccezione tra le diverse ipotesi. Se infatti all'art. 10 il trattenimento nei centri di permanenza per il rimpatrio è la regola, l'eccezione è la sua previsione negli istituti penitenziari, di contro, il decreto sembra invertire tale considerazione ponendo come regola il trattenimento nei luoghi indicati dall'art. 10 *ter* del TUI¹⁴⁷. Come viene evidenziato dal Garante nazionale delle persone private della libertà, gli *hotspot* in realtà risultano luoghi inidonei per trattenimenti di lunga durata sia sotto il profilo delle condizioni di accoglienza, sia sotto il profilo dei diritti e servizi che dovrebbero essere garantiti ai soggetti trattenuti¹⁴⁸. Tale nuova forma di trattenimento sembra pertanto rispondere alla necessità di separare e mantenere distinti i richiedenti protezione, la cui identità dovrà essere accertata, dai migranti economici, oggetto di rimpatrio¹⁴⁹, alimentando il sentimento di paura e di sospetto che vede il migrante come un pericolo per la sicurezza pubblica a

¹⁴⁶ Si v. Dossier Decreto immigrazione e sicurezza (d.l. n. 113/2018), novembre 2018, in <http://documenti.camera.it/Leg18/Dossier/Pdf/D18113B.Pdf>, p. 61 ss.

¹⁴⁷ D. Loprieno, *Il trattenimento dello straniero alla luce della l. n. 132 del 2018*, in *Dir. Imm. Citt.*, fascicolo 1, 2019, p. 32.

¹⁴⁸ Così Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, *Parere del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale sul decreto-legge 14 ottobre 2018 n. 113*, cit., p. 7 ss.; in modo più approfondito sui profili di illegittimità costituzionale del trattenimento per fini identificativi, si v. ASGI, *Le modifiche alla disciplina del trattenimento amministrativo del cittadino straniero, del richiedente protezione internazionale e del cittadino comunitario apportate dal d.l. 113/2018*, cit., p. 1 ss.; ASGI, *Decreto Immigrazione e Sicurezza, ASGI: lampante la volontà di restringere i diritti e le libertà degli individui e creare nuove forme di tensione*, in <https://www.asgi.it/>, p. 4 ss.; ASGI, *Manifeste illegittimità costituzionali delle nuove norme concernenti i permessi di soggiorno per esigenze umanitarie, protezione internazionale, immigrazione e cittadinanza previste dal decreto legge 4 ottobre 2018, n. 113*, cit., p. 17 ss.; A. Algostino, *Il decreto "sicurezza e immigrazione" (decreto legge n. 113 del 2018): estinzione del diritto di asilo, repressione del dissenso e disuguaglianza*, in *Costituzionalimo.it*, fascicolo 2, 2018, p. 181 ss.; S. Curreri, *Prime considerazioni sui profili di incostituzionalità del decreto legge n. 113/2018 (c.d. "decreto sicurezza)*, in *Federalismi.it*, 21 novembre 2018, p. 8 ss.; E. Khanari, T. Spadaro, *Brevi considerazioni sui profili problematici delle nuove disposizioni normative di cui al d.l. 113/2018*, in *Dirittifondamentali.it*, 28 novembre 2018, p.10 ss.; D. Loprieno, *Il trattenimento dello straniero alla luce della l. n. 132 del 2018*, cit., p. 28.

¹⁴⁹ A. Algostino, *Il decreto "sicurezza e immigrazione" (decreto legge n. 113 del 2018): estinzione del diritto di asilo, repressione del dissenso e disuguaglianza*, cit., p.185; D. Loprieno, *Il trattenimento dello straniero alla luce della l. n. 132 del 2018*, cit., p. 31.

discapito della tutela dei suoi diritti fondamentali, nello specifico della libertà personale¹⁵⁰.

4. I *diritti politici dello straniero*.

Un'altra questione oggetto di costante dibattito in dottrina in merito alla condizione giuridica dello straniero riguarda il riconoscimento dei diritti politici agli stranieri. L'estensione dei diritti politici ai non cittadini si inserisce a pieno nel dibattito tra "inclusi ed esclusi" che porta le democrazie occidentali a ripensare ai confini dei propri principi democratici e a rispondere alle nuove istanze di inclusione¹⁵¹. I diritti politici, infatti, riferendosi tradizionalmente allo *status civitatis* sarebbero attribuibili esclusivamente al cittadino, rappresentando il segno dell'appartenenza del soggetto alla *polis*. L'estensione di tali diritti si intreccia con la problematica dell'integrazione del non cittadino e la partecipazione alla comunità politica del territorio di residenza¹⁵². L'esito di tale interazione è sempre incerto, potendosi trasformare in una «guerra di posizione»¹⁵³ tra ipotesi di difesa e di apertura. Il nesso «identità – cittadinanza - partecipazione», di per sé, non è più idoneo a fondare l'esclusione per i non cittadini dalla titolarità dei diritti politici; l'appartenenza ad una comunità non è più esclusivamente un carattere originario e etnico, bensì diviene un carattere acquisibile, spesse volte legato a delle scelte di natura personale¹⁵⁴.

Ai fini del riconoscimento dei diritti politici agli stranieri, la dottrina è divisa tra coloro che sostengono la necessità di una revisione costituzionale, e chi invece ritiene sufficiente un intervento legislativo¹⁵⁵. I sostenitori della prima tesi

¹⁵⁰ Si v. A. Algostino, *Il decreto "sicurezza e immigrazione" (decreto legge n. 113 del 2018): estinzione del diritto di asilo, repressione del dissenso e disuguaglianza*, cit., p. 187.

¹⁵¹ D. Sardo, *I diritti politici dei non cittadini*, in F. Angelini, M. Benvenuti, A. Schillacci (a cura di), *Le nuove frontiere del diritto dell'immigrazione: integrazione, diritti, sicurezza. Atti del convegno di Roma, 2-3 febbraio 2011*, Jovene Editore, 2011, p. 327 ss.

¹⁵² Si v. M. Luciani, *La partecipazione politica e i migranti*, in L. Ronchetti (a cura di), *La Repubblica e le migrazioni*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 79. L'art. 9, comma 12, lettera d) del TUI stabilisce, per i titolari di permesso di soggiorno UE di lungo periodo, la possibilità di «partecipare alla vita pubblica locale, con le forme e nei limiti stabiliti dalla normativa vigente».

¹⁵³ G. Bascherini, *Immigrazione e diritti fondamentali, L'esperienza italiana tra storia costituzionale e prospettive europee*, Jovene, Napoli, 2007, p. 402.

¹⁵⁴ D. Sardo, *I diritti politici dei non cittadini*, cit., p. 326 ss.

¹⁵⁵ È bene ribadire che affianco a queste tesi intermedie si pongono anche quelle più estreme. Da un lato coloro che ravvedono nella Costituzione un divieto espresso di estensione dei diritti politici allo straniero, e dall'altro coloro che ritengono che le norme costituzionali permettano, nella loro attuale formulazione, una piena estensione di tali diritti ai non cittadini,

affermano che i diritti politici si riferiscono espressamente al cittadino, si pensi – un esempio fra tutti - al diritto di voto di cui all’art. 48 Cost.; ciò non ne permetterebbe l’estensione ai non cittadini, i quali non detengono lo *status civitatis*. Pertanto, l’unica via percorribile – ai fini di una ipotetica estensione - sarebbe quella della revisione costituzionale¹⁵⁶. Quest’ultima potrebbe garantire agli stranieri un’estensione graduale di tali diritti, andando a evidenziare e mettere al centro il legame con le comunità locali, andando ad arginare la discrezionalità del legislatore ordinario¹⁵⁷. Altri autori, invece, ritengono che ai fini del riconoscimento dei diritti di partecipazione politica sarebbe sufficiente l’intervento del legislatore statale. Infatti, nella Costituzione non esisterebbe nessun divieto di estensione del diritto di voto agli stranieri. Se si volesse ipotizzare il suddetto divieto sarebbe necessario riconoscere l’esistenza di un implicito, o non scritto, principio costituzionale che riconosca l’esercizio di tale diritto come un elemento qualificante della cittadinanza, riconducendolo – per esempio - al concetto di sovranità nazionale¹⁵⁸.

Le tesi intermedie sono quella secondo cui i diritti politici potrebbero essere riconosciuti agli stranieri per legge, in esecuzione del Trattato internazionale ratificato dall’Italia che riconosca tali diritti agli stranieri¹⁵⁹, e la tesi secondo cui si potrebbe per legge riconoscere il diritto di voto alle elezioni locali e regionali, ma non a quelle politiche, in quanto l’art. 1 Cost. pone una riserva di sovranità a favore del popolo, inteso come l’insieme dei cittadini¹⁶⁰, e tra gli atti espressione di sovranità rientrerebbero il diritto di voto alle elezioni per il Parlamento, il voto per il referendum costituzionale ex art. 138 Cost. e il voto per il referendum abrogativo¹⁶¹. Per le medesime ragioni non sarebbero estendibili

rendendo necessaria solo una legge ordinaria. Per un approfondimento puntuale e più dettagliato sulle diverse tesi a riguardo, si veda: A. Algostino, *I diritti politici dello straniero*, Jovene, Napoli, 2006, p. 17 ss.

¹⁵⁶ G. D’Orazio, *Lo straniero nella Costituzione italiana*, cit., p. 268; O. Spataro, *I diritti degli immigrati nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Nuove autonomie*, 2/3, 2013, p. 20 ss.

¹⁵⁷ A. Rauti, *Diritto degli stranieri e modelli di cittadinanza*, cit., p. 209.

¹⁵⁸ E. Grosso, *Straniero (status costituzionale dello)*, cit., p. 158 ss.; B. Caravita Di Toritto, *I diritti politici dei “non cittadini”*, cit., p. 149 ss.

¹⁵⁹ Se, infatti, l’estensione del diritto di voto ai cittadini comunitari trova la sua copertura costituzionale nell’art. 10, comma II per cui la condizione giuridica dello straniero è disciplinata dal legislatore in conformità alla legge e ai trattati internazionali, dunque anche quelli dell’Unione Europea, la medesima copertura non è rintracciabile per quanto attiene al riconoscimento del diritto di voto agli stranieri. A riguardo viene citato il capitolo C della Convenzione di Strasburgo del 1992 che stabilisce il diritto di voto e di eleggibilità alle elezioni locali per gli stranieri, residenti sul territorio da almeno cinque anni precedenti alle elezioni. Se questo fosse stato ratificato dall’Italia rappresenterebbe una copertura, basata su un principio costituzionale, per tale riconoscimento. Cfr. A. Rauti, *Diritto degli stranieri e modelli di cittadinanza*, cit., p. 206 ss.

¹⁶⁰ M. Luciani, *La partecipazione politica e i migranti*, cit., p. 82 ss.

¹⁶¹ Per quanto riguardale elezioni regionali, tale tesi propende per la non estensione del diritto di voto nei confronti degli stranieri, in quanto le Regioni detengono competenza legislativa

nei confronti degli stranieri i doveri di difesa della Patria stabiliti dall'art. 52 che graverebbero dunque solo sui cittadini italiani. In senso contrario rispetto a quest'ultimo assunto devono tuttavia essere citate due sentenze della Corte Cost.: la n. 172 del 1999, e la n. 119/2015. Nella sentenza del 1999 la Consulta – svincolando il concetto di Patria da quello di cittadinanza¹⁶² – stabilisce l'obbligo di leva militare in capo anche agli apolidi; nella sentenza del 2005, ancora, considerando il Servizio Civile Nazionale come una forma non armata di difesa della Patria, ne estende l'accessibilità anche agli stranieri. In tal caso la Corte non solo consente l'estensione agli stranieri dei doveri di difesa della patria, ma in combinato disposto con l'art. 2 Cost. dichiara illegittima una loro esclusione legislativa¹⁶³.

Entrambi gli orientamenti presentano degli elementi che necessiterebbero di una complessa e approfondita valutazione. Infatti, se da un lato la tesi che sostiene la modifica legislativa potrebbe rendere debole il riconoscimento di tali diritti agli stranieri, sottoponendoli alla costante pressione e oscillazione delle maggioranze politiche, al contempo la tesi che guarda alla necessità di una revisione costituzionale dovrebbe importare una ridefinizione del concetto tradizionale di popolo, che necessiterebbe di una ampia e aperta discussione giuridica e culturale, andando ad includere al suo interno anche coloro che non “sono cittadini” ma che diventerebbero titolari di diritti politici.

Ai fini di questa analisi è bene ricordare che la Corte è stata più volte chiamata a pronunciarsi sull'estensione o meno del diritto di voto agli stranieri. Tra le varie sentenze rilevano in particolar modo le nn. 372 e 378 del 2004, nelle quali sono state dichiarate inammissibili le questioni di legittimità costituzionale presentate con riferimento agli statuti della Regione Emilia-Romagna e Toscana volte a promuovere l'estensione del diritto di voto agli emigrati; la Corte, infatti, ha affermato che tali previsioni, anche se inserite in un atto fonte, sono prive di efficacia giuridica, detenendo – invece – il valore di enunciazioni di tipo culturale e politico, ma non normativo¹⁶⁴. Anche la giurisprudenza amministrativa si è

ai sensi dell'art. 117, comma 1. Così M. Luciani, *La partecipazione politica e i migranti*, cit., p. 83 ss.

¹⁶² A. Rauti, *Diritto degli stranieri e modelli di cittadinanza*, cit., p. 202.

¹⁶³ Dunque la difesa non armata della Patria costituirebbe un diritto costituzionale fondamentale e non un diritto di derivazione legislativa. Così A. Rauti, *Diritto degli stranieri e modelli di cittadinanza*, cit., p. 202 ss.; Corte Cost., sent. n. 172/1999; Corte Cost., sent. n. 119/2015.

¹⁶⁴ V. Corte Cost. sent. n. 372/2004; Corte Cost. sent. n. 378/2004. Sul punto si evidenzia come la Corte scelga di neutralizzare le aperture delle suddette Regioni verso il riconoscimento dei diritti di partecipazione politica degli immigrati, sostenendo, nei fatti, l'immobilismo del legislatore statale in tale materia. Si v. G. Bascherini, *Immigrazione e diritti fondamentali*, cit., p. 395 ss.; v. S. Magnanensi, P. Passaglia, E. Rispoli (a cura di), *La condizione giuridica dello straniero extra-comunitario, quaderno predisposto in occasione dell'incontro trilaterale delle Corti Costituzionali italiana, spagnola e portoghese*, Madrid 25-27 settembre 2008, p. 148 ss.; A. Lollo, *Note minime sulla partecipazione alla vita democratica del non cittadino (la giurisprudenza*

pronunciata sul riconoscimento dei diritti di partecipazione politica degli stranieri non cittadini europei residenti in Italia, ribadendo in diverse sentenze come il diritto all'elettorato attivo e passivo sia riconducibile allo status di cittadino italiano¹⁶⁵. In taluni casi vi è stato però un timido riconoscimento di forme di partecipazione politica, quali il diritto di voto alle consultazioni referendarie comunali. Quest'ultimo, infatti, è un diritto rientrante nella potestà statutaria comunale, la cui estensione o meno agli stranieri non è stabilita né dal diritto internazionale, né dalla Costituzione, né dalla legge statali¹⁶⁶.

Ad oggi, dunque, i diritti di partecipazione politica sono legati al solo concetto di cittadinanza, eludendo il rapporto che gli stranieri hanno con il territorio in cui sono stabilmente residenti. Se però la democrazia è per sua natura il governo basato sul consenso dei governati, tra questi ultimi rientrano, a ragion veduta, anche i cittadini stranieri che risiedono stabilmente nel territorio e a cui, invece, vengono negati i diritti di partecipazione politica, tra tutti il diritto di voto¹⁶⁷. Per tale ragione la questione della residenza viene vista come un elemento fondante di partecipazione politica: nel momento in cui la residenza diviene un criterio di attribuzione di benefici costituzionalmente rilevanti, si pensi alle prestazioni assistenziali, il legame con il territorio potrebbe essere ancor più valorizzato quale principio base per la partecipazione alla vita politica consociata¹⁶⁸.

costituzionale sui diritti politici degli stranieri), in www.associazioneitalianacostituzionalisti.it, novembre 2013, p. 1 ss.; B. Caravita di Toritto, *I diritti politici dei "non cittadini"*, cit., p. 133 ss.

¹⁶⁵ V. Consiglio di Stato, I e II sez., n. 11074/04 (6 luglio 2005) sull'esclusione del riconoscimento dell'elettorato attivo e passivo nelle circoscrizioni comunali; Consiglio di Stato, Sez. II, n. 8007/04 (28 luglio 2004), sulla legittimità dell'art. 51 dello Statuto del Comune di Forlì sul riconoscimento dell'elettorato attivo e passivo per i consigli di circoscrizione, in cui si afferma che le forme di partecipazione in tali organi sub-comunali sono coerenti con la Costituzione; di contro v. Consiglio di Stato, sez. I, n. 9771/04 (16 maggio 2005), in cui si nega la legittimità del riconoscimento dell'elettorato attivo e passivo degli stranieri sia nelle elezioni comunali che nelle circoscrizioni. Per una disamina più attenta ed esaustiva si rimanda a *La condizione giuridica dello straniero extra-comunitario*, cit., p. 148 ss.

¹⁶⁶ Si v. TAR Veneto n. 1648/2000; TAR Firenze (sez. I n. 316/1998). Per un'analisi più dettagliata della giurisprudenza amministrativa si v. *La condizione giuridica dello straniero extra-comunitario*, cit., p. 148 ss.

¹⁶⁷ V. Onida, *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, p. 16; G. Bascherini, *Immigrazione e diritti fondamentali*, cit., p. 385 ss.

¹⁶⁸ A. Rauti, *Diritto degli stranieri e modelli di cittadinanza*, cit., p. 213 ss.; D. Sardo, *I diritti politici dei non cittadini*, cit., p. 327; M. Luciani, *La partecipazione politica e i migranti*, cit., p. 84 ss. Nel sostenere tale tesi, l'autore analizza due sentenze. La prima è la sentenza della Corte Costituzionale n. 172 del 2013 nella quale, nel riconoscere la possibilità di introdurre discipline differenziate per talune prestazioni assistenziali, pone la residenza come criterio per l'attribuzione di prestazioni costituzionalmente rilevanti. La seconda sentenza è della Corte Europea dei diritti dell'uomo "*Schindler vs. United Kingdom*" del 2013 con la quale si stabilisce che la legge del Regno Unito che non riconosce il diritto di voto alle elezioni parlamentari per coloro che risiedono all'estero da più di 15 anni è conforme al nesso esistente tra le elezioni

5. *Il diritto di asilo nella Costituzione: l'art. 10 comma III e la sua genesi.*

L'art. 10 della Costituzione italiana, oltre a disciplinare al II comma la condizione giuridica dello straniero, al comma III stabilisce che «*lo straniero al quale sia impedito nel suo paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana ha diritto d'asilo nel territorio della Repubblica, secondo le condizioni stabilite dalla legge*».

Se si raffronta il testo italiano con quello di altri Paesi, quali il preambolo della Costituzione della IV Repubblica Francese e l'art. 129 della Costituzione Sovietica – che furono presi in considerazione durante i lavori della Costituente –, si nota come nel nostro testo il riconoscimento del diritto si distacca completamente dalla nozione di persecuzione e slega la protezione dall'idea dell'“azione” compiuta dal richiedente, a differenza delle Costituzioni francese e sovietica. Da ciò, pertanto, derivano modelli differenti di asilo: quello italiano che guarda all'individuo come persona, come essere umano; quello francese e sovietico che paiono ancorare l'asilo politico al compimento di azioni per difendere ideali, valori in cui lo Stato si identifica¹⁶⁹.

In seno all'assemblea costituente la discussione si concentrò in particolar modo sulla definizione dell'ambito soggettivo e oggettivo di tale diritto. Il clima storico conseguente al regime animò fortemente la discussione e portò a orientamenti differenti taluni restrittivi, talaltri più liberali ed estensivi. In modo sintetico possono essere messe in luce tre tendenze differenti: quella comunista, quella socialista e quella democristiana¹⁷⁰. La tesi comunista, più restrittiva, sosteneva che una Costituzione antifascista non potesse riconoscere il diritto di asilo a coloro che nel proprio Paese si fossero macchiati degli stessi delitti compiuti dai fascisti. Tale orientamento faceva sì che l'asilo potesse essere

politiche e la partecipazione alla vita politica, e non appare in contrasto con l'art. 3, del Protocollo n.1, rubricato “*Diritto a libere elezioni*”. Partendo da tale sentenza, e argomentando al contrario, l'autore sostiene che se la legge inglese esclude dal diritto di voto alle elezioni parlamentari per coloro che risiedono all'estero e non hanno più un rapporto stabile con lo Stato, al contempo il concetto di stabile residenza potrebbe essere utilizzato il riconoscimento del diritto di voto agli stranieri, fermo restando le limitazioni e differenziazioni dall'autore evidenziate.

¹⁶⁹ Così P. Passaglia, *Il diritto d'asilo tra riconoscimento costituzionale, (in)attuazione legislativa e prospettive comunitarie*, in *Il rispetto delle regole, scritti in onore di Alessandro Pizzorusso*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 64.

¹⁷⁰ C. Esposito, *Asilo, (Diritto di)*, cit., p. 526 ss.

concesso solo ai “perseguitati”¹⁷¹ che avevano combattuto per le libertà e i diritti dei lavoratori. La nozione di perseguitati, quindi, veniva intesa in senso limitante¹⁷²: è sicuramente viva nelle menti dei padri costituenti l’esperienza del regime fascista e delle persecuzioni subite, che portò a orientarsi verso il riconoscimento di tale diritto solo «*per aver difeso i diritti delle libertà e del lavoro*»¹⁷³. Tale tesi era infatti votata a due finalità fondamentali: negare il diritto d’asilo a coloro che in un regime fascista avessero lottato non per instaurare un regime democratico, ma per sostenere posizioni autoritarie non dissimili da quelle del regime; ed escludere dal godimento di tale diritto coloro ai quali, uno Stato socialista, avesse negato l’esercizio delle libertà fondamentali in quanto attori di attività anti democratiche¹⁷⁴.

Il secondo orientamento, quello socialista, presentava delle limitazioni affini pur se per taluni versi più estensive rispetto a quelle comunista. Il diritto d’asilo doveva essere riconosciuto a tutti coloro che avessero lottato per «*le libertà garantite dalla Costituzione*»¹⁷⁵: secondo questa tesi, l’espressione sostenuta dalla fazione comunista «*aver difeso i diritti di libertà e del lavoro*» non poteva essere presente nel testo costituzionale, ove non potevano essere sancite delle limitazioni a tale diritto. A riguardo sono emblematiche le parole dell’onorevole Tonelli «*noi vogliamo che i combattenti onesti di un’idea trovino aperte le vie del mondo e che la Costituzione affermi questo diritto sacro di ospitalità, senza limitazioni. Le limitazioni saranno fatte nei Codici Penali dei singoli Stati, ma non devono apparire in Costituzione*»¹⁷⁶. A prevalere, però, fu la linea ancor più estensiva e liberale della fazione democristiana e socialdemocratica, secondo cui il diritto d’asilo doveva essere garantito a tutti i soggetti a cui lo Stato di origine negasse o ledesse i diritti fondamentali stabiliti dalla Costituzione italiana. Dunque, il concetto di persecuzione viene meno, e la portata del diritto viene estesa a tutti gli stranieri ai quali, nel proprio Paese di origine o di provenienza, venga negato l’esercizio delle libertà fondamentali. Il

¹⁷¹ R. Ravagnan (Assemblea Costituente, seduta antimeridiana dell’11 aprile 1947), in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea costituente*, vol.VI, Roma, 1971, p. 792.

¹⁷² R. Ravagnan, (Assemblea Costituente, seduta antimeridiana dell’11 aprile 1947), in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea costituente*, cit., p. 793.

¹⁷³ Tale emendamento fu proposto dall’onorevole Treves. Si v. C. Treves, (Assemblea Costituente, seduta antimeridiana dell’11 aprile 1947), in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea costituente*, cit., p. 792 ss.

¹⁷⁴ Essi guardavano con preoccupazione alla possibile caduta del regime franchista, in tale ipotesi, il riconoscimento di un diritto d’asilo indiscriminato avrebbe comportato la fuga dalla Spagna di soggetti legati al regime. A. Cassese, *Sub artt. 10-12*, cit., p. 528 ss.

¹⁷⁵ U. Tupini, (Assemblea Costituente, seduta antimeridiana dell’11 aprile 1947), in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea costituente*, cit., p. 794 ss.

¹⁷⁶ T. Tonello, (Assemblea Costituente, seduta antimeridiana dell’11 aprile 1947), in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea costituente*, cit., p. 794 ss.; sul punto si v. A. Cassese, *Sub artt. 10-12*, cit., p. 539.

riferimento è sì alle libertà garantite dalla Costituzione, ma - in un'ottica estensiva - si guarda anche all'ipotesi in cui la negazione riguardi una libertà che è solo astrattamente presente nella Costituzione dello Stato estero¹⁷⁷.

Il comma III dell'art. 10 è quindi l'espressione più ampia che la nostra Costituzione presenta per la tutela dei diritti fondamentali, in particolar modo con riferimento ai diritti della persona umana: si tratta, infatti, di un'impostazione che tende ad ampliare il novero delle ipotesi in cui tale protezione viene concessa. È infatti nell'art. 10 comma III che si esprime in maniera chiara e preponderante la visione dei Costituenti sui diritti della persona umana, la necessità di «*far emergere la dimensione dell'uomo in quanto uomo*»¹⁷⁸.

Il Costituente attraverso gli artt. 10 e 11 ha voluto rappresentare una rottura con il nazionalismo del regime fascista, mostrando al contempo un'apertura verso l'ordinamento internazionale e verso la protezione dei diritti fondamentali eventualmente violati o non rispettati dagli altri Stati¹⁷⁹, e ancor di più ha voluto sottrarre il diritto d'asilo alla discrezionalità amministrativa, evitando che questo potesse diventare una mera concessione da parte del Governo e non un diritto spettante al cittadino straniero nel caso di violazione delle sue libertà fondamentali.

Nella Costituzione italiana l'asilo è un diritto soggettivo perfetto, volutamente annoverato tra i diritti fondamentali, esso è «*(una) bussola nel mare agitato del diritto degli stranieri*»¹⁸⁰. Così come accade nel comma II, anche in quello successivo la Carta fondamentale pone un limite all'attività amministrativa, esso contiene, infatti, una riserva di legge assoluta che fa sì che solo un atto normativo primario possa andare a specificare le condizioni di attuazione del diritto d'asilo, delle sue modalità e della sua cessazione. La *ratio* di questa scelta è riconducibile alla natura dell'asilo in quanto diritto di libertà che esula dalla discrezionalità amministrativa. Tale norma, dunque, contiene al contempo un dovere per il legislatore ordinario affinché dia attuazione alla norma e un obbligo nei confronti della pubblica amministrazione a non disciplinare la materia¹⁸¹.

Per quanto attiene agli elementi costitutivi della fattispecie, dal punto di vista soggettivo, i destinatari del diritto d'asilo sono i cittadini stranieri e gli apolidi che non possono esercitare nel proprio Paese o nello Stato di residenza le

¹⁷⁷ A. Cassese, *Sub artt. 10-12*, cit., p. 531 ss.; M. Benvenuti, *Il diritto d'asilo nell'ordinamento italiano, un'introduzione*, Cedam, 2007, p. 23 ss.

¹⁷⁸ M. Benvenuti, *Il diritto d'asilo nell'ordinamento italiano*, cit., p. 18. Sul punto, si v: A. Cassese, *Sub artt. 10-12*, cit., p. 532.

¹⁷⁹ L. Minniti, *La Costituzione italiana come limite alla regressione e spinta al rafforzamento della protezione internazionale dello straniero in Europa*, in *Quest. Giust.*, 2, 2018, p. 8.

¹⁸⁰ *Ibidem*.

¹⁸¹ Cfr. A. Cassese, *Sub artt. 10-12*, cit., p. 533 ss.; M. Asprone, *Il diritto di asilo e lo status di rifugiato*, Aracne editrice, Roma, 2012, p. 39; M. Benvenuti, *Il diritto d'asilo nell'ordinamento italiano, un'introduzione*, cit., p. 49 ss.

libertà democratiche. Per lungo tempo si è discusso sull'estensione o meno di tale diritto ai soli cittadini stranieri o anche agli apolidi; la visione estensiva, invero, pare conforme allo spirito della Costituzione e della norma stessa che riconosce tale diritto a coloro che non possono esercitare nel proprio Paese le libertà democratiche. Proprio la dicitura «nel suo Paese» sarebbe infatti espressione della volontà del costituente di prescindere, ai fini del riconoscimento di tale diritto, «dalla qualifica giuridica impressa all'individuo dall'ordinamento dello Stato estero»¹⁸². Viene inoltre ribadito come gli apolidi, ossia i soggetti privi di cittadinanza, risultino ancor meno tutelati dal Paese di provenienza, e pertanto – se sottoposti a violazioni delle libertà democratiche – detengano, al pari dei cittadini stranieri, il diritto al riconoscimento del diritto d'asilo¹⁸³.

Per quanto riguarda, invece, i presupposti del riconoscimento del diritto è sufficiente che sia negato l'esercizio delle libertà democratiche stabilite dalla Costituzione. Tale espressione deve essere intesa nel suo senso più ampio, ossia a ricomprendere tutte le libertà e diritti sanciti dalla Carta fondamentale, anche se non proclamate dai testi normativi del Paese d'origine o di provenienza dello straniero. Infatti, anche il solo mancato esercizio di una delle libertà costituzionali può essere sufficiente al riconoscimento dell'asilo ai sensi del comma III dell'art. 10; invero, l'asilo può essere negato solo a coloro che abbiano compiuto atti contrari a una Costituzione democratica, se essa è ancora vigente¹⁸⁴.

L'accertamento di tale impedimento è dunque la causa giustificativa per il suo ottenimento e avviene in relazione al sistema di libertà garantite dalla Costituzione italiana e alla situazione dello Stato del richiedente. Pertanto, anche se si dovesse trattare di uno Stato democratico ove però al soggetto non vengano garantite le libertà fondamentali, sussisterebbero comunque i presupposti per presentare tale richiesta¹⁸⁵, in quanto il riconoscimento di tale diritto dipende dall'impedimento e dalla sua valutazione in quanto situazione «concreta e negativa»¹⁸⁶. Questi due caratteri rilevano in modo pregnante, da un lato, la concretezza fa sì che il riconoscimento del diritto d'asilo avvenga anche quando tale impedimento non sia ad opera di agenti statali, ma derivi – per esempio - da organizzazioni quali partiti, in un quadro di inadeguatezza dello Stato di origine o di appartenenza a garantire una forma di protezione¹⁸⁷; dall'altro, il carattere

¹⁸² A. Cassese, *Sub artt. 10-12*, cit., p. 535.

¹⁸³ Così M. Benvenuti, *Il diritto d'asilo nell'ordinamento italiano, un'introduzione*, cit., p. 51 ss.

¹⁸⁴ C. Esposito, *Asilo, (Diritto di)*, cit., p. 536 ss.; A. Cassese, *Sub artt. 10-12*, cit., p. 535 ss.; M. Benvenuti, *Il diritto d'asilo nell'ordinamento italiano, un'introduzione*, cit., p. 67 ss. Il quale parla, con riferimento all'espressione libertà garantire nella Costituzione italiana, di elemento di *idealità* che si accompagna a quello dell'*effettività* della situazione di impedimento in cui si trova lo straniero.

¹⁸⁵ E. Cannizaro, A. Caligiuri, *Art. 10*, cit., p. 242 ss.

¹⁸⁶ M. Benvenuti, *Il diritto d'asilo nell'ordinamento italiano, un'introduzione*, cit., p. 23.

¹⁸⁷ *Ibidem*.

negativo importa che l'impedimento è da intendersi come fatto ostativo limitativo delle libertà fondamentali e incidente sulla sfera individuale, senza che sia necessario nessun atto o comportamento persecutorio¹⁸⁸.

Come in precedenza affermato, il diritto d'asilo ad oggi viene qualificato come un diritto soggettivo perfetto, che comporta una pretesa ad essere ammessi e all'ingresso e al soggiorno a titolo provvisorio, fintanto che non avviene l'accertamento delle condizioni stabilite dalla Carta¹⁸⁹. Si è per lungo tempo discusso sulla natura di tale norma, ossia se si trattasse di una norma programmatica o precettiva. Nel primo caso, infatti, in assenza di una legge di attuazione del comma III, art. 10 Cost., la protezione accordata ai richiedenti asilo sarebbe circoscritta a quanto stabilito dalla Convenzione di Ginevra del 1951 riferita allo status di rifugiato. Conseguentemente la portata applicativa del dettato costituzionale apparirebbe fortemente limitata. Infatti, la nozione di rifugiato politico e di richiedente asilo sono distinte sia per l'ambito di applicazione che per il contenuto, essendo la prima riferita al solo perseguitato politico, mentre la seconda è riferibile a un più ampio novero di violazioni. Sebbene sovrapponibili le due normative sono distinte: se ai sensi della Convenzione di Ginevra lo status di rifugiato viene riconosciuto nel caso di fondato timore di persecuzione per ragione politiche, di razza o di credo religioso, tale requisito – di contro – non è presente alla lettera dell'art. 10 Cost, comma III. Ancora, la Convenzione non riconosce un vero e proprio diritto d'asilo ai rifugiati, ciò non comporta un trattamento di maggiore favore per colui a cui vengono limitate o negate le libertà democratiche rispetto al perseguitato politico.

Nel caso in cui, invece, si riconosca natura precettiva al dettato costituzionale, l'esercizio del diritto d'asilo non potrebbe essere limitato o negato, pur di assenza di una legge di attuazione. Sebbene il comma III stabilisca una riserva di legge assoluta e il diritto d'asilo debba essere garantito nelle «*condizioni stabilite dalla legge*», la giurisprudenza di legittimità ha precisato che la norma detiene un carattere precettivo. La disposizione costituzionale, pur necessitando di disposizioni legislative di attuazione volte a definire o specificare presupposti, modalità di attuazione, condizioni di esercizio (per esempio, la determinazione di un numero massimo di ingresso) e cessazione del diritto d'asilo, delinea con sufficiente chiarezza la fattispecie, che fa nascere in capo allo straniero il diritto d'asilo, la cui causa giustificativa è l'impedimento all'esercizio delle libertà democratiche nel proprio Paese.

Quindi «[. . .] l'art. 10, terzo comma, Cost. attribuisce direttamente allo straniero quale si trovi nella situazione descritta da tale norma un vero e proprio diritto soggettivo all'ottenimento dell'asilo, anche in mancanza di una legge che,

¹⁸⁸ M. Benvenuti, *Il diritto d'asilo nell'ordinamento italiano, un'introduzione*, cit., p. 54 ss.; G. D'Orazio, *Lo straniero nella Costituzione italiana*, cit. p. 82.

¹⁸⁹ E. Cannizaro; A. Caligiuri, *Art. 10*, cit., p. 242 ss.; M. Asprone, *Il diritto di asilo e lo status di rifugiato*, cit., p. 39.

*del diritto stesso, specifichi le condizioni di esercizio e le modalità di godimento»*¹⁹⁰. Pur mancando una disciplina organica, il diritto di asilo – in attesa dell'esame della domanda - deve essere riconosciuto allo straniero. L'accertamento dell'esistenza del requisito oggettivo, ossia dell'impedimento dell'esercizio delle libertà democratiche, non è dunque necessario ai fini dell'ingresso e del soggiorno: per tale ragione viene distinto *l'asilo provvisorio*, che è la condizione antecedente all'accertamento dell'effettivo impedimento, dall'*asilo definitivo* che è invece successivo all'accertamento della sussistenza di tale impedimento ad opera dei pubblici poteri¹⁹¹.

Dunque il diritto di asilo deve intendersi non tanto come diritto all'ingresso nel territorio dello Stato, quanto come il diritto all'accesso nel territorio dello Stato per essere ammessi all'esame della domanda: conseguentemente l'esercizio di tale diritto comporta un divieto di respingimento alla frontiera, anche nell'ipotesi in cui il soggetto risulti privo dei requisiti stabiliti dalla legge ordinaria per l'ammissione dello straniero nel territorio dello Stato¹⁹². Lo straniero ha infatti diritto a essere ammesso e a permanere nel territorio italiano al fine di presentare la domanda di asilo finché questa non viene esaminata; inoltre – in caso di diniego – ha diritto a permanere fino all'esaurimento dei rimedi giurisdizionali.

Il regime giuridico della protezione internazionale, che secondo la giurisprudenza della Corte di Cassazione e della Corte costituzionale costituisce l'inveramento nell'ordinamento legislativo del diritto di asilo¹⁹³, conferma tali assunti. Allo straniero che presenta domanda di asilo deve essere garantito il soggiorno temporaneo in attesa dell'esito della valutazione della domanda. Lo straniero viene informato dallo Stato della possibilità di presentare la domanda di protezione internazionale che può essere presentata ai CAS, alla polizia di frontiera, alla questura del luogo di residenza. Da tale presentazione derivano diritti e doveri per il richiedente: questi dovrà essere informato sulle condizioni di accoglienza¹⁹⁴, otterrà un permesso di soggiorno per attesa asilo della durata di sei mesi rinnovabile fino alla decisione della domanda, il diritto all'assistenza sanitaria¹⁹⁵ e all'istruzione per i minori, e il diritto di lavorare trascorsi sessanta giorni dalla presentazione della domanda, ove il ritardo non sia ascrivibile al

¹⁹⁰ Corte Cass., sez. un., sent. n. 4674/1997.

¹⁹¹ Così P. Bonetti, *Il diritto di asilo*, cit., p. 1150 ss. Il diritto di asilo pone un obbligo a carico dello Stato a ch  riconosca un diritto allo straniero, ma i numerosi interventi legislativi di parziale e spesso confusionaria attuazione dell'asilo costituzionale, hanno garantito allo Stato il potere circa l'“an” della protezione, rendendolo «non pi  come un diritto dello straniero, ma come una graziosa concessione dei pubblici poteri»: cos  P. Passaglia, *Il diritto d'asilo tra riconoscimento costituzionale, (in)attuazione legislativa e prospettive comunitarie*, cit., p. 70.

¹⁹² P. Bonetti, *Il diritto di asilo*, cit., p. 1150 ss.

¹⁹³ V. *infra*, cap. 2 par. 6.

¹⁹⁴ Art. 3 d. lgs. n. 142/2015.

¹⁹⁵ Art. 21 d. lgs. n. 142/2015.

richiedente¹⁹⁶. Per quanto attiene ai doveri gravanti sul richiedente questi deve informare del cambio di residenza o domicilio se è diverso dal centro di accoglienza. Inoltre può essere trattenuto nei Centri di Permanenza per i Rimpatri (CPR) per ragioni altre rispetto all'esame della domanda, quali, a mero titolo esemplificativo, il pericolo per l'ordine e la sicurezza pubblica ed il rischio di fuga¹⁹⁷.

La domanda verrà valutata dalle Commissioni territoriali site presso le prefetture, e la procedura sarà differente a seconda del carattere ordinario o prioritario della domanda, della maggiore o minore celerità e della gradazione dell'ordine della prova. Contro il provvedimento negatorio delle Commissioni territoriali è ammessa l'impugnazione presso le Sezioni Specializzate in materia di immigrazione, protezione internazionali e libera circolazione dei cittadini UE del Tribunale, il rito è camerale e contro la decisione non è ammesso appello¹⁹⁸.

Se il presupposto del diritto d'asilo, enunciato in modo chiaro al comma III dell'art. 10 Cost. è l'impedimento all'esercizio delle libertà democratiche, ne consegue che – al venir meno di tale impedimento - vi sarà la cessazione del godimento del diritto d'asilo costituzionale come effetto di un provvedimento dell'autorità giudiziaria. Al di là di tale ipotesi, vi sono altre fattispecie di cessazione e revoca del diritto d'asilo: l'espulsione dello straniero ai sensi dell'art. 235 del c.p. per una pena detentiva superiore ai due anni, il mancato rispetto delle leggi stabilite dal nostro ordinamento; ancora, nell'ipotesi in cui le documentazioni e le certificazioni attestanti lo stato di impedimento all'esercizio delle libertà democratiche risultassero false. Inoltre, così come è previsto per lo status di rifugiato politico, l'estinzione di tale diritto si verifica nell'ipotesi in cui il soggetto attui dei comportamenti dai quali sia desumibile la volontà di ripristinare dei rapporti con il Paese di origine o provenienza, e dai quali sia possibile dedurre il venire meno dell'impedimento all'esercizio delle libertà democratiche. Per esempio, l'ipotesi in cui il soggetto accetti cariche politiche/istituzionali nello Stato di provenienza, o vi presti servizio militare, o ancora nel caso in cui questi manifesti tale volontà o quella di ristabilire dei rapporti con lo Stato di origine o provenienza¹⁹⁹.

¹⁹⁶ Art. 22 d. lgs. n. 142/2015.

¹⁹⁷ Art. 6 d. lgs. n. 142/2015.

¹⁹⁸ In modo più approfondito si v. R. Cherchi, *La disciplina costituzionale dello straniero*, in corso di pubblicazione, p. 11 ss.

¹⁹⁹ Cfr. M. Benvenuti, *Il diritto d'asilo nell'ordinamento italiano, un'introduzione*, cit., p.150 ss.; A. Cassese, *Sub artt. 10-12*, cit., p. 538; Si v. L. Minniti, *La Costituzione italiana come limite alla regressione e spinta al rafforzamento della protezione internazionale dello straniero in Europa*, cit., p. 10 ss. Sul diritto di asilo si v. inoltre M. Benvenuti, *Il diritto d'asilo nell'ordinamento italiano, un'introduzione*, cit., p.150 ss.; A. Cassese, *Sub artt. 10-12*, cit., p. 538; P. Bonetti, *Il diritto di asilo*, cit., p. 1135 ss.; P. Passaglia, *Il diritto d'asilo tra riconoscimento costituzionale, (in)attuazione legislativa e prospettive comunitarie*, cit., p. 64 ss. ; E. Cannizaro; A. Caligiuri, *Art. 10*, cit., p. 242 ss.; M. Asprone, *Il diritto di asilo e lo status di rifugiato*, cit., p. 39

6. «Controlled borders and open doors» tra Costituzione e giurisprudenza relativa al diritto d'asilo.

Alla nitida precisione del dettato costituzionale nel disciplinare il diritto di asilo non ha fatto seguito una altrettanto chiara attuazione legislativa. Il legislatore, infatti, si è mostrato reticente dinnanzi alla materia oggetto della nostra analisi. Il Testo Unico sull'Immigrazione²⁰⁰, ossia il principale corpo normativo in materia migratoria, si pone come «attuazione dell'art. 10, secondo comma della Costituzione»²⁰¹, ma nulla stabilisce per quanto attiene, invece, alla disciplina dell'asilo costituzionale. In questo vuoto normativo ha quindi acquisito centralità la giurisprudenza, che con numerose pronunce ha interpretato e attuato la Costituzione. Inizialmente le si attribuì natura di norma programmatica, per cui si negò all'asilo la natura di diritto soggettivo perfetto in assenza di una legge ordinaria che ne definisse il contenuto²⁰². È stata la prima sentenza della Corte Costituzionale, n. 1 del 1956, a mutare tale orientamento: in essa – come è noto – venne sancita la non rilevanza della distinzione tra norme precettive e programmatiche nei giudizi di legittimità costituzionale. Tale orientamento ha comportato delle conseguenze anche per l'interpretazione dell'art. 10 comma 3 Cost. non più come fondamento di una norma programmatica ma come fonte di un diritto soggettivo perfetto, direttamente applicabile e efficace²⁰³.

Nel corso del tempo l'andamento seguito dalla Corte di Cassazione è stato ondivago: alcune volte si è affermata la netta separazione tra l'asilo costituzionale e le altre forme di protezione internazionale; talaltre si è sostenuta l'esistenza di un rapporto di *genus-species*; altre ancora, infine, si è affermata la sovrapposizione tra i vari istituti. Partendo dalla sentenza n. 4674 del 1997 della Cassazione si cercherà di individuare gli orientamenti della giurisprudenza al fine

ss.; C. Esposito, *Asilo, (Diritto di)*, cit., p. 536 ss.; B. Nascimbene, *Asilo e statuto di rifugiato*, cit., p. 281 ss.

²⁰⁰ D. lgs n. 286/1998.

²⁰¹ Art. 1, comma 1 TUI.

²⁰² A.C. Jemolo, *Sezione IV; Decisione 27 Febbraio 1952*, n. 208; Pres. Papaldo P., Est. Pierro; Starkov (Avv. Jemolo) c. Ministero Degli Interni (Avv. Dello Stato Carbone), in *Il Foro Italiano*, vol. 75, 1952, p. 107 ss.

²⁰³ Così C. Esposito, *Asilo, (Diritto di)*, cit., p. 536 ss.; M. Benvenuti, *Il diritto d'asilo nell'ordinamento italiano, un'introduzione*, cit., p. 31 ss.; P. Passaglia, *Il diritto d'asilo tra riconoscimento costituzionale, (in)attuazione legislativa e prospettive comunitarie*, cit., p. 65 ss. A. Cassese, *Sub artt. 10-12*, cit., p. 5; G. Battistella (a cura di), *Il Dizionario socio-pastorale delle Migrazioni*, in *Dizionari San Paolo*, Edizioni San Paolo, 2010, p. 26 ss.

di valutare se il diritto d'asilo, istituto di natura costituzionale, sia stato pienamente applicato in via giurisprudenziale²⁰⁴.

Si seguirà la suddivisione delle decisioni dei giudici in «*quattro stagioni giurisprudenziali*»²⁰⁵, dagli anni Novanta fino al 2018, per giungere poi alle sentenze successive al d.l. n. 113/2018, convertito in l. n. 132/2018, che ha abrogato la clausola generale fondante la protezione umanitaria di cui all'art. 5, comma 5 TUI (poi sostanzialmente reintrodotta dal decreto legge n. 130/2020 convertito nella l. n. 173/2020)²⁰⁶, per valutare se questa importante modifica legislativa abbia intaccato la piena attuazione del diritto costituzionale di asilo.

Come già affermato in precedenza, è con la sentenza del Cass. SS. UU. 4674/1997 che i giudici della Corte Suprema si sono pronunciati per la prima volta sulla natura dell'istituto e sull'applicazione diretta del comma terzo dell'art. 10 Cost. Secondo la Corte, benché la disposizione costituzionale necessiti di leggi che ne specifichino le condizioni e le modalità di esercizio, l'art. 10, comma 3 – stante il suo carattere precettivo e dunque la sua diretta operatività – delinea con sufficiente chiarezza la fattispecie, le cause di giustificazione (l'impedimento all'esercizio delle libertà democratiche nel proprio Paese), e l'effettività come criterio per l'accertamento della data situazione²⁰⁷. Il carattere precettivo e la sua diretta applicabilità vengono affermate anche in alcune sentenze successive: la n. 907 del 1999 e la n. 8423 del 2004 nella quale la Cassazione ribadisce che «*la mancata attuazione dell'art. 10, comma III, della Cost. non potrebbe poi in alcun modo essere d'ostacolo alla sua forza cogente*»²⁰⁸.

Le sentenze della Cassazione si sono inoltre occupate del rapporto tra lo status di richiedente asilo e quello di rifugiato politico. Già nel 1997 le S.U. hanno affermato la non coincidenza tra la disposizione costituzionale e la normativa sui rifugiati politici. Quest'ultima, infatti, ha una dimensione più ridotta rispetto a quella degli asilanti, in quanto fondata sul «forte timore di essere perseguitato», requisito che non è invece presente al comma III dell'art. 10 dove, ai fini della

²⁰⁴ Sul dibattito circa l'attuazione o inattuazione legislativa del diritto di asilo, si v. M. Benvenuti, *La forma dell'acqua. Il diritto d'asilo costituzionale, tra attuazione, applicazione e attualità*, in *Quest. Giust.*, 2/2018, p. 15 ss.; M. Benvenuti, *Andata e ritorno per il diritto d'asilo costituzionale*, in *Dir. Imm. Citt.*, fascicolo 2, 2010, p. 36 ss.; E. Khanari, *Brevi riflessioni in tema di sostanziale disconoscimento del diritto costituzionale d'asilo nella recente giurisprudenza di legittimità*, in www.forumcostituzionale.it, 31 agosto 2014, p. 1 ss.; *contra*: P. Bonetti, *Il diritto d'asilo in Italia dopo l'attuazione della direttiva comunitaria sulle qualifiche e sugli status di rifugiato e di protezione sussidiaria*, in *Dir. Imm. Citt.*, X, -1-2008, p. 16 ss.

²⁰⁵ Così M. Benvenuti, *La forma dell'acqua. Il diritto d'asilo costituzionale, tra attuazione, applicazione e attualità*, cit., p. 15.

²⁰⁶ In modo più approfondito sulla suddetta novella normativa (d.l. n. 130/2020), si v. cap. 3, par. 7.

²⁰⁷ Cass., sez. un., sent. n. 4674/1997.

²⁰⁸ Cass., sez. un., sent. n. 8423/2004.

richiesta d'asilo, è sufficiente che allo straniero sia impedito nel proprio Paese l'esercizio delle libertà fondamentali garantite dalla Costituzione²⁰⁹.

La sentenza del 1997, quella del 1999 e quella del 2004 si occupano, inoltre, di chiarire che rapporto intercorre tra la categoria di richiedente asilo e quella di rifugiato.

La Corte nelle successive pronunce - la n. 907/1999 e la n. 8423/2004 - ha ribadito la distinzione tra le due situazioni e la portata più estensiva del dettato costituzionale. Al contempo, però, ha affermato che i due istituti, benché distinti e differenti, devono essere accomunati dal punto di vista della tutela processuale. La Convenzione di Ginevra del 1951, infatti, riconosce ai rifugiati politici il libero accesso ai tribunali del territorio degli Stati contraenti. Pertanto, i provvedimenti assunti nell'ambito della procedura riguardante lo status di rifugiato politico sono volti all'accertamento di un diritto soggettivo, conseguentemente la giurisdizione - anche in tale materia come nel diritto d'asilo - spetterà al giudice ordinario, poiché tutti i provvedimenti detengono natura dichiarativa-accertativa e non costitutiva²¹⁰.

Negli anni successivi l'orientamento del giudice di legittimità muta, alla luce - ad onore del vero - di una base legislativa confusionaria, che ha creato commistione tra le due categorie. Il legislatore, infatti, ha disciplinato solo la categoria dei rifugiati politici utilizzando il termine asilo. Nei fatti, né la legge Martelli del 1990, né il Testo Unico sull'Immigrazione - benché si tratti di un corpo normativo volto a regolamentare l'intera condizione giuridica dello straniero - sembrano aver attuato la riserva di legge del comma III, dell'art. 10 Cost. mantenendo quest'ultimo inattuato²¹¹: «[...] il dettato costituzionale di cui all'art. 10 Cost. ha ricevuto attuazione e operatività nel nostro ordinamento mediante l'emanazione di leggi in cui destinatari sono i richiedenti asilo politico, che viene conferito con la formula del "rifugio politico"»²¹².

Se dunque fino agli anni Novanta la Corte di Cassazione aveva sostenuto la distinzione tra rifugio ed asilo, a partire dal 2005 le due categorie vengono accumulate dal punto di vista funzionale, e la Corte Suprema è sembrata tendere

²⁰⁹ Cass., sez. un., sent. n. 4674/1997.

²¹⁰ Cass. sez. un., sent. n. 907/1999; Cass. sez. un., sent. n. 8423/2004 «tutti i provvedimenti assunti al proposito, e con particolare riguardo a quelli occorsi nell'ambito della procedura afferente l'invocato status di rifugiato, ha osservato la Corte, non possono che avere natura dichiarativa-accertativa avendo essi ad oggetto il riconoscimento di un diritto soggettivo, con la conseguenza che le controversie relative al diniego di tale riconoscimento ed al permesso di soggiorno ad esso strumentale rientrano nella giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria».

²¹¹ M. Benvenuti, *La forma dell'acqua. Il diritto d'asilo costituzionale, tra attuazione, applicazione e attualità*, cit., p. 16 ss.; E. Xhanari, *Brevi riflessioni in tema di sostanziale disconoscimento del diritto costituzionale d'asilo nella recente giurisprudenza di legittimità*, cit., p. 3.

²¹² Cass., sez. un. sent. n. 25028/2005.

verso una «*visione internazionalista*»²¹³, per cui la domanda d'asilo viene vista come proceduralmente strumentale all'ottenimento dello *status* di rifugiato politico.

Nella sentenza n. 25028/2005, infatti, la distinzione suddetta pare cadere. Secondo il giudice di legittimità il diritto d'asilo non deve intendersi quale diritto all'ingresso nel territorio dello Stato, ma come il diritto di accedervi per poter presentare la domanda per il riconoscimento dello *status* di rifugiato. Nelle more di tale procedimento lo straniero non è un richiedente rifugio, ma un asiliante²¹⁴, pertanto, afferma la Corte: «*il diritto di asilo è un diritto risolutivamente condizionato al mancato accoglimento della domanda di riconoscimento dello status o qualifica di rifugiato politico*»²¹⁵. In tal modo la Corte accumuna il diritto d'asilo al permesso di soggiorno temporaneo, il valore costituzionale di tale diritto parrebbe appiattito sullo status di rifugiato; un istituto di natura costituzionale diverrebbe dunque strumentale ad un istituto di natura giurisdizionale²¹⁶.

La valenza di strumento procedimentale all'ottenimento dello status di rifugiato nasce da una visione internazionalistica che la Corte sembra intraprendere in due importanti sentenze del 2006, la n. 18940 e la n. 18549, le quali ripercorrono le argomentazioni della sentenza precedente, ma – nell'ultimo caso – modificano e correggono il cammino logico - interpretativo.

Il diritto d'asilo viene definito come un diritto funzionale al riconoscimento dello status di rifugiato politico poiché, in assenza di una legge di attuazione della normativa costituzionale, ci si può riferire solo alla normativa internazionale e sovranazionale sui rifugiati. Nell'ordinamento internazionale le figure dell'asiliante e del rifugiato sono sovrapponibili, pertanto l'equiparazione effettuata dal legislatore sul piano procedurale è finalizzata al rispetto degli obblighi internazionali. Da ciò deriva che, in assenza di una legge attuativa del dettato costituzionale, «*il diritto d'asilo deve intendersi come diritto di accedere*

²¹³ E. Cavasino, *Ancora sui rapporti tra asilo e rifugio*, in *Il foro italiano*, 2007, vo. 130, n. 6, p. 1869 ss.

²¹⁴ E. Khanari, *Brevi riflessioni in tema di sostanziale disconoscimento del diritto costituzionale d'asilo nella recente giurisprudenza di legittimità*, cit., p. 5.

²¹⁵ Cass. sez. un., sent. n. 25028/2005.

²¹⁶ E. Khanari, *Brevi riflessioni in tema di sostanziale disconoscimento del diritto costituzionale d'asilo nella recente giurisprudenza di legittimità*, cit., p. 6; M. Benvenuti, *La forma dell'acqua. Il diritto d'asilo costituzionale, tra attuazione, applicazione e attualità*, cit., p. 17. Al contempo, benché tale sentenza venga criticata sul piano della piena attuazione del diritto di asilo costituzionale, rendendolo meramente funzionale alla richiesta dello status di rifugiato, essa rappresenta un importante sviluppo per quanto attiene ai respingimenti in mare. Infatti, il riconoscimento del diritto di accesso allo Stato al fine della presentazione della domanda di protezione internazionale rappresentò un'importante pronuncia nei confronti di coloro che sostenevano la negazione del diritto alla protezione internazionale per lo straniero che non riuscisse a raggiungere le coste italiane. Si v. M. Benvenuti, *Andata e ritorno per il diritto d'asilo costituzionale*, cit., p. 57; A. Pugiotto, «*Purché se ne vadano*». *La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, cit., p. 333 ss.

nel territorio dello Stato al fine di esperire la procedura per ottenere lo status di rifugiato, e non ha contenuto più ampio del diritto ad ottenere il permesso di soggiorno temporaneo ex art. 1, 5 comma d.l. 416/89, convertito nella l. 39/90 per la durata della relativa istruttoria»²¹⁷.

Le argomentazioni della Corte Suprema in tale sentenza sono basate su un'interpretazione del diritto internazionale e sovranazionale per la quale il diritto d'asilo troverebbe fondamento nella CEDU. L'asilo avrebbe un proprio status nell'ordinamento internazionale, corrispondente ad un mero obbligo per lo Stato di non espellere lo straniero dal territorio; dunque la disciplina internazionale andrebbe solo a procedimentalizzare l'esercizio della sovranità statale in materia di espulsione dello straniero, in quanto *«l'ordinamento internazionale costruisce il diritto di asilo come un diritto dell'individuo cui non però non correla il dovere corrispondente dello Stato di concederlo»²¹⁸.*

In tale percorso argomentativo si considera come data la equiparazione tra rifugio e diritto d'asilo. In vero le due categorie sono distinte e separate in quanto il diritto di asilo è una prerogativa statale, e il sistema internazionale di protezione dei rifugiati non mina né riduce tale diritto, semplicemente presuppone un sistema di protezione specifico per tale particolare categoria di soggetti²¹⁹.

Se dunque fino agli anni Novanta il giudice di legittimità riconosce una piena autonomia tra i due istituti, nelle sentenze della cosiddetta «seconda fase»²²⁰, invece, i due istituti vengono sovrapposti e l'asilo si livella sul rifugio, divenendo semplicemente funzionale a quest'ultimo.

A partire dal 2009 si assiste ad una nuova fase nella quale la giurisprudenza della Corte Suprema procede ad un ulteriore appiattimento dell'asilo costituzionale. Prima dell'entrata in vigore del d.l. n. 113/2018, convertito nella l. n. 132/2018, l'art. 5, comma 6 del TUI disciplinava l'istituto della protezione umanitaria, volto a garantire tutela in tutte quelle ipotesi in cui la situazione di vulnerabilità non rientrasse nella protezione offerta dalle altre forme di tutela internazionale, ma laddove per il suo riconoscimento comunque *«(ricorressero) seri motivi, in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano»²²¹.* Era proprio tale fattispecie aperta a rendere questa forma di protezione, pur se residuale rispetto al rifugio e alla protezione sussidiaria, applicabile in una molteplicità di casi.

Essa, infatti, andava ad ampliare il novero delle ipotesi di protezione umanitaria e contribuiva a creare una comunanza tra i diversi istituti: è infatti la

²¹⁷ Cass., sez. un. sent. n. 18549/2006.

²¹⁸ Cass. Sez. un. sent. n. 18549/2006.

²¹⁹ E. Cavasino, *Ancora sui rapporti tra asilo e rifugio*, cit., p.1869 ss.

²²⁰ Su tale ripartizione in fasi si veda M. Benvenuti, *La forma dell'acqua. Il diritto d'asilo costituzionale, tra attuazione, applicazione e attualità*, cit., p. 14 ss.

²²¹ Art. 5, comma 6 TUI nella sua formulazione antecedente al d.l n. 113/2018 convertito in l. n 132/2018.

stessa giurisprudenza di legittimità a riconoscere alla protezione umanitaria, al diritto allo status di rifugiato e al diritto costituzionale d'asilo la medesima natura giuridica, in quanto sono istituti riconducibili alla categoria dei diritti fondamentali²²². La protezione umanitaria sarebbe, pertanto, una forma di attuazione dell'asilo costituzionale, in quanto l'interesse dello straniero che presenta domanda «*ha consistenza di diritto soggettivo costituzionalmente protetto*»²²³. Essa ha la valenza di diritto umano fondamentale riferendosi alla vita e all'incolumità delle persone²²⁴ e gode delle garanzie che discendono dall'art. 2. Cost; per tale ragione, la posizione dell'asilante nei confronti della pubblica amministrazione non può essere qualificata come mero interesse legittimo. Essa non è infatti oggetto di valutazione discrezionale della pubblica amministrazione a cui «*può essere affidato solo l'accertamento dei presupposti di fatto che legittimano la protezione umanitaria, nell'esercizio di una mera discrezionalità tecnica, essendo il bilanciamento degli interessi e delle situazioni costituzionalmente tutelate riservata al legislatore*»²²⁵. La Corte di Cassazione giunge a tale orientamento attraverso un apprezzamento del quadro normativo emergente che sostanzialmente ridisegna i rapporti tra le attribuzioni delle Commissioni territoriali e dei questori. Alle prime spettano valutazioni di carattere tecnico, ma non politico-discrezionale, sulle diverse forme di protezione internazionale stabilite dall'ordinamento, mentre ai secondi spetterà il mero compito di dare attuazione a tali decisioni, senza alcun tipo di valutazione discrezionale²²⁶.

Questa stagione giurisprudenziale, perciò, in una commistione tra diversi istituti, pare equiparare la natura giuridica di diritto fondamentale dell'asilo a quella del rifugio e della protezione umanitaria.

Il cammino intrapreso dalla Corte di Cassazione muove passi più veloci a partire dal 2012, dove viene sostenuta una totale attuazione del dettato costituzionale all'art. 10, comma III Cost. attraverso le tre forme di protezione stabilite dalle fonti primarie. Il diritto di asilo costituzionale, ai sensi della

²²² Cass., sez. un., ord. n. 19393/2009.

²²³ Cass., sez. un., ord. n. 19393/2009.

²²⁴ «*Sulla base della quale, anche ad ammettere, sul piano generale, la possibilità di bilanciamento con altre situazioni giuridiche costituzionalmente tutelate (che, sulla base della giurisprudenza della corte di Strasburgo, dovrebbe escludersi nell'ipotesi in cui venga in considerazione il divieto di cui all'articolo 27 Cost., comma 3, sostanzialmente corrispondente all'articolo 3 CEDU), esclude che tale bilanciamento possa essere rimesso al potere discrezionale della pubblica amministrazione, potendo eventualmente essere effettuato solo dal legislatore, nel rispetto dei limiti costituzionali*». Cfr. Cass., sez. un., ord. n. 19393/2009.

²²⁵ Pertanto la giurisdizione, anche in tale materia, spetterà al giudice ordinario. Così, Cass., sez. un., ord. n. 19393/2009.

²²⁶ Cfr. Cass., sez. un., ord. n. 11535/20009. Sul punto, si v. M. Benvenuti, *La forma dell'acqua. Il diritto d'asilo costituzionale, tra attuazione, applicazione e attualità*, cit., p. 16 ss.; <https://www.meltingpot.org/Ordinanza-della-Corte-si-Cassazione-Sezioni-Unite-Civili-n.html#.Xut2dmgzblW>.

giurisprudenza consolidata, è da considerarsi attuato e regolato attraverso le situazioni previste dai tre istituti. Dunque esso viene «*interamente assorbito dal sistema della protezione internazionale*»²²⁷, e non permane alcun margine di diretta applicabilità del dispositivo costituzionale ai sensi del comma III, art. 10 Cost.²²⁸.

Come è stato mostrato, la giurisprudenza sul diritto d'asilo ha seguito un andamento oscillante: nelle sentenze degli anni Novanta all'asilo costituzionale viene riconosciuta la valenza di diritto soggettivo perfetto. L'art. 10, comma III infatti opererebbe come norma precettiva e direttamente applicabile, pertanto alla legislazione nazionale spetta il compito di darne attuazione, specificandone le modalità di esercizio. In tale fase gli istituti dell'asilo e del rifugio vengono mantenuti distinti, interpretati come categorie separate e differenti. A partire però dai primi anni 2000, l'orientamento della Cassazione muta e le due categorie vengono considerate simili dal punto di vista funzionale, per cui la domanda di asilo viene vista come strumentale all'ottenimento dello status di rifugio; le due figure, infatti, nonostante la disposizione costituzionale, sarebbero perfettamente sovrapponibili nel diritto europeo e internazionale. I tre istituti stabiliti dalla legge, ossia lo status di rifugiato, la protezione sussidiaria, la protezione umanitaria e l'asilo presenterebbero un'identità dal punto di vista giuridico, in quanto riconducibili alla categoria dei diritti umani. Tale commistione si fa sempre più forte e marcata nelle sentenze del giudice di legittimità che giungono fino al 2018, dove il diritto d'asilo viene considerato come pienamente attuato grazie alla protezione umanitaria e alle altre forme di protezione internazionale.

6.1. La Corte costituzionale e il d.l. n.113/2018 convertito nella l. 132/2018.

Tale orientamento ormai consolidato ha dovuto fare i conti, nel 2018, con un mutamento del quadro legislativo. Il decreto legge n. 113/2018, convertito nella legge n. 132/2018, rubricato «*Disposizioni in materia di permesso di soggiorno per motivi umanitari e disciplina di casi speciali di permessi di soggiorno temporanei per esigenze di carattere umanitario*», ha modificato gli artt. 5 comma 6, del TUI e 32 comma 3, d.lgs. 25/2008, nei fatti riducendo le

²²⁷ Cass. Sez. VI., ord. n. 10686/2012.

²²⁸ Sono numerose le pronunce con cui il giudice di legittimità afferma e ribadisce la totale attuazione del diritto d'asilo costituzionale attraverso le tre forme di protezione internazionale: Cass. Sez. VI., ord. n. 10686/2012; Cass., sez. VI, ord. n. 563/2013; Cass., sez. VI, sent. n. 13081/2016; Cass., sez. VI, ord. n. 30134/2017; Cass., sez. VI, ord. n. 2682/2018.

ipotesi in cui può essere concesso il permesso di soggiorno temporaneo, limitandolo a «casi speciali»²²⁹, ossia a fattispecie tipicizzate.

Nell'analizzare il rapporto tra le modifiche normative del 2018 e l'asilo costituzionale si partirà dall'analisi della sentenza n. 194 del 2019 della Corte Costituzionale. Con riferimento alla sopracitata legge le regioni Marche, Emilia Romagna, Toscana, Calabria e Umbria hanno adito la Corte lamentando da un lato la violazione del riparto di competenza legislativa tra Stato e Regioni ai sensi dell'art. 117, comma 3 e art. 118, e dall'altra una violazione degli artt. 2 e 3 Cost. La nuova normativa avrebbe creato una disparità di trattamento tra coloro che avrebbero potuto godere della forma di protezione umanitaria *ante* l. n. 132/2018 e coloro che invece non avrebbero potuto beneficiarne, con una evidente disparità per quanto attiene al godimento delle prestazioni pubbliche; ancora, le Regioni lamentavano la violazione dell'art. 10 Cost, in quanto – stante la costante giurisprudenza di legittimità – la protezione umanitaria è uno strumento di attuazione del diritto d'asilo²³⁰, infatti: «*il venire meno della formula “per motivi umanitari” a fondamento del rilascio del permesso di soggiorno [...] avrebbe fatto venir meno anche la pienezza della relativa tutela, ora relegata a singole fattispecie tipicizzate, per ciò solo inidonee a realizzare le prescrizioni costituzionali*»²³¹. Nella sentenza in esame, la Corte, dopo aver dettagliatamente ricostruito il sistema della protezione internazionale vigente in Italia, ha rigettato il ricorso presentato dalle Regioni: non vi sarebbe stata una violazione delle prerogative regionali, poiché la protezione umanitaria, al pari delle altre due forme di protezione, avrebbe dato attuazione al diritto d'asilo costituzionale e quest'ultima materia, ai sensi dell'art. 117, comma 2, lettera b), rappresenta una competenza esclusiva statale. Non sussisteva, inoltre, la violazione dell' art. 10 Cost., in quanto le censure presentate dalle Regioni erano basate su un «*assunto indimostrato*»²³² in forza del quale le disposizioni contenute nella l. n. 132/2018 avrebbero avuto come effetto quello di ridurre il numero dei soggetti titolari di permesso di soggiorno poiché «*il passaggio da un permesso di soggiorno generale ed atipico, per “seri motivi di carattere umanitario”, a una serie di “casi speciali”, comporti di per sé una restrizione della protezione complementare contraria a Costituzione*»²³³. La Corte, di contro, ha affermato che l'effettiva portata dei nuovi permessi di soggiorno tipici potrà essere valutata solo in fase applicativa, sia in sede amministrativa che giudiziaria, nel rigoroso rispetto

²²⁹ Si tratta del permesso di soggiorno a) «per casi speciali» (ex. artt. 18, 18 bis, 22 comma 12- quater del TUI; b) permesso di soggiorno per cure mediche (ex. art. 19, comma 2, lettera d-bis TUI; c) permesso di soggiorno per calamità (ex. art. 20 – bis TUI); d) permesso di soggiorno per motivi di particolare valore civile (ex. art. 42-bis TUI).

²³⁰ Per un'analisi della sentenza si v. C. Padula, *Le decisioni della Corte Costituzionale sul Decreto sicurezza*, in *Consultaonline*, fascicolo II, 2019, p. 386 ss.

²³¹ Corte Cost. sent. n. 194/2019 punto 1.1.4.

²³² Corte Cost. sent. n. 194/2019 punto 7.7.

²³³ Corte Cost. sent. n. 194/2019 punto 7.8.

della Costituzione e degli obblighi internazionali. Solo tale applicazione potrà, ha proseguito la Corte, dimostrare se l'effetto restrittivo della nuova normativa sia o meno contenuto nel margine costituzionalmente accettabile, e nel caso essa potrà essere adita in via incidentale. La strada percorsa nella sentenza 194 del 2019 è quella dell'interpretazione costituzionalmente e internazionalmente orientata. Emblematico è il riferimento esplicito alla lettera con cui il Presidente della Repubblica, Sergio Mattarella, accompagnò l'attuazione del decreto; in essa, infatti, il Capo dello Stato ha ribadito il necessario rispetto degli obblighi costituzionali e i vincoli internazionali pur se non espressamente richiamati dal testo normativo²³⁴.

Sempre nell'ambito dei rapporti tra la normativa del 2018 ed il diritto di asilo, risulta di fondamentale importanza la recente sentenza n. 186 del luglio 2020, con cui la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, comma 1-*bis* del decreto legislativo 18 agosto, n. 142 come introdotto dall'art. 13, comma 1, lettera a), numero 2) del decreto legge 4 ottobre 2018, n. 113 convertito nella legge del 1° dicembre 2018, n. 132, secondo cui «*Il permesso di soggiorno di cui al comma 1 non costituisce titolo per l'iscrizione anagrafica ai sensi del decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 1989, n. 223, e dell'articolo 6, comma 7, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286.*»

I tribunali ordinari di Milano, sezione prima, Ancona, sezione prima, e Salerno, sezione civile feriale²³⁵ hanno sollevato la questione di legittimità costituzionale per violazione degli artt. 2, 3, 10, 16, 77, comma II e 117, comma I della Costituzione; quest'ultimo in relazione all'art. 14 della CEDU, all'art. 2, paragrafo 1, del Protocollo n. 4 della CEDU, e inoltre con riferimento agli artt. 12 e 26 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici.

Prima di esaminare le censure presentate dai remittenti, la Corte ha ricostruito il quadro normativo al fine di chiarire il significato della disposizione «*il permesso di soggiorno[...] non costituisce titolo per l'iscrizione anagrafica*»²³⁶.

²³⁴ Il riferimento agli "obblighi e vincoli internazionali" era invece presente nell'art. 5, comma 6 TUI antecedentemente al d.l. n. 113/2018 ora convertito in legge n. 132/2018. Esso è stato rintrodotto dal d.l. n. 130/2020 convertito nella l. n. 173/2020.(v. cap. 3, par. 7).

²³⁵ Le quattro ordinanze di remessione, in ragione della identità del *petitum*, sono state trattate congiuntamente e giudizi riuniti. Tutti i tribunali sono stati aditi da richiedenti asilo cui è stata negata l'iscrizione anagrafica. Nel caso dei tribunali di Ancona e Salerno si trattava di procedimenti cautelari promossi sul presupposto del grave pregiudizio che sarebbe potuto derivare per il ricorrente nel caso di diniego della iscrizione anagrafica. Invece, nel caso del Tribunale di Milano, si trattava di un procedimento sommario di cognizione promosso per chiedere – previa rinvio alla Corte Costituzionale – la dichiarazione di invalidità e l'accertamento del carattere discriminatorio del rifiuto del Comune di Milano all'iscrizione anagrafica del ricorrente. Così Corte Cost. sent. n.186/2020, punto 1.

²³⁶ Art. 4, comma 1-*bis* del decreto legislativo 18 agosto, n. 142 come introdotto dall'art. 13, comma 1, lettera a), numero 2) del decreto legge 4 ottobre 2018, n. 113 convertito nella legge del 1° dicembre 2018, n. 132,

Essa, infatti, è stata oggetto di due opposte interpretazioni. La prima, fornita dal Tribunale di Milano, che ha sostenuto la sua illegittimità costituzionale stante l'effetto preclusivo dell'iscrizione anagrafica. La seconda, di contro, basata sull'ambiguità dell'espressione "non costituisce titolo", per cui si è sostenuto che la norma non contenesse un espresso divieto di iscrizione anagrafica²³⁷. Nell'ordinamento, infatti, non sussisterebbero dei documenti "che costituiscono titolo" per l'iscrizione anagrafica, poiché essa è l'esito di un procedimento amministrativo che accerta l'esistenza di una situazione di fatto. Il diritto all'iscrizione anagrafica è un diritto soggettivo esercitato attraverso una dichiarazione del soggetto all'ufficiale di stato civile, al quale si dichiara la permanenza in un luogo e la volontà di abitarvi stabilmente; pertanto, secondo tale tesi, il permesso di soggiorno non ha mai costituito titolo per l'iscrizione anagrafica.

Quest'ultimo orientamento è stato rigettato dalla Corte, in quanto la norma in esame precludeva l'iscrizione anagrafica per i richiedenti asilo. A sostegno di ciò si poneva innanzitutto il dato letterale che si evinceva dalla lettura sistematica della disposizione, ove rilevava la volontà di sostituire il luogo di residenza con quello di domicilio come luogo di erogazione dei servizi, e che sottolineava l'intento del legislatore, ossia escludere il richiedente asilo dal riconoscimento dell'iscrizione anagrafica. Inoltre, nella relazione illustrativa del decreto legge, l'esclusione dall'iscrizione anagrafica si considerava come rispondente «*alla necessità di definire preventivamente la condizione giuridica del richiedente*»²³⁸ e si giustificava in ragione della precarietà del permesso per la richiesta di asilo; da ultimo, tale volontà veniva ribadita da alcune circolari diramate dal Ministero dell'Interno nelle quali si affermava che il permesso di soggiorno non avrebbe più consentito, secondo quanto stabilito dal dl. n. 113/2018, l'iscrizione anagrafica²³⁹.

²³⁷ Tale interpretazione è stata sostenuta in primo luogo da: Tribunale di Firenze, sezione quarta civile, ordinanza 18 marzo 2019; Tribunale di Bologna, protezione internazionale civile, ordinanza 2 maggio 2019; Tribunale di Genova, sezione undicesima civile, ordinanza 20 maggio 2019; Tribunale di Firenze, sezione specializzata per l'immigrazione, la protezione internazionale e la libera circolazione dei cittadini UE, ordinanza 27 maggio 2019; Tribunale di Lecce, sezione prima civile, ordinanza 4 luglio 2019; Tribunale di Parma, sezione prima civile, ordinanza 2 agosto 2019; Tribunale di Bologna, sezione specializzata per l'immigrazione, la protezione internazionale e la libera circolazione dei cittadini UE, ordinanza 23 settembre 2019; Tribunale di Firenze, sezione quarta civile, ordinanza 22 novembre 2019; Tribunale di Roma, sezione diritti della persona e immigrazione civile, ordinanza 25 novembre 2019. Sul punto si veda Corte Cost., sent. n. 186/2020, punto 2.2.

²³⁸ Corte Cost., sent. n. 186/2020, punto 2.2.2.

²³⁹ La Corte si è riferita in particolar modo a due circolari: quella del 18 ottobre 2018, recante «D.L. 4 ottobre 2018, n. 113 (G.U. n. 231 del 4/10/2018). Art. 13 (Disposizioni in materia di iscrizione anagrafica)»; e quella del 18 dicembre 2018 (D.L. 4 ottobre 2018, n. 113, recante «*Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell'interno e l'organizzazione e il funzionamento*

Analizzando ora le censure mosse dai remittenti, in primo luogo è stata considerata non fondata la questione di legittimità costituzionale sollevata con riferimento all'art. 77, comma II Cost. Secondo la Corte, nell'art. 13 non era riscontrabile un'evidente mancanza dei presupposti di necessità ed urgenza: la disposizione, riguardando un aspetto dello *status* del richiedente asilo, si inseriva perfettamente nel capo contenente le norme in materia di protezione internazionale, inoltre «[.]non si può considerare manifestamente arbitraria la valutazione del Governo sui presupposti del decreto legge. Se è vero che l'art. 13 e le norme collegate non affrontano una nuova emergenza, è anche vero che la persistenza di un problema può concretare le ragioni di urgenza[.]»²⁴⁰.

Per quanto concerne gli altri parametri costituzionali presumibilmente violati, i remittenti hanno denunciato la violazione degli artt. 2, 3, 10, 117 comma I Cost. La norma oggetto del giudizio si poneva in contrasto con l'art. 10, comma III, Cost., in quanto avrebbe generato un trattamento differenziato solo nei confronti degli stranieri regolarmente soggiornanti che avevano esercitato il diritto di asilo. Ancora, si poneva in contrasto con l'art. 117, comma I, Cost., in relazione all'art. 2 Prot. n. 4 CEDU (Libertà di circolazione)²⁴¹, all'art. 14 CEDU (Divieto di discriminazione)²⁴², e all'art. 26 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici²⁴³. Si è ravvisato, inoltre, un contrasto con l'art. 2 Cost. il quale,

dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata», convertito, con modificazione, dalla l. 1° dicembre 2018, n. 132.

²⁴⁰ I rimettenti, infatti, avevano sostenuto l'assenza della necessità ed urgenza nell'introdurre un divieto di iscrizione anagrafica per i richiedenti asilo, inoltre «*la delicatezza delle "scelte di natura politica e giuridica", adottate con il d.l. n.113 del 2018, avrebbe richiesto un "adeguato dibattito parlamentare", compreso sia dall'adozione di un decreto legge sia dall'apposizione della questione di fiducia, in entrambe le Camere, in occasione della sua conversione in legge*²⁴⁰». Si v. Corte Cost., sent. n. 186/2020, punto 1.5.2.

²⁴¹ Articolo 2. Libertà di circolazione: «*1. Chiunque si trovi regolarmente sul territorio di uno Stato ha il diritto di circolarvi liberamente e di scegliersi liberamente la sua residenza. 2. Ognuno è libero di lasciare qualsiasi Paese, compreso il suo. 3. L'esercizio di questi diritti non può essere oggetto di restrizioni diverse da quelle che sono previste dalla legge e 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. 4. I diritti riconosciuti al paragrafo 1 possono anche, in alcune zone determinate, essere oggetto di restrizioni previste dalla legge e giustificate dall'interesse pubblico in una società democratica.*»

²⁴² Art. 14. Divieto di discriminazione: «*Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione.*»

²⁴³ Art. 26: «*Tutti gli individui sono eguali dinanzi alla legge e hanno diritto, senza alcuna discriminazione, ad una eguale tutela da parte della legge. A questo riguardo, la legge deve proibire qualsiasi discriminazione e garantire a tutti gli individui una tutela eguale ed effettiva contro ogni discriminazione, sia essa fondata sulla razza, il colore, il sesso, la lingua, la*

ponendo al centro la persona, non si riferisce all'individuo in quanto membro della comunità politica, ma in quanto essere umano. Il diritto all'iscrizione anagrafica rientra, infatti, tra quei diritti che permettono di affermare la dignità umana, in quanto «*la maturazione del senso di appartenenza sarebbe prodromica rispetto all'inserimento dell'individuo nella società*»²⁴⁴. La norma censurata, attraverso il divieto di iscrizione anagrafica, avrebbe avuto il valore simbolico di relegare il soggetto ai margini della società, non permettendogli la partecipazione alla vita sociale, economica e culturale del luogo in cui vive.

Per quanto riguarda le questioni di legittimità costituzionale sollevate con riferimento all'art. 3 esse sono state considerate fondate dalla Corte sotto due profili: l'uno è quello dell'irrazionalità intrinseca per la sua incoerenza rispetto alle finalità fatte proprie dal d.l. n. 113/2018, convertito nella l. n. 132/2018; l'altro è quello della irragionevole disparità di trattamento tra richiedenti asilo, le altre categorie di stranieri regolarmente soggiornanti, e i cittadini italiani. Per quanto riguarda l'irrazionalità intrinseca, la norma contraddiceva la finalità generale del decreto legge in questione, ossia aumentare la sicurezza pubblica. Nell'impedire l'iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo, infatti, si escludeva dal monitoraggio e dal controllo da parte dell'autorità pubblica un'intera categoria di soggetti che soggiorna regolarmente nel territorio dello Stato. Tutto ciò incideva negativamente sull'attività delle pubbliche amministrazioni che avrebbero dovuto curare gli interessi oggetto del decreto legge, poiché «*[...]impedisce di basare la loro azione su una rappresentazione veritiera nei registri anagrafici della situazione effettiva della popolazione residente nel loro territorio*»²⁴⁵.

Per quanto riguarda, invece, la irragionevole disparità di trattamento, la Corte ha affermato che la norma privava i richiedenti asilo del riconoscimento dello status giuridico di residenti, e pertanto minava "la pari dignità sociale" sancita dall'art. 3 Cost. Benché sia pacifico che l'uguaglianza sul piano della titolarità dei diritti fondamentali non precluda una differenziazione, ad opera del legislatore, sul piano del godimento degli stessi, nel caso di specie tale distinzione pareva priva di una ragionevole causa giustificativa. Infatti, l'iscrizione anagrafica opera come semplice conseguenza del dimorare stabilmente in un dato luogo, e la circostanza che si tratti di un richiedente asilo, di uno straniero o di un cittadino non può in alcun modo rilevare a tal fine.

religione, l'opinione politica o qualsiasi altra opinione, l'origine nazionale o sociale, la condizione economica, la nascita o qualsiasi altra condizione».

²⁴⁴ Corte Cost., sent. n 186/ 2020, punto 1.5.2.

²⁴⁵ Corte Cost., sent. n 186/ 2020, punto 4.1.

6.2. Il giudice ordinario alla prova del d.l. n.113/2018 convertito nella l. n.132/2018.

Anche il giudice di legittimità è stato chiamato a pronunciarsi sulla disciplina legislativa del 2018: da un lato, sulla questione inerente alla immediata o meno applicazione della disposizione riguardante il permesso di soggiorno per casi speciali; dall'altro sui presupposti per ottenere la protezione internazionale.

Con la sentenza n. 29460/2019 le Sezioni Unite hanno chiarito definitivamente la portata temporale della disciplina del d.l. n. 113/2018 convertito nella legge n. 132/2018: il decreto legge non trovava applicazione per le domande di riconoscimento del permesso di soggiorno per motivi umanitari presentate antecedentemente all'entrata in vigore della nuova disciplina, che pertanto dovevano essere esaminate secondo la precedente normativa. Il giudice di legittimità ha dunque rigettato l'orientamento che propugnava l'applicazione del principio *tempus regit actum*, e ha confermato quanto espresso nella sentenza della Prima Sezione Civile della Cassazione n. 4890/2019: «*Il cittadino straniero (sulla base del complessivo paradigma legislativo anteriore all'entrata in vigore del d.l. n. 113 del 2018) ha il diritto ad un titolo di soggiorno fondato su "seri motivi umanitari" desumibili dal quadro degli obblighi costituzionali ed internazionali assunti dallo Stato, che sorge contestualmente al verificarsi delle condizioni di vulnerabilità, delle quali ha richiesto l'accertamento con la domanda. La domanda, di conseguenza, cristallizza il paradigma legale sulla base del quale, per la richiamata qualificazione giuridica del diritto azionato e per la natura ricognitiva dell'accertamento statutale, deve essere scrutinato*»²⁴⁶.

Quest'ultima sentenza, inoltre, si è pronunciata sulla necessaria valutazione tra il presupposto dell'integrazione sociale e il rischio di violazione dei diritti fondamentali in caso di rientro nel Paese di origine. Tale orientamento era stato fatto proprio dalle Sezioni Unite nella nota sentenza n. 4455/2018, dove il criterio di integrazione sociale nel paese di accoglienza, ai sensi dell'art. 2 Cost. e dell'art 8 CEDU, veniva visto come parametro per valutare la sussistenza di una condizione di vulnerabilità nel Paese di origine, come un criterio di comparazione utile tra le condizioni di vita nel Paese di origine e quelle nel Paese di accoglienza²⁴⁷.

²⁴⁶ Cass, Prima Sezione Civile, sent. n. 29460/2019; Cass., sent., n. 4890/2019; Cass. sent. n. 32019/2019; *Le Sezioni Unite della Cassazione bocchiano il Decreto sicurezza*, in <https://www.asgi.it/asilo-e-protezione-internazionale/cassazione-decreto-sicurezza/>; F. Vassallo Paleologo, *Riconoscimento della protezione umanitaria o "per casi speciali" e pretesa retroattività del Decreto Sicurezza (L. 132/2018)*, in <https://www.a-dif.org/2019/05/05/riconoscimento-della-protezione-umanitaria-o-per-casi-speciali-e-pretesa-retroattivita-del-cd-decreto-sicurezza-l-132-2018%Ef%BB%BF/>.

²⁴⁷ Si v. Cass, sent. n. 29460/2019; Cass., sent., n. 4890/2019; Cass. sent. n. 32019/2019; *Le Sezioni Unite della Cassazione bocchiano il Decreto sicurezza*, in <https://www.asgi.it/asilo-e->

La necessità del raffronto tra l'integrazione sociale e il rischio di violazione dei diritti fondamentali nel Paese di origine è stato ripreso anche dalla giurisprudenza più recente. Quest'ultima ha ribadito il divieto di applicazione retroattiva del d.l. n. 113/2018, convertito nella l. n. 132/2018, e il riconoscimento della protezione umanitaria ai sensi dell'art. 5, comma 6 del TUI, per domande presentate antecedentemente alla modifica legislativa. In due decreti del Tribunale di Napoli è l'attuale emergenza sanitaria del Covid-19 e l'incapacità dello Stato di origine a farvi fronte, a integrare uno dei presupposti per il riconoscimento della protezione umanitaria.

Il primo decreto è del 25 giugno 2020 e riguarda un cittadino pakistano a cui viene riconosciuta la protezione umanitaria per una domanda presentata antecedentemente all'entrata in vigore del d.l. n. 113/2018 convertito nella l. n. 132/2018. Nella suddetta decisione il Tribunale di Napoli ha rigettato le domande relative allo status di rifugiato e alla protezione sussidiaria, poiché non è stato considerato credibile il racconto del ricorrente riguardo il rischio di persecuzioni e di violenza a causa di un conflitto armato, e ha proceduto comunque all'analisi della domanda per la richiesta di protezione umanitaria. In tal caso il Tribunale ha effettuato una valutazione officiosa della situazione di emergenza sanitaria, non essendo presente – per ovvie ragioni – nella domanda del ricorrente alcun riferimento all'emergenza sanitaria²⁴⁸. Esercitando il dovere di cooperazione²⁴⁹, il

[protezione-internazionale/cassazione-decreto-sicurezza/](#); G. Conti, *Il criterio dell'integrazione sociale quale parametro rilevante per il riconoscimento della protezione umanitaria*, in *federalismi.it*, 29 ottobre 2018, p. 2 ss.; C. Favilli, *La protezione umanitaria per motivi di integrazione sociale. Prime riflessioni a margine della sentenza della Corte di Cassazione n. 4455/2018*, in *Quest. Giust.*, 14/03/2018, in <https://www.questionegiustizia.it/articolo/la-protezione-umanitaria-per-motivi-di-integrazion-14-03-2018.php>.

²⁴⁸ In tale decisione il Tribunale di Napoli ha fatto riferimento alla giurisprudenza della CEDU, nello specifico alla sentenza *Alheto* (sentenza C-585/16 del 25 luglio 2018) dove viene precisato che la locuzione “*ex nunc*” di cui all'art. 46 della Direttiva 2013/32/CE importa per il giudice l'obbligo di procedere ad una valutazione che tenga conto dei nuovi elementi eventualmente intervenuti dopo il deposito del ricorso.

²⁴⁹ Con riferimento al rapporto tra dovere di cooperazione e valutazione di vulnerabilità, la giurisprudenza della Corte di Cassazione si è espressa in modo differente nel corso del tempo. Nella sent. n. 10922/2019 la Corte ha affermato che il giudizio di scarsa credibilità dei fatti posto alla base della domanda sullo status di rifugiato politico, nel giudizio per il riconoscimento della protezione umanitaria, non può precludere dalla valutazione delle diverse circostanze che integrano le circostanze di estrema vulnerabilità. Tale giudizio deve essere effettuato su base oggettiva e, se necessario, sulla base di integrazione officiosa di ciò che viene allegato nella domanda dal ricorrente. Di contro, in altre sentenze (Cass. 33096/2019; Cass. 4892/2019; Cass. 17174/2019) la Suprema Corte ha affermato che la valutazione di inattendibilità circa le argomentazioni del ricorrente preclude la possibilità di procedere ad un accertamento istruttorio circa la situazione eventualmente persecutoria nel Paese di origine. Nel decreto in esame, il Tribunale di Napoli ha rigettato la domanda sul rifugio politico e sulla protezione sussidiaria per l'infondatezza dei presupposti, ma ha proceduto all'analisi della domanda di protezione umanitaria. Si v. M. Flamini, *L'emergenza sanitaria da Covid- 19 nel paese d'origine integra uno*

giudice si è riferito a fonti internazionali per la valutazione di elementi nuovi e sopravvenuti rispetto ai motivi noti al momento del deposito del ricorso; nella decisione, per esempio, sono state indicate fonti internazionali che testimoniano un elevato numero di positivi e di soggetti ricoverati nello Stato di origine, nonché un rapporto di EASO che evidenziava come il 65% della popolazione rurale del Pakistan non abbia accesso ad alcuna struttura sanitaria. Per tali ragioni si è considerata integrata una situazione di estrema vulnerabilità in quanto, se il soggetto avesse fatto ritorno nel Paese di origine, non avrebbe avuto accesso alle strutture sanitarie e pertanto non gli sarebbe stato garantito il diritto fondamentale alla salute. La situazione di estrema vulnerabilità derivante dall'emergenza del Covid-19 è stata valutata con riferimento ai molteplici motivi che, sulla base del giudizio comparativo, possono condurre al riconoscimento della protezione umanitaria. L'integrazione sociale, in questo specifico caso, viene combinata non solo con la privazione dei diritti fondamentali, ma con la situazione di estrema povertà o con i motivi di salute che devono essere valutati in concreto²⁵⁰.

Il secondo decreto è del 30 giugno 2020 con cui si accoglie la richiesta di protezione umanitaria ai sensi dell'art. 5, comma 6 del TUI nella sua formulazione antecedente al d.l n. 113/2018 convertito nella l. n 132/2018, in favore di un cittadino del Bangladesh in ragione della situazione di emergenza sanitaria provocata dal Covid - 19 e alla luce del suo processo di integrazione in Italia. Il giudice di legittimità, infatti, ha sostenuto che la crisi sanitaria vigente ora nel Bangladesh «*contribuisce a creare quel clima d'insicurezza per la tutela della salute, che integra una condizione di particolare vulnerabilità in cui l'istante si ritroverebbe in caso di rimpatrio. A ciò si aggiunga che il richiedente ha dimostrato anche di aver iniziato un proficuo percorso di integrazione, prestando attività lavorativa in esecuzione di un rapporto a tempo indeterminato[...]*»²⁵¹. La giurisprudenza di legittimità, pertanto, ha continuato a riaffermare e riconoscere la protezione umanitaria e, alla luce della crisi sanitaria vigente, a considerare tale causa come un presupposto o come un'integrazione per il riconoscimento del permesso di soggiorno per ragioni umanitarie in ossequio a quegli obblighi di natura internazionale espressamente richiamati nel disposto dell'art. 5, comma 6 TUI antecedente al cosiddetto "decreto Sicurezza". Queste pronunce, come si avrà

dei presupposti per il riconoscimento della protezione umanitaria?, in *Quest. Giust.*, 15/07/2020, p. 1 ss.

²⁵⁰ Trib. Napoli, sez. spec. imm., Decreto 25 giugno 2020; v. M. Flamini, *L'emergenza sanitaria da Covid- 19 nel paese d'origine integra uno dei presupposti per il riconoscimento della protezione umanitaria?*, cit., p. 1 ss.; C. Favilli, *La protezione umanitaria per motivi di integrazione sociale. Prime riflessioni a margine della sentenza della Corte di Cassazione n. 4455/2018*, cit., p. 1 ss.

²⁵¹ Trib. Napoli, decreto del 30 giugno 2020. In modo più approfondito si v. *Bangladesh - Protezione umanitaria in ragione della buona integrazione del richiedente e della situazione di epidemia da COVID-19 nel Paese di origine*, in <https://www.meltingpot.org/Bangladesh-Protezione-umanitaria-in-ragione-della-buona.html#.Xw3CBCgzBIW>.

modo di analizzare nel proseguo della nostra analisi, risultano tappe importanti del cammino giurisprudenziale che riconosce un rilievo sempre maggiore al criterio dell'integrazione sociale e che rileverà nelle modifiche normative intervenute nel 2020 (d.l. n. 130/2020 convertito nella l. n. 173/2020)²⁵².

7. Le tesi della dottrina sul diritto di asilo costituzionale: a) L'inattuazione del diritto di asilo costituzionale; b) L'attuazione del diritto di asilo costituzionale ai sensi delle norme primarie.

a) L'inattuazione del diritto di asilo costituzionale.

Se da un lato la giurisprudenza ha seguito un andamento ondivago per quanto attiene il diritto di asilo costituzionale e la sua attuazione, al contempo la dottrina si è divisa tra coloro che considerano inattuato il diritto d'asilo, meramente appiattito e sovrapposto rispetto alle forme di protezione internazionale e chi, di contro, afferma che a seguito del recepimento nell'ordinamento italiano delle direttive cosiddette "qualifiche" e "procedure"²⁵³ si sia data piena e chiara attuazione al dettato costituzionale.

Coloro che sostengono l'inattuazione del diritto d'asilo costituzionale ritengono che si interpreti la Costituzione alla luce della legge ordinaria, più che il contrario, compiendo dunque un percorso logico inverso a quello metodologicamente corretto²⁵⁴. Secondo questa tesi, sia la giurisprudenza che la legislazione ordinaria hanno contribuito, pur se in modo differente, allo svuotamento del diritto di asilo costituzionale. Da un lato, si ha la giurisprudenza

²⁵² In modo più approfondito si v. cap. 3, par. 7.

²⁵³ Il d. lgs n. 251 del 19/11/2007 (come modificato dal Decreto legislativo 21 febbraio 2014, n. 18) dà attuazione alla Direttiva qualifiche 2004/83/CE (rifusa nella dir. 2011/95/EU) recante norme sull'attribuzione della qualifica di rifugiato politico o di soggetto bisognoso di protezione internazionale; il d.lgs. n. 25 del 29/01/2008 dà attuazione alla Direttiva 2005/85/CE (rifusa nella dir. 2013/32/UE a cui viene data attuazione attraverso il d. lgs. 142/2018), ossia la Direttiva procedure recante norme sulle procedure degli Stati Membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello *status* di rifugiato e sulle procedure attraverso cui presentare la domanda di asilo.

²⁵⁴ Così M. Benvenuti, *La forma dell'acqua. Il diritto di asilo costituzionale tra attuazione, applicazione e attualità*, cit., p. 20; M. Benvenuti, *Il diritto di asilo nell'ordinamento costituzionale italiano, un'introduzione*, cit., p. 125 ss.; M. Benvenuti, *Andata e ritorno per il diritto di asilo costituzionale*, in *Dir. Imm. Citt.*, XII, 2-2010, p. 42; M. Benvenuti, *Un diritto in alto mare*, in *Costituzionalismo.it*, fascicolo 1, 27 maggio 2009, p. 1 ss.; M. Benvenuti, *La protezione internazionale*, in www.associazioneitalianacostituzionalisti.it, 02/07/2010, p. 1 ss.

di legittimità che muove dal riconoscimento dell'asilo come diritto soggettivo perfetto e dall'affermazione della sua autonomia rispetto allo status di rifugiato per poi discostarsi da tale visione e giungere, nelle ultime sentenze, a considerare l'asilo costituzionale come meramente "funzionale" all'ottenimento della protezione internazionale; dall'altro, si ha il legislatore che nei fatti si è dimostrata incapace di attuare talune disposizioni costituzionali, come l'art. 10 comma 3²⁵⁵.

Secondo questo orientamento dottrinale l'asilo costituzionale non viene attuato attraverso le tre forme di protezione, ossia lo status di rifugiato, la protezione sussidiaria e la protezione umanitaria. Se ciò avvenisse, il legislatore potrebbe sopprimere e introdurre nuovi istituti, producendo l'effetto di riempire «*di contenuti legislativi, al costo di plurime forzature, l'enunciato costituzionale di riferimento*»²⁵⁶. Il diritto d'asilo costituzionale, dunque, più che norma di tutela dei diritti dei cittadini stranieri acquisirebbe il ruolo «*espansivo ed emulativo*»²⁵⁷ delle altre forme di protezione internazionale.

Secondo tale dottrina, si può raffrontare la norma oggetto della nostra analisi con lo status di rifugiato, con la protezione sussidiaria e con la protezione umanitaria. Il rifugio e l'asilo costituzionale presenterebbero differenze strutturali e fondamentali che rendono i due istituti non sovrapponibili.

È la Convenzione di Ginevra del 1951²⁵⁸ a dettare la disciplina concernente il rifugio politico che viene riconosciuto a colui che, nel proprio Paese di origine o di provenienza, è stato sottoposto a torture, o per cui sussiste il fondato timore che possa esservi sottoposto. La causa di giustificazione, pertanto, appare differente – più circoscritta e limitata – rispetto alla formulazione del dettato costituzionale. Ancora, la suddetta Convenzione riconosceva la possibilità di apporre due riserve: quella geografica e quella temporale. È bene precisare che entrambe le riserve sono venute meno, ma paiono comunque incompatibili con il comma III dell'art. 10 Cost. o con una sua eventuale legge di attuazione che non contempla, nel disciplinare lo status dell'asiliante, limiti di carattere temporale e/o spaziale²⁵⁹. La clausola all'art. 1, lett. B) pt a) della Convenzione originariamente

²⁵⁵ Nel caso di specie ci si riferisce al passaggio parlamentare della l. n. 13/2007 attraverso la quale è stata recepita la direttiva procedure. Il relatore Zaccaria chiese che, nel recepire la direttiva, si facesse espresso riferimento all'obbligo – gravante sul Governo – di scegliere, tra le differenti opzioni previste dalla direttiva, quelle più conformi all'art. 10, comma 3 Cost. Giunto al Senato, però, il testo del d.l. venne approvato senza alcun esplicito riferimento a tale obbligo, considerato come un'inopportuna previsione. Cfr. M. Benvenuti, *Andata e ritorno per il diritto d'asilo costituzionale*, cit., p. 42.

²⁵⁶ M. Benvenuti, *La forma dell'acqua. Il diritto di asilo costituzionale tra attuazione, applicazione e attualità*, cit., p. 19.

²⁵⁷ M. Benvenuti, *Andata e ritorno per l'asilo costituzionale*, cit., p. 13.

²⁵⁸ Ratificata dal governo italiano con l. n. 722 del 24 luglio 1954.

²⁵⁹ M. Benvenuti, *Il diritto di asilo nell'ordinamento costituzionale italiano, un'introduzione*, cit., p. 56 ss. Viene precisato come siffatte clausole limitative trovino spesso riscontro negli ordinamenti degli Stati Membri dell'UE, sia al fine di rispondere a delle esigenze di solidarietà, sia per limitare le domande di protezione internazionale. L'obiettivo di tali limiti è

riconosceva la possibilità per gli Stati di circoscrivere al solo continente europeo l'ambito territoriale nel quale potessero sorgere eventi persecutori, tali da permettere il riconoscimento dello status di rifugiato (conseguentemente escludendo da tale tipologia di protezione coloro che provengono da diversi territori). Inoltre, la Convenzione – nella sua formulazione originaria - prevedeva una riserva temporale in forza della quale tale status poteva essere riconosciuto – in senso limitato – solo a coloro che beneficiassero della protezione internazionale sulla base di trattati e per fatti persecutori sorti antecedentemente alla data di stipulazione della Convenzione. Tali elementi, pertanto, renderebbero i due istituti separati e distinti su molteplici piani: l'ambito soggettivo, quello oggettivo, e le fonti di produzione; anche a voler riconoscere un rapporto da *genus a species*, così come asserito dalla Cassazione degli anni Novanta²⁶⁰, essi apparirebbero separati, distinti e non sovrapponibili, pur se mossi dal medesimo spirito umanitario e solidaristico²⁶¹.

La più ampia portata del diritto d'asilo rispetto al rifugio non potrebbe considerarsi colmata dagli altri istituti, quali la protezione sussidiaria e la protezione umanitaria. Sia nel caso della protezione sussidiaria che nel caso della protezione umanitaria non viene fatto riferimento alla causa giustificatrice invece presente nel dettato costituzionale, ossia l'impedimento nell'esercizio delle libertà democratiche; di fatto la stessa giurisprudenza di legittimità, pur nel considerarle come espressione del diritto d'asilo costituzionale, le riconduce all'art. 2 Cost. Antecedentemente all'entrata in vigore del d.l. n. 113/2018, convertito nella legge n. 132 del 2018, e altresì successivamente all'entrata in vigore del decreto legge n. 130/2020, l'art. 5, comma 6 del TUI escludeva la possibilità di revoca o rifiuto del permesso di soggiorno per «*seri motivi ... risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano*»; presentava, dunque, un riferimento agli obblighi costituzionali che è stato interpretato, dai sostenitori di siffatta teoria, come un mero diritto a non essere espulso dal territorio e non come una chiara e

duplice: da un lato, evitare i movimenti secondari, ossia lo spostamento dei richiedenti dal Paese di primo arrivo verso altre mete europee; dall'altro, porre un freno al cosiddetto «*forum shopping*», che si basa sull'ipotetico assunto per cui lo straniero, prima di intraprendere il viaggio, abbia effettuato una valutazione sulla scelta dell'ordinamento più liberale, e il sistema legislativo a lui più favorevole.

²⁶⁰ Corte Cass., sez. un., sent. n. 4674/1997.

²⁶¹ Le differenze tra i due istituti rileverebbero, secondo parte della dottrina, anche alla luce dei soggetti potenzialmente beneficiari di uno, o di entrambi gli istituti: coloro a cui può essere riconosciuto il solo diritto d'asilo ai sensi dell'art. 10, comma 3 Cost., in quanto impediti nell'esercizio delle proprie libertà fondamentali, ma non sottoposti a torture, o comunque per i quali non vi è il fondato timore di persecuzione; ancora, coloro a cui può essere riconosciuto lo status di rifugiato in quanto sottoposti, nel proprio Paese, a torture, o perché in fuga da eventi bellici; e infine, coloro ai quali potrebbero essere riconosciuti entrambi gli *status*, preferendo – ipoteticamente - lo status di rifugiato che include il godimento di ulteriori diritti ai sensi di quanto disposto dalla Convenzione di Ginevra del 1951. In modo più approfondito: M. Benvenuti, *Il diritto di asilo nell'ordinamento costituzionale italiano, un'introduzione*, cit., p. 214 ss.

compiuta applicazione del diritto costituzionale di asilo. A render ancor più forte tale affermazione vi sarebbe il carattere residuale di tale forma di protezione, infatti, considerando la protezione umanitaria come attuazione del diritto di asilo costituzionale, si andrebbe incontro ad una «dissipazione»²⁶² di questa situazione giuridica soggettiva, che i Costituenti hanno pensato come unitaria e che andrebbe, di contro, a diversificarsi in differenti forme di protezione internazionale²⁶³.

La modifica del 2018 aveva espunto dall'art. 5, comma 6 TUI il riferimento al rispetto degli obblighi costituzionali e internazionali in materia di protezione internazionale²⁶⁴, rendendo pertanto ancor più fragile la sua natura di norma attuativa dell'asilo costituzionale, e sembra confermare la tesi secondo cui ad oggi - l'art. 10, comma III Cost. più che faro che guida la formazione della legislazione ordinaria, pare adattarsi o "prendere la forma" che la legislazione ordinaria intende dargli²⁶⁵. Paiono, pertanto, saldarsi ancor di più le argomentazioni di chi, in senso opposto rispetto alla consolidata giurisprudenza di legittimità²⁶⁶, si esprime per l'emersione di una funzione del diritto di asilo costituzionale da un lato "emulativa" nei confronti delle altre forme di protezione politico - umanitaria, dall'altro "effettiva" rispetto a quei casi in cui gli strumenti stabiliti dall'ordinamento italiano si rivelassero inefficaci e insufficienti²⁶⁷. Sul piano dell'effettività pare necessario muoversi dalla nota distinzione tra asilo territoriale e asilo extraterritoriale.

In estrema sintesi, ci si riferisce all'asilo territoriale qualora tale forma di protezione venga concessa dallo Stato nel suo territorio; si parla, invece, di asilo extraterritoriale, quando questo viene conferito all'estero nelle sedi consolari e diplomatiche dello Stato concedente.

La nostra Costituzione stabilisce il diritto all'asilo nel territorio della Repubblica, tale espresso richiamo è da intendersi, però, con riferimento al godimento del diritto stesso, e non alla presenza del soggetto nel territorio italiano

²⁶² M. Benvenuti, *La forma dell'acqua. Il diritto di asilo costituzionale tra attuazione, applicazione e attualità*, cit., p. 21.

²⁶³ M. Benvenuti, *La forma dell'acqua. Il diritto di asilo costituzionale tra attuazione, applicazione e attualità*, cit., p. 19.

²⁶⁴ Lo stesso Presidente della Repubblica accompagnò l'emanazione del cosiddetto "decreto Sicurezza" con una lettera nella quale ribadiva il necessario rispetto degli obblighi costituzionali e internazionali; in senso affine si pronuncia anche la Corte Costituzionale nella sentenza n. 194/2019.

²⁶⁵ Pare ancora estremamente chiarificatrice la metafora della "forma dell'acqua dell'asilo costituzionale" in M. Benvenuti, *La forma dell'acqua. Il diritto di asilo costituzionale tra attuazione, applicazione e attualità*, cit., p. 14.

²⁶⁶ La quale riconosce un'identità tra le diverse situazioni giuridiche, il rifugio, la protezione sussidiaria, la protezione umanitaria e l'asilo costituzionale in quanto rientranti nella categoria dei diritti umani. Si v. *Supra*, par. 5.

²⁶⁷ M. Benvenuti, *Il diritto di asilo nell'ordinamento costituzionale italiano, un'introduzione*, cit., p. 48.

al fine del suo riconoscimento. Ancora una volta, dunque, l'asilo costituzionale mostrerebbe la sua non sovrapponibilità e distinzione rispetto alle altre forme di protezione internazionale, in quanto prescinderebbe dalla presenza nel territorio al fine della valutazione della domanda, che rileva - come precedentemente affermato - solo per la fruizione del diritto. Tra le altre forme di protezione internazionale, a titolo esemplificativo, può essere citata la Convenzione di Ginevra nella quale, ai fini del riconoscimento dello *status* di rifugiato politico, è necessaria la presenza preventiva del soggetto alla frontiera terrestre o marittima²⁶⁸.

Sulla irrilevanza della presenza nel territorio ai fini del riconoscimento del diritto di asilo si è pronunciata anche la giurisprudenza di legittimità nel noto "caso Ocalan". Ci si riferisce al leader del partito curdo PKK, considerato un gruppo terroristico dal governo turco, al quale il tribunale di Roma nel 1999²⁶⁹ riconosce il diritto d'asilo, benché questi si trovasse recluso nelle carceri turche. L'accertamento sulla sussistenza di tale diritto è stato fondato proprio sull'impossibilità di esercizio delle libertà democratiche non solo per il richiedente, ma per l'intero popolo curdo in Turchia, di cui Ocalan è un membro. Ma l'aspetto sicuramente più rilevante è che tale sentenza sancisce la non necessaria presenza sul territorio italiano al fine del riconoscimento di tale diritto e rimarca una netta distinzione tra l'asilo costituzionale e le altre forme di protezione internazionale²⁷⁰. Essa, inoltre, rappresenta una diretta applicazione della norma costituzionale e evidenzia la forza che solo il diritto d'asilo costituzionale ha di opporsi alle politiche di «no entry», ai respingimenti volti a limitare il numero di richiedenti protezione internazionale in Italia; ancora, mette in luce la possibilità che tale diritto sia riconosciuto anche al di fuori del territorio della Repubblica, e ciò lo renderebbe, in modo chiaro e manifesto, distinto e non sovrapponibile alle altre forme di protezione, ove la presenza sul territorio risulta condizione necessaria ai fini della presentazione della domanda²⁷¹.

In ultima analisi, secondo tale tesi, un'applicazione chiara e diretta dell'asilo costituzionale avrebbe un effetto di rottura rispetto alle politiche

²⁶⁸ M. Benvenuti, *Andata e ritorno per il diritto di asilo costituzionale*, cit., p. 54 ss.; M. Benvenuti, *La forma dell'acqua. Il diritto di asilo costituzionale tra attuazione, applicazione e attualità*, cit., p. 22; M. Benvenuti, *La protezione internazionale*, in www.associazioneitalianacostituzionalisti.it, n. 00 del 02/07/2010, p. 1 ss.

²⁶⁹ Trib. Roma, II sez. civ., sent. n. 49565/1999.

²⁷⁰ Cfr., M. Benvenuti, *Andata e ritorno per il diritto di asilo costituzionale*, cit., p. 56 ss.; N. Zorzella, *Il caso Ocalan e il diritto d'asilo*, in *Dir. Imm. Citt.*, fascicolo 1, 1999, p. 57 ss.; N. Zorzella, *La protezione umanitaria nel sistema giuridico italiano*, in *Dir. Imm. Citt.*, fascicolo 1, 2018, p. 1 ss.; G. Palombarini, *Del caso Ocalan e dintorni*, *Dir. Imm. Citt.*, fasc. 4, 1999, p. 55 ss.

²⁷¹ Cfr. M. Benvenuti, *La forma dell'acqua. Il diritto di asilo costituzionale tra attuazione, applicazione e attualità*, cit., p. 25; A. Pugiotto, «Purché se ne vadano». *La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, cit., p. 333 ss.

migratorie vigenti, che guardano allo straniero dal punto di vista economico, perpetuando e rendendo ancor più forte la dicotomia tra le esigenze di tutela degli stranieri, di stampo universalistico e umanitario, e le esigenze particolaristiche di gestione dei flussi migratori²⁷².

Nel quadro attuale una via percorribile per l'attuazione del diritto di asilo costituzionale parrebbe essere, secondo tale dottrina, la valorizzazione di istituti come i reinsediamenti e i programmi di ingresso legale dei soggetti che richiedano protezione internazionale, tra tutti la positiva esperienza dei corridoi umanitari²⁷³.

b) L'attuazione del diritto di asilo costituzionale ai sensi delle norme primarie.

A tali tesi si contrappone la dottrina che riconosce la piena attuazione dell'asilo costituzionale. Si sostiene che l'attuazione dell'art. 10, comma III Cost. sarebbe avvenuta attraverso il d. lgs. n. 251 del 19/11/2007 della direttiva cosiddetta "qualifiche" 2004/83/CE (rifusa nella dir. n. 2011/95/UE a cui è stata data attuazione attraverso il d. lgs. n. 18/2014) recante norme sull'attribuzione della qualifica di rifugiato politico o di soggetto bisognoso di protezione internazionale; e attraverso il d. lgs. n. 25/2008, attuativo della direttiva 2005/85/CE²⁷⁴ la cosiddetta "direttiva procedure", recante norme sulle procedure degli Stati Membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di rifugiato e delle procedure attraverso cui presentare domande di asilo.

Secondo questa dottrina, infatti, attraverso tali decreti l'ordinamento italiano avrebbe dato piena ed effettiva applicazione al diritto di asilo costituzionale, il quale ha natura di diritto soggettivo perfetto, ma necessita - ex art. 10, comma 3 - di una legge che ne stabilisca le condizioni di esercizio. Il contenuto necessario dell'asilo costituzionale è il diritto del soggetto ad essere ammesso nel territorio della Repubblica ai fini della valutazione della sua domanda, ma a ciò non corrisponderebbe l'obbligo di prevedere un'unica forma di

²⁷² M. Benvenuti, *Il diritto di asilo nell'ordinamento costituzionale italiano, un'introduzione*, cit., p. 248 ss. Nel senso della mancata attuazione del dettato costituzionale all'art. 10, comma 3 inoltre si v: P. Passaglia, *Il diritto d'asilo tra riconoscimento costituzionale, (in)attuazione legislativa e prospettive comunitarie*, cit., p. 64 ss.; E. Xhanari, *Brevi riflessioni in tema di sostanziale disconoscimento del diritto costituzionale d'asilo nella recente giurisprudenza di legittimità*, cit., p. 1 ss.

²⁷³ M. Benvenuti, *La forma dell'acqua. Il diritto di asilo costituzionale tra attuazione, applicazione e attualità*, cit., p. Sui corridoi umanitari, v. *Supra*, cap. 1, par. 3.2.

²⁷⁴ Tale direttiva è stata rifiuta nella dir. n. 2013/32/UE a cui viene data attuazione attraverso il d.lgs. 142/2015 che da attuazione inoltre anche alla direttiva sull'accoglienza dir. n. 2013/33/UE (rifusione).

protezione, né l'obbligo che vi sia un'unica legge di attuazione, né che debba essere obbligatoriamente presentata una domanda alle autorità italiane.

È proprio sulla base di tali valutazioni che si considera attuato il diritto di asilo costituzionale mediante i tre status di protezione internazionale: il rifugio politico, la protezione sussidiaria e la protezione umanitaria. Infatti, le leggi ordinarie che attuano il diritto di asilo costituzionale, e dunque ne dettano le condizioni di esercizio, possono stabilire che il suo contenuto necessario sia garantito in forme differenti con contenuti diversi o ulteriori, e basate su presupposti diversi. La dicitura "impedimento delle libertà democratiche" fa sì che la valutazione della suddetta limitazione possa basarsi su presupposti diversi, in quanto differenti sono le modalità di riconoscimento del diritto e gli obblighi sovranazionali e internazionali che a seconda dalla violazione sussistono per lo Stato²⁷⁵.

Come si è anticipato, si sostiene che il diritto di asilo costituzionale trovi attuazione attraverso questi tre istituti: due esistenti in tutti gli Stati Membri, ossia il riconoscimento dello *status* di rifugiato e la protezione sussidiaria, e un terzo previsto dalla legge interna, ossia la protezione umanitaria²⁷⁶.

Il d.lgs. n. 251/2007 come modificato dal d. lgs. 18/2014, nel dare attuazione alla Direttiva 2004/83/CE (ora rifusa nella dir. n. 2011/95/UE) stabilisce un'unica domanda di protezione internazionale a cui corrisponde un'unitaria procedura di esame della stessa. L'autorità preposta all'esame della domanda valuterà se riconoscere lo status di rifugiato politico, o la protezione sussidiaria se il soggetto, nell'ipotesi in cui fosse rimpatriato, potrebbe subire gravi danni a causa di guerre, torture, trattamenti inumani o degradanti. Sia il riconoscimento dello status di rifugiato che la protezione sussidiaria rientrano

²⁷⁵ P. Bonetti, *Il diritto d'asilo in Italia dopo l'attuazione della direttiva comunitaria sulle qualifiche e sugli status di rifugiato e di protezione sussidiaria*, cit., p. 16 ss.

²⁷⁶ Il d. lgs. n. 85 del 7/4/2003 recepisce la direttiva sulla protezione temporanea, disposta mediante un provvedimento del Governo da adottarsi a seguito delle deliberazioni al Consiglio Europeo. Essa ha natura residuale, eccezionale ed eventuale e può essere conferita nel caso di disastri naturali e conflitti verificatisi al di fuori dell'Unione Europea. Originariamente, infatti, fu pensata con riferimento agli sfollati dell'ex Jugoslavia negli anni Novanta. Secondo tale dottrina, essa – pur se di carattere residuale e limitata – rappresenta una quarta forma di attuazione del diritto di asilo costituzionale. Cfr. P. Bonetti, *Il diritto d'asilo in Italia dopo l'attuazione della direttiva comunitaria sulle qualifiche e sugli status di rifugiato e di protezione sussidiaria*, cit., p. 24 ss.: si v. M. Asprone, *Il diritto di asilo e lo status di rifugiato*, cit., p. 39 ss. Nel caso dell'afflusso massiccio di sfollati, come accadde nel caso degli ingenti afflussi dal Nord, si evidenziò come tale forma di protezione, imminente e temporanea, e valida in tutti gli Stati membri, potrebbe essere attuata in alternativa alla procedura di asilo che, in siffatte ipotesi eccezionali, potrebbe produrre effetti pregiudizievoli o non garantirne il perfetto funzionamento. Sul punto v. B. Nascimbene, A. Di Pasquale, *L'eccezionale afflusso di persone dal Nord Africa e l'Unione europea: una colpevole assenza?*, in *Dir. Imm. Citt.*, XIII, fasc. 1, 2011, p. 22 ss.

all'interno della categoria di protezione internazionale che viene distinta, invece, dalla concessione del permesso di soggiorno per motivi umanitari²⁷⁷.

È per il tramite del permesso di soggiorno per ragioni umanitarie che l'asilo costituzionale ha trovato, secondo quanto sostiene tale dottrina, la sua più ampia attuazione.

L'art 5, comma 6 del TUI - nella sua formulazione precedente al d.l. n. 113/2018 convertito nella l. n. 132/2018 – stabiliva che il permesso di soggiorno, rilasciato dal questore, non potesse essere rifiutato o revocato qualora vi fossero «*seri motivi, in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano*»²⁷⁸. Tale formulazione, dunque, pareva un chiaro ed esplicito riferimento agli obblighi costituzionali derivanti dall'art 10, comma III, Cost., per quanto attiene all'asilo²⁷⁹, e al comma IV per quanto riguarda il divieto di estradizione, oltre che agli obblighi sovranazionali e internazionali. Esso poteva essere rilasciato per una durata non superiore alle necessità che venivano documentate al momento della richiesta della domanda, ed era comunque rinnovabile fintanto che fosse perdurata la situazione critica nel Paese d'origine. Tale elemento evidenzia sicuramente il carattere temporaneo e precario di tale forma di protezione rispetto alle precedenti²⁸⁰. Le ipotesi in cui tale protezione poteva essere rilasciata erano differenti, ma tutte - secondo tale

²⁷⁷ Lo status di rifugiato politico viene concesso dalla Commissione territoriale competente allo straniero extracomunitario o apolide che abbia presentato domanda di protezione internazionale e se sussiste il fondato timore che questi possa essere perseguitato nel paese di origine o di provenienza. Esso viene riconosciuto sulla base dei criteri stabiliti dal d.lgs. n. 251/2007 (come modificato dal d.lgs. 18/2014) e comporta il rilascio di un permesso di soggiorno di 5 anni rinnovabile che permette al soggetto l'accesso al lavoro alle medesime condizioni dei cittadini italiani, l'accesso allo studio, ai servizi socio-assistenziali e consente il ricongiungimento familiare²⁷⁷. Qualora, invece, non sussistano i requisiti stabiliti per lo status di rifugiato, ma sia accertato il rispetto delle condizioni stabilite dal decreto legislativo, ossia se è presente il rischio un danno grave nel caso di rimpatrio nel loro Paese a causa di guerre, condanne a morte o trattamenti inumani e degradanti, la Commissione territoriale competente conferisce la protezione sussidiaria, che dà diritto ad un permesso di soggiorno rinnovabile di tre anni. Cfr. d.lgs. n. 251/2007 (come modificato dal d.lgs. n. 18/2014).

²⁷⁸ Così l'art. 5, comma 6 del TUI nella sua formulazione antecedente al d.l. n. 113/2018 convertito nella l. n. 132 del 2018.

²⁷⁹ Così P. Bonetti, *Il diritto d'asilo in Italia dopo l'attuazione della direttiva comunitaria sulle qualifiche e sugli status di rifugiato e di protezione sussidiaria*, cit., p. 22 ss., per il quale i motivi di carattere umanitario rientrano nella nozione di "impedimento nell'esercizio delle libertà democratiche" sancita dalla Costituzione.

²⁸⁰ In realtà veniva permesso il consolidamento del permesso di soggiorno per motivi umanitari allo straniero in possesso di un regolare contratto di lavoro subordinato, o di un'attività lavorativa autonoma, o qualora vi fossero i presupposti per un ricongiungimento con un familiare residente in Italia. In tal caso il permesso di soggiorno poteva essere convertito in un permesso di soggiorno per lavoro subordinato, per lavoro autonomo o per ricongiungimento familiare, purché lo straniero esibisse un passaporto o un documento di identità. In modo più approfondito si veda P. Bonetti, *Il diritto d'asilo in Italia dopo l'attuazione della direttiva comunitaria sulle qualifiche e sugli status di rifugiato e di protezione sussidiaria*, cit., 22 ss.

dottrina – erano riconducibili al diritto di asilo costituzionale, pur se caratterizzate da un'ampia discrezionalità amministrativa. Il permesso di soggiorno per ragioni umanitarie poteva essere rilasciato qualora la Commissione territoriale avesse rigettato la domanda di protezione internazionale, ma avesse altresì trasmesso gli atti al questore in quanto vi erano delle ragioni umanitarie tali da rendere necessario un permesso di soggiorno per il soggetto.

La seconda ipotesi riguardava il caso in cui la Commissione nazionale per il diritto di asilo avesse deciso la revoca o la fine dello status di rifugiato o della protezione sussidiaria, ma sussistendo ragioni di carattere umanitario, avesse trasmesso gli atti al questore. Ancora, poteva essere rilasciato allo straniero privo di titolo di soggiorno che, ai sensi dell'art. 19, comma 1 del TUI²⁸¹, non poteva essere né respinto, né espulso. L'ultima ipotesi riguardava il caso in cui lo straniero, pur non detenendo il titolo di soggiorno, avesse inviato al questore la documentazione attestante i motivi inerenti gravi e oggettive situazioni personali che non ne permettevano l'allontanamento dal territorio nazionale²⁸².

Fino al 2018 si è assistito ad una sproporzione tra il riconoscimento dello status di rifugiato e della protezione sussidiaria, attestato per entrambe al 7%, e quello della protezione umanitaria, riconosciuta dalle Commissioni Territoriali o dall'autorità giudiziaria (in seguito alla proposizione di ricorso avverso dei

²⁸¹ Art.19, comma I: «*In nessun caso può disporsi l'espulsione o il respingimento verso uno Stato in cui lo straniero possa essere oggetto di persecuzione per motivi di razza, di sesso, di lingua, di cittadinanza, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali o sociali, ovvero possa rischiare di essere rinvio verso un altro Stato nel quale non sia protetto dalla persecuzione*».

²⁸²Tra tale documentazioni si annoveravano talune pronunce giudiziarie: «(1) la pronuncia della Corte d'appello che rigetta una richiesta di estradizione per reati politici o per violazione dei diritti della difesa o per rischi di torture o maltrattamenti o (2) che per analoghi motivi rigetta la richiesta di esecuzione di un mandato di arresto europeo o (3) una pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo che dichiara che l'eventuale allontanamento viola uno diritti fondamentali garantiti dalla CEDU o (4) una sentenza di un giudice che accolga il ricorso contro una decisione di una Commissione territoriale per la protezione internazionale o contro una decisione della Commissione nazionale per il diritto d'asilo perché nel disporre rispettivamente il rigetto della domanda di protezione internazionale o la revoca o la cessazione dello status di rifugiato o di protezione sussidiaria abbia omesso in modo immotivato o irrazionale di trasmettere al questore gli atti pur sussistendo nel caso concreto gravi motivi umanitari o (5) una sentenza di un giudice che annulli il provvedimento del questore di rifiuto di rilascio o di revoca di un permesso di soggiorno di uno straniero perché nella sua situazione ricorrono quei gravi motivi di carattere umanitario derivanti anche dagli obblighi internazionali o costituzionali dello Stato o (6) - seppur appaia oggi un rimedio residuale- una sentenza del giudice civile che sulla base di un'apposita azione civile promossa dall'interessato riconosca la sussistenza del generico diritto d'asilo costituzionalmente garantito.» Cfr., P. Bonetti, *Il diritto d'asilo in Italia dopo l'attuazione della direttiva comunitaria sulle qualifiche e sugli status di rifugiato e di protezione sussidiaria*, cit., p. 23.

provvedimenti di diniego), pari al 28%²⁸³. Era pertanto il rilascio del permesso di soggiorno per ragioni umanitarie lo strumento di maggiore e più ampia attuazione del diritto di asilo costituzionale.

Il d.l. n. 113/2018, convertito nella l. n. 132/2018, come già evidenziato, ha apportato delle modifiche all'art. 5, comma 6 del TUI e ha abrogato la disciplina del permesso di soggiorno per motivi umanitari. Inoltre, ha eliminato dalla lettera dell'art. 5 il riferimento agli obblighi costituzionali e internazionali che rappresentano – per tale tesi – il più chiaro rimando al diritto di asilo costituzionale e agli obblighi gravanti sullo Stato, ai sensi del comma 3, dell'art. 10 Cost. Il permesso di soggiorno per ragioni umanitarie viene, dall'art. 1 del d.l. n. 113/2018 convertito nella l. n. 132/2018, sostituito da ipotesi tipiche: il permesso di soggiorno per “casi speciali”; il permesso di soggiorno “per protezione speciale”; il permesso di soggiorno per calamità²⁸⁴; il permesso di soggiorno per particolari meriti civili²⁸⁵ e quello per cure mediche²⁸⁶, cui si aggiungono alcune ipotesi tipiche preesistenti, ossia il permesso di soggiorno «per le vittime di violenza domestica»²⁸⁷ e quello per «particolare sfruttamento lavorativo»²⁸⁸.

Alla luce di tale intervento normativo ci si è chiesti se potesse considerarsi pienamente attuato il diritto di asilo. Taluni hanno evocato la reviviscenza della diretta applicabilità del diritto d'asilo costituzionale per cui, venuto meno l'istituto che ne dava maggiore attuazione, il suo carattere precettivo sarebbe potuto risorgere, e ritrovare lo spazio che gli è proprio, e non assumere più «*la forma dell'acqua*» che «*piglia la forma che le viene data*»²⁸⁹. Al diritto di asilo costituzionale, infatti, avrebbe potuto essere riconosciuta la sua piena e diretta applicabilità anche attraverso la valorizzazione dell'art. 11, co. 1, lett. a), d.p.r. n. 394/1999 il quale dispone il rilascio del permesso di soggiorno per motivi di asilo. In tal caso, il giudice ordinario, una volta riconosciuto l'asilo costituzionale, avrebbe dovuto rilasciare tale permesso di soggiorno²⁹⁰. Dunque, l'abrogazione della protezione umanitaria avrebbe potuto importare come conseguenza positiva il «grande ritorno» del diritto di asilo costituzionale nelle aule giudiziarie, dando pieno riconoscimento alle aspirazioni poste alla base dell'art. 10, comma 3 Cost. Altri hanno evocato l'illegittimità costituzionale della nuova disciplina del 2018

²⁸³ Per i dati si rimanda a: Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, *Parere del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale sul decreto-legge 14 ottobre 2018 n. 113*, cit., p. 2.

²⁸⁴ Art. 20-*bis* TUI.

²⁸⁵ Art. 42-*bis* TUI.

²⁸⁶ Art. 19, co. 2, lett. d-*bis*), TUI.

²⁸⁷ Art. 18-*bis* TUI.

²⁸⁸ Art. 22, co. 12-*quarter*, TUI.

²⁸⁹ L'emblematica citazione di un noto racconto dello scrittore Andrea Camilleri la troviamo in M. Benvenuti, *La forma dell'acqua dell'asilo costituzionale*, cit., p. 14.

²⁹⁰ M. Benvenuti, *Il dito e la luna. La protezione delle esigenze di carattere umanitario degli stranieri prima e dopo il decreto Salvini*, in *Dir. Imm. Citt.*, fascicolo 1, 2019, p. 37 ss.

per violazione degli artt. 2 e 10 Cost.: quest'ultimo – infatti – lascia alla legge ordinaria il compito di definire le modalità di esercizio, le condizioni di attuazione del diritto d'asilo ma non permette che sia la fonte primaria a limitare e circoscrivere il diritto d'asilo costituzionale.

Nell'ottobre 2020 il Governo Conte II ha apportato modifiche alla disciplina vigente attraverso il decreto legge n. 130 del 2020, convertito nella l. n. 173/2020. Tale recentissimo atto si apre ad una visione più garantista, ampliando il novero dei permessi di soggiorno, prevedendo la possibilità di conversione di alcuni di essi in permessi di soggiorno per motivi lavorativi, reintroducendo all'art. 5, comma 6, TUI, il rilascio del permesso di soggiorno per motivi risultanti da obblighi costituzionali e internazionali, che la modifica del 2018 aveva espunto, e prevedendo, all'art. 19, comma 1.2 TUI, il divieto di respingimento ed espulsione sulla base della valutazione dell'integrazione sociale del soggetto (permesso di soggiorno per protezione speciale, all'art. 32, comma 3 del d.lgs. n. 25/2008). La reintroduzione del riferimento agli obblighi costituzionali e internazionali è stata reputata come una reviviscenza della protezione umanitaria. Inoltre l'espressa previsione del rispetto della vita privata e familiare come presupposto del rilascio del permesso di soggiorno per protezione speciale ha ampliato la portata applicativa della disciplina previgente.

CAPITOLO III

LA PROTEZIONE INTERNAZIONALE NELL'ORDINAMENTO EUROPEO E ITALIANO.

Sommario: 1. Il cammino di armonizzazione delle politiche europee in materia di immigrazione e asilo: dal Consiglio europeo di Tampere alla prima fase del sistema comune di asilo europeo (CEAS). – 2. La seconda fase del CEAS. – 3. Il CEAS alla prova della crisi migratoria degli anni Dieci. - 4. Gli strumenti costitutivi del CEAS: a) Il Regolamento Dublino III e il Regolamento EURODAC; b) La direttiva qualifiche, la direttiva sulle condizioni di accoglienza e la direttiva procedure. – 5. La disciplina interna in materia di asilo. – 6. Le modifiche apportate dal decreto legge n. 113/2018 e dal decreto legge n. 53/2019. – 7. Il decreto legge del 21 ottobre 2020, n. 130: continuità e innovazione.

1. Il cammino di armonizzazione delle politiche europee in materia di immigrazione e asilo: da Tampere alla prima fase del sistema comune di asilo europeo (CEAS).

La legislazione europea in materia di diritto di asilo trova il suo nucleo centrale nel Sistema Comune di Asilo Europeo, costituita dal diritto primario (il Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, il Trattato sull'Unione Europea e la Carta dei diritti) e dal diritto derivato, di cui fanno parte ad oggi il Regolamento Dublino III (REG. n. 604/2013), il regolamento EURODAC (Reg. n. 603/2013), la direttiva qualifiche (DIR 2011/95/UE), la direttiva sulle

condizioni di accoglienza (DIR. 2013/33/UE), la direttiva sulle procedure di asilo (DIR. 2013/32/UE)²⁹¹.

Nel corso del tempo il processo di armonizzazione della disciplina su asilo e immigrazione è stato caratterizzato da numerose tappe e fasi. Se infatti già negli anni Ottanta venivano siglati degli accordi intergovernativi tra gli Stati membri in materia migratoria, e nel 1985 fu stipulata la convenzione di Schengen, è però a partire dagli anni Novanta, con il crollo dei regimi dell'Europa orientale e le problematiche inerenti alla gestione degli sfollati provenienti dai Balcani, che si è rafforzata l'idea per cui la questione migratoria dovesse divenire parte integrante dei trattati dell'Unione Europea. Nel 1990 venne firmata la convenzione di Dublino, che stabiliva i criteri di determinazione per lo Stato competente ad esaminare la domanda di asilo. Nel 1992 con il Trattato di Maastricht, entrato in vigore nel novembre del 1993, la questione migratoria ha iniziato ad acquisire vera rilevanza nel diritto dei trattati: all'interno del terzo pilastro delle competenze dell'Unione Europea, costituito dalla cooperazione nei settori della giustizia e degli affari interni, venne fatto confluire un sistema comune in materia di immigrazione e asilo, basato sulla cooperazione e su accordi di carattere intergovernativo.

Fu però solo con il trattato di Amsterdam del 1999 che si ebbe il primo passo verso l'uropeizzazione dell'immigrazione, col passaggio di tale materia dal terzo al primo pilastro. Il settore dell'immigrazione e dell'asilo divenne una materia concorrente tra UE e Stati Membri e acquistò, dunque, una dimensione sovranazionale; si assistette, pertanto, ad una spinta all'accentramento delle decisioni, con conseguente cessione da parte degli Stati di quote di sovranità²⁹². Benché questo rappresentasse un importante primo passo verso l'armonizzazione, era ancora forte al tempo il timore che la spinta alla centralizzazione, più che comportare una maggiore cooperazione, avrebbe potuto tradursi in un'accentuazione degli egoismi nazionali, in un arroccamento degli Stati a difesa della propria sovranità con la creazione della cosiddetta "fortezza Europa"²⁹³. Invero, con il Trattato di Amsterdam la discrezionalità dei singoli Stati risultava essere ancora molto forte: da un lato, essi mantenevano un potere di veto; inoltre, l'approvazione dei provvedimenti avveniva solo all'unanimità; alla Commissione e al Parlamento europeo era riconosciuto un mero ruolo consultivo; infine, alcune materie di cruciale importanza - un esempio su tutti, la problematica dei

²⁹¹ Per un'analisi approfondita sulle fasi e gli strumenti del CEAS si v. EARLI - EUROPE (a cura di), *Un'introduzione al sistema comune di asilo europeo per i giudici*, in EASO, agosto 2016, <https://easo.europa.eu/>, p. 14 ss.

²⁹² Sul punto si veda inoltre: J. Niessen, *The Amsterdam Treaty and NGO responses*, in *European Journal of Migration and Law*, 2, 2000, p. 203 ss.; R. Cholewinsky, *The Eu acquis on irregular migration: reinforcing security at the expense of rights*, in *European journal of migration and law*, 2000, p. 365.

²⁹³ Così B. Nascimbene, E. M. Mafrolla, *Recenti sviluppi della politica comunitaria in materia di immigrazione e asilo*, in *Dir. Imm. Citt.*, 2002, p. 14.

ricongiungimenti familiari - non erano oggetto di tale accentramento²⁹⁴. Nonostante ciò tale atto forniva, pur non facendovi mai espresso riferimento, la base giuridica per la creazione del sistema comune di asilo europeo (CEAS)²⁹⁵, avvertito come sempre più necessario al fine di gestire i confini esterni attraverso una cooperazione tra Stati²⁹⁶.

La denominazione “sistema comune di asilo europeo” fa però la sua prima apparizione solo nelle conclusioni del Consiglio di Tampere del 1999, volto alla creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia nell’Unione Europea, garantito non solo ai cittadini europei ma, in una visione dell’UE aperta e rispettosa delle proprie tradizioni, anche a coloro che fossero giunti nel territorio europeo. Affinché ciò avvenisse era necessario predisporre ed elaborare politiche europee in materia di immigrazione e asilo basate su un approccio globale al fenomeno migratorio che abbracciasse le questioni connesse alla politica, ai diritti umani e allo sviluppo dei Paesi e delle Regioni di origine e transito. Nel rispetto del diritto di asilo, l’Unione Europea si impegnava dunque a creare un sistema comune di asilo europeo (CEAS) basato sull’applicazione della Convenzione di Ginevra e del principio di *non refoulement* in una prospettiva più ampia, nel quadro di una disciplina complessiva dell’asilo. Il CEAS era basato su due fasi: la prima, avviata nel 1999 e conclusa nel 2005, era caratterizzata dall’adozione di una procedura comune limitata, nella quale gli Stati mantenevano il loro regime nazionale e si impegnavano al rispetto di alcuni strumenti e misure comuni; la seconda, che prese le mosse dal Patto Europeo sull’immigrazione e sull’asilo del 24 settembre 2008, era volta ad intraprendere la via verso una disciplina comune in materia di asilo, nella quale la discrezionalità degli Stati Membri andava piano a piano a ridursi²⁹⁷.

Nella prima fase il regime comune avrebbe dovuto individuare «*con chiarezza e praticità*» lo Stato competente ad esaminare la domanda di asilo, stabilire norme comuni per garantire procedure di asilo efficaci ed eque, garantire condizioni comuni per l’accoglienza dei richiedenti asilo, prevedere un

²⁹⁴ In modo più approfondito sull’“europeizzazione” dell’immigrazione e dell’asilo, si veda B. Tholen, *The europeanisation of Migration Policy – The normative issues*, in *European Journal of Migration and Law*, 2005, p. 326 ss.

²⁹⁵ L’art. 63 del Trattato di Amsterdam prevedeva infatti che il Consiglio disponesse delle misure in materia di asilo e di rifugio, che dovevano essere conformi alla Convenzione di Ginevra e ai trattati in materia. Si veda EARLI- EUROPE (a cura di), *Un’introduzione al sistema comune di asilo europeo per i giudici*, cit., p. 14.

²⁹⁶ « [...] *the common asylum regime is the stepchild of the abolishment of border controls within the European Union, or to be more precise, of the Schengen area*». Così E. Küçük, *The Principle of Solidarity and Fairness in Sharing Responsibility: More than Window Dressing?*, in *European Law Journal*, 2016, p. 449.

²⁹⁷ Si v. EARLI- EUROPE (a cura di), *Un’introduzione al sistema comune di asilo europeo per i giudici*, cit., p. 13 ss.; B. Nascimbene, E. M. Mafrolla, *Recenti sviluppi della politica comunitaria in materia di immigrazione e asilo*, cit., p. 28 ss.

ravvicinamento della normativa in materia di rifugio; inoltre doveva prevedere forme complementari di protezione per i soggetti che ne avessero necessità. Tra gli strumenti vi erano il regolamento EURODAC del 15 dicembre 2000²⁹⁸, la direttiva sulla protezione temporanea del 7 agosto 2001²⁹⁹, il regolamento Dublino II del 17 marzo 2003 e il suo regolamento di applicazione del 6 settembre 2003³⁰⁰, la direttiva accoglienza del 6 febbraio 2003³⁰¹, la direttiva qualifiche del 10 ottobre 2004³⁰², la direttiva sulle procedure di asilo del 2 gennaio 2006³⁰³. L'asse portante di questa politica comune era caratterizzato dalla dimensione esterna, ossia dal partenariato con i Paesi di origine, con i quali l'Unione e gli Stati Membri si impegnavano ad attuare politiche interne ed esterne volte a gestire i flussi migratori in un'ottica di sostegno per i Paesi di origine e di transito³⁰⁴. Gli accordi con i Paesi terzi erano basati su tre punti fondamentali - dialogo, cooperazione e sviluppo - non solo per quanto atteneva alla sfera economica e commerciale, ma anche per ciò che riguardava la protezione dei diritti umani, la lotta all'immigrazione clandestina, il sostegno e lo sviluppo dei Paesi terzi. Si guardava inoltre alla necessità di incrementare l'immigrazione legale, attraverso una gestione ordinata dei flussi migratori che avrebbe permesso all'Unione europea di trarne dei benefici; tale obiettivo doveva essere raggiunto non attraverso il sistema di quote o dei limiti, bensì attraverso forme di cooperazione tra Stati Membri e tra Unione europea e Paesi terzi³⁰⁵. L'approccio individuato nel consiglio europeo di Tampere incontrava però il limite dell'art. 63 del trattato di Amsterdam, ossia il criterio dell'unanimità per l'adozione delle decisioni in materia. Tale principio rendeva difficoltosa l'adozione delle misure stabilite, stante la nota resistenza statale alla cessione di quote di sovranità a favore dell'Unione Europea, in particolar modo in settori quali il controllo delle frontiere e la gestione dei flussi migratori³⁰⁶.

Nonostante ciò, il consiglio europeo di Tampere rappresenta una fase fondamentale del processo di armonizzazione. Dalle sue conclusioni si evince la

²⁹⁸ REG. CE n. 2725/2000.

²⁹⁹ DIR. 2001/55/CE.

³⁰⁰ REG. CE n. 343/2003; e il suo regolamento di applicazione: REG. CE n. 1560/2003.

³⁰¹ DIR. 2003/9/CE.

³⁰² DIR. 2004/83/CE.

³⁰³ DIR. 2005/85/CE.

³⁰⁴ C. Favilli, *La comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo su una politica comunitaria in materia di immigrazione: prime riflessioni*, in *Dir. Imm. Citt.*, 2001, fascicolo 1, p. 58 ss.

³⁰⁵ B. Nascimbene, E. M. Mafrolla, *Recenti sviluppi della politica comunitaria in materia di immigrazione e asilo*, p. 26 ss.; A. Tagliapietra, *The European Migration Crisis: A Pendulum between the Internal and External Dimensions*, in *Istituto Affari Internazionali (IAI)*, 2019, p. 1 ss.

³⁰⁶ Tale principio è stato in parte superato con il Trattato di Nizza, entrato in vigore nel febbraio 2003, in quanto l'art. 67 ha stabilito non più il criterio dell'unanimità, ma della maggioranza qualificata, subordinata alla preventiva adozione all'unanimità delle regole comuni e dei principi da parte del Consiglio.

centralità del fenomeno migratorio, che non appariva più come occasionale e limitato, ma costante e impossibile da contrastare, e tale quindi da necessitare una regolamentazione basata su approccio comune a livello europeo, oltre che garantista nei confronti dei richiedenti asilo³⁰⁷.

Proseguendo nel cammino di armonizzazione si incontrano i documenti prodotti durante i consigli europei di Laeken del 2001 e di Siviglia del 2002. I due consigli si svolgono in un periodo immediatamente successivo agli attacchi terroristici dell'undici settembre, e nelle loro finalità e obiettivi risentono di tale clima. Infatti, oltre a ribadire la necessità di giungere ad una disciplina comune per quanto concerne la materia dell'asilo, questi atti si concentravano in particolar modo sul controllo dei flussi, sulla lotta al terrorismo e sul controllo dell'immigrazione clandestina. In modo sintetico, nel consiglio europeo di Laeken del dicembre 2001 si pose l'accento sulla necessità di incentivare le forme di cooperazione con gli Stati terzi di origine e di transito ai fini di un incremento delle politiche di riammissione, e sulla necessità di incrementare il controllo delle frontiere esterne come efficace strumento di lotta al terrorismo e all'immigrazione clandestina³⁰⁸. Nel Consiglio europeo di Siviglia del 2002, l'approccio globale e coordinato veniva visto come funzionale alla lotta all'immigrazione clandestina, definito come l'"obiettivo costante" dell'Unione Europea³⁰⁹.

La linea securitaria sembra guidare anche il Consiglio Europeo di Salonicco del giugno 2003. Il binario percorso in tale caso era doppio: da una parte lo sviluppo dell'immigrazione legale, dall'altra la lotta alla criminalità organizzata. Anche in esso, infatti, venne ribadita la necessità che l'approccio globale fosse volto alla lotta nei confronti dell'immigrazione clandestina, inoltre al fine della gestione, del controllo dell'immigrazione irregolare e delle frontiere esterne venne predisposto uno strumento, ossia una struttura operativa volta al controllo delle frontiere esterne, che sarà poi l'agenzia Frontex, istituita con il Reg. 2007/2004³¹⁰.

³⁰⁷ C. Favilli, *La comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo su una politica comunitaria in materia di immigrazione: prime riflessioni*, cit., p. 57 ss.

³⁰⁸ Conclusioni del Consiglio europeo di Laeken, 14 e 15 dicembre 2001.

³⁰⁹ Consiglio Europeo di Siviglia, 21 e 22 giugno 2002, Conclusioni della Presidenza, punto 33.

³¹⁰ Consiglio europeo di Salonicco, 19, 20 giugno 2003, Conclusioni della Presidenza. Ad oggi Frontex è disciplinata dal REG. n. 2019/1896. La sua denominazione è inoltre mutata: non è più «Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione europea», bensì «Agenzia europea della guardia di frontiera e costiera». I compiti di tale Agenzia sono la gestione integrata delle frontiere esterne al fine di attuare, nel rispetto dei diritti fondamentali, i programmi di rimpatrio. Tale gestione integrata consiste in differenti operazioni, stabilite dall'art. 3 e volte a garantire il contemperamento tra sicurezza e libera circolazione, quali attività di controllo delle frontiere, operazioni di soccorso e di ricerca, analisi dei rischi per la sicurezza interna che possono pregiudicare il funzionamento delle frontiere esterne, attività di cooperazione con gli Stati membri e le autorità nazionali, attuazione dei

La tensione verso le cosiddette politiche di “zero migration” permaneva anche nel piano quinquennale sull’immigrazione firmato all’Aia³¹¹, che seguiva il suo predecessore concluso a Tampere e se ne discostava per alcuni elementi. Se le conclusioni del consiglio europeo di Tampere del 1999 facevano riferimento alla creazione di uno spazio di libertà fondato sui diritti umani, le istituzioni democratiche e il ruolo ricoperto dalla legge, il programma dell’Aia si basava, invece, sulla discordanza tra i concetti di libertà e sicurezza³¹², per cui le procedure predisposte dovevano ricercare un equilibrio tra questi due fenomeni che parevano, e paiono tutt’oggi, di difficile conciliazione. Per tale ragione l’approccio globale doveva riguardare tutte le fasi del fenomeno migratorio: le cause delle partenze, le politiche di ingresso e di ammissione e le politiche di integrazione e di rimpatrio.

I punti analizzati nel programma dell’Aia si dividevano in due aree: la dimensione interna e la dimensione esterna del fenomeno migratorio. Per quanto concerne il primo ambito si poneva l’attenzione sulla necessità di passare alla seconda fase di sviluppo del CEAS, ossia il passaggio da standard minimi ad una procedura comune in materia di asilo e ad uno status uniforme per i beneficiari dell’asilo. Per quanto attiene alla dimensione esterna dell’asilo e dell’immigrazione, l’attenzione si focalizzava su una tematica già oggetto del consiglio di Tampere, ossia sul sistema di partenariato con i Paesi terzi, con i Paesi e Regioni di origine e di transito, in particolar modo con quelli del bacino del Mediterraneo, al fine di rafforzare la cooperazione e il dialogo. Un altro elemento cruciale era l’incremento delle politiche di rimpatrio e di riammissione, nel pieno rispetto della dignità e dei diritti, per coloro che avessero perso o non detenessero il diritto di soggiornare legalmente nell’Unione Europea³¹³. Il

programmi di rimpatrio, nonché attività di coordinamento con i Paesi terzi. Il modello di gestione Frontex nasce da due diversi elementi: la necessità di un compromesso tra la politica europea delle frontiere e dell’asilo, e l’ordinaria riluttanza degli Stati Membri a rinunciare ai propri poteri statali. È proprio per tale finalità che Frontex, originariamente, si occupava di coordinare le attività congiunte degli Stati Membri e di fornire sorveglianza e assistenza. Già il Regolamento n. 2007/863 aveva ampliato i suoi compiti, ma è con l’ultima Regolamento n. 2019/1896 che l’esigenza securitaria ed emergenziale ha acquistato un’importanza preponderante: v. F. Zorzi Giustiniani, *Da Frontex alla Guardia di frontiera e costiera: novità in tema di gestione delle frontiere esterne*, in *Dir. Pubbl. Comp ed Eur.*, fascicolo 2, aprile – giugno 2017, p. 524 ss.; S. Trevisanut, *L’Europa e l’immigrazione clandestina via mare: FRONTEX e diritto internazionale*, in *Dir. Un. Eur.*, fasc., 2, 2008, p. 367 ss.

³¹¹ COMM (2005)184, *Il programma dell’Aia: 10 priorità per i prossimi cinque anni*.

³¹² E. Guild, S. Carrera, *The Hague programme and the EU’s agenda on Freedom, security and Justice: delivering results for Europe’s citizens?*, in *Centre for European policies security*, 7 giugno 2006, p. 1 ss.

³¹³ Il Consiglio europeo chiede una più stretta cooperazione e una maggiore assistenza tecnica reciproca; l’avvio della fase preparatoria di un Fondo europeo per i rimpatri; programmi comuni integrati specifici di rimpatrio nazionali e regionali; l’istituzione di un Fondo europeo per i rimpatri entro il 2007 che tenga conto della valutazione della fase preparatoria; la tempestiva conclusione

secondo punto della dimensione esterna riguardava la gestione dei flussi migratori attraverso la soppressione dei controlli alle frontiere interne ed una progressiva instaurazione di un sistema di gestione, controllo e sorveglianza delle frontiere esterne³¹⁴, nonché lo sviluppo di una politica comune in materia di visti³¹⁵.

2. *La seconda fase del CEAS.*

Se la prima fase del sistema comune era essenzialmente volta al riavvicinamento delle procedure e delle normative, è con la seconda fase che si giunge alla concreta armonizzazione. Tale passaggio avviene con il Trattato di Lisbona (TFUE) 2007, entrato in vigore nel dicembre 2009, in cui si rinviene la base giuridica del CEAS. L'art. 67 TFUE, istituendo lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel rispetto dei diritti fondamentali, dei diversi ordinamenti giuridici e delle tradizioni giuridiche degli Stati Membri, si occupa al secondo comma dello sviluppo di una politica comune in materia di asilo, immigrazione e controllo delle frontiere esterne³¹⁶. Sono però gli artt. 78 e 79 a costituire la base giuridica per le misure relative all'asilo e all'immigrazione. L'art. 78 stabilisce al I comma che la politica comune in materia di immigrazione e asilo deve essere conforme alla Convenzione di Ginevra del 1951 e agli altri trattati in materia. Il comma II del medesimo articolo facoltizza l'adozione di misure recanti la costituzione in uno «status uniforme» in materia di asilo, di protezione sussidiaria, di protezione temporanea nei confronti degli sfollati in caso di afflussi ingenti; l'adozione di procedure comuni per l'ottenimento (e la revoca) dello status uniforme in materia di asilo o di protezione sussidiaria; la definizione di

degli accordi europei di riammissione; la pronta nomina da parte della Commissione di un rappresentante speciale per la politica comune in materia di riammissione. Così COMM (2005)184, *Il programma dell'Aia: 10 priorità per i prossimi cinque anni*.

³¹⁴ Tale gestione e la lotta contro l'immigrazione clandestina non possono inoltre prescindere da un efficace sistema di informazione basata sull'operatività e la comunicazione tra il Sistema di informazione Schengen (SIS II), il Sistema di informazione Visti (VIS) ed EURODAC. Si v. *Programma dell'Aia: rafforzamento della libertà, della sicurezza e della giustizia nell'Unione Europea*, 3/3/2005.

³¹⁵ Cfr. *Programma dell'Aia: rafforzamento della libertà, della sicurezza e della giustizia nell'Unione Europea*, 3/3/2005.

³¹⁶ L'art. 67, comma II TFUE prevede che «Essa garantisce che non vi siano controlli sulle persone alle frontiere interne e sviluppa una politica comune in materia di asilo, immigrazione e controllo delle frontiere esterne, fondata sulla solidarietà tra Stati membri ed equa nei confronti dei cittadini dei paesi terzi. Ai fini del presente titolo gli apolidi sono equiparati ai cittadini dei paesi terzi».

criteri per individuare lo Stato membro competente a valutare la domanda di protezione internazionale; l'adozione di norme riguardanti le condizioni di accoglienza; il perseguimento del partenariato e della cooperazione con Paesi terzi per gestire i flussi di richiedenti asilo. Il comma III riconosce infine la possibilità che il Consiglio approvi, su proposta della Commissione, misure emergenziali a favore di uno o più Stati Membri, che versano in una situazione eccezionale dovuta a flussi massicci di immigrati³¹⁷.

L'art. 79 ha ad oggetto gli strumenti di gestione dei flussi migratori, il contrasto e la prevenzione dell'immigrazione clandestina, nonché le misure volte a garantire l'equo trattamento dei cittadini dei Paesi terzi regolarmente soggiornanti in Europa³¹⁸.

³¹⁷ L'art. 78 TFUE prevede che «1. L'Unione sviluppa una politica comune in materia di asilo, di protezione sussidiaria e di protezione temporanea, volta a offrire uno status appropriato a qualsiasi cittadino di un paese terzo che necessita di protezione internazionale e a garantire il rispetto del principio di non respingimento. Detta politica deve essere conforme alla convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 e al protocollo del 31 gennaio 1967 relativi allo status dei rifugiati, e agli altri trattati pertinenti. 2. Ai fini del paragrafo 1, il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, adottano le misure relative a un sistema europeo comune di asilo che includa: a) uno status uniforme in materia di asilo a favore di cittadini di paesi terzi, valido in tutta l'Unione; b) uno status uniforme in materia di protezione sussidiaria per i cittadini di paesi terzi che, pur senza il beneficio dell'asilo europeo, necessitano di protezione internazionale; c) un sistema comune volto alla protezione temporanea degli sfollati in caso di afflusso massiccio; d) procedure comuni per l'ottenimento e la perdita dello status uniforme in materia di asilo o di protezione sussidiaria; e) criteri e meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda d'asilo o di protezione sussidiaria; f) norme concernenti le condizioni di accoglienza dei richiedenti asilo o protezione sussidiaria; g) il partenariato e la cooperazione con paesi terzi per gestire i flussi di richiedenti asilo o protezione sussidiaria o temporanea. 3. Qualora uno o più Stati membri debbano affrontare una situazione di emergenza caratterizzata da un afflusso improvviso di cittadini di paesi terzi, il Consiglio, su proposta della Commissione, può adottare misure temporanee a beneficio dello Stato Membro»

³¹⁸ L'art. 79 TFUE prevede che «1. L'Unione sviluppa una politica comune dell'immigrazione intesa ad assicurare, in ogni fase, la gestione efficace dei flussi migratori, l'equo trattamento dei cittadini dei paesi terzi regolarmente soggiornanti negli Stati membri e la prevenzione e il contrasto rafforzato dell'immigrazione illegale e della tratta degli esseri umani. 2. Ai fini del paragrafo 1, il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, adottano le misure nei seguenti settori: a) condizioni di ingresso e soggiorno e norme sul rilascio da parte degli Stati membri di visti e di titoli di soggiorno di lunga durata, compresi quelli rilasciati a scopo di ricongiungimento familiare; b) definizione dei diritti dei cittadini di paesi terzi regolarmente soggiornanti in uno Stato membro, comprese le condizioni che disciplinano la libertà di circolazione e di soggiorno negli altri Stati membri; c) immigrazione clandestina e soggiorno irregolare, compresi l'allontanamento e il rimpatrio delle persone in soggiorno irregolare; d) lotta contro la tratta degli esseri umani, in particolare donne e minori. 3. L'Unione può concludere con i paesi terzi accordi ai fini della riammissione, nei paesi di origine o di provenienza, di cittadini di paesi terzi che non soddisfano o non soddisfano più le condizioni per l'ingresso, la presenza o il soggiorno nel territorio di uno degli Stati membri. 4. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, possono stabilire misure volte a incentivare e sostenere l'azione degli Stati membri al fine di favorire l'integrazione

La carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea è parte del diritto primario secondo quanto sancito dall'art. 6, comma 1 del TUE³¹⁹, pertanto le sue disposizioni sono vincolanti non solo per le istituzioni e gli organi dell'Unione europea, ma anche per gli Stati Membri (negli ambiti di competenza del diritto UE). Con riferimento all'oggetto della nostra analisi sono molteplici gli articoli della Carta che potrebbero essere presi in considerazione. Senza pretese di esaustività, si citano: il diritto di asilo all'art. 18, il diritto alla dignità umana all'art. 1, la proibizione della tortura e delle pene o trattamenti disumani o degradanti stabiliti dall'art. 4, il diritto alla libertà e sicurezza ai sensi dell'art. 6, la protezione in caso di allontanamento, espulsione e di estradizione all'art. 19³²⁰.

Dal punto di vista degli strumenti normativi, la seconda fase del CEAS è caratterizzata dalla "rifusione"³²¹ di alcuni atti di diritto derivato: la direttiva qualifiche (rifusione) del 2011 (DIR 2011/95/UE); il regolamento EURODAC (rifusione) (Reg. n. 603/2013); Regolamento Dublino III (REG. n. 604/2013); Direttiva sulle condizioni di accoglienza (rifusione) (DIR. 2013/33/UE); Direttiva sulle procedure di asilo (DIR. 2013/32/UE).

Proprio al fine di individuare le azioni da attuare per la creazione del sistema comune di asilo europeo, nel 2008 è stato approvato dalla Commissione europea un piano strategico sull'asilo. Esso, anche in attuazione del trattato di Lisbona, prevedeva azioni volte a creare "un'Europa dell'asilo" e ad incrementare gli strumenti normativi della prima fase del CEAS. Si contemplavano, inoltre, azioni rivolte all'organizzazione dell'immigrazione legale, tenendo in considerazione le capacità di accoglienza, le esigenze e priorità degli Stati Membri, ed altresì azioni finalizzate alla lotta all'immigrazione clandestina, attraverso – in particolar modo – il rimpatrio dei soggetti in

dei cittadini di paesi terzi regolarmente soggiornanti nel loro territorio, ad esclusione di qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri. 5. Il presente articolo non incide sul diritto degli Stati membri di determinare il volume di ingresso nel loro territorio dei cittadini di paesi terzi, provenienti da paesi terzi, allo scopo di cercarvi un lavoro dipendente o autonomo.»

³¹⁹ L'art. 6, comma I TUE prevede che «L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati. Le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati. 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.»

³²⁰ Per un'analisi più approfondita si v. EARLI- EUROPE (a cura di), *Un'introduzione al sistema comune di asilo europeo per i giudici*, cit., p. 27 ss.

³²¹ Con il termine rifusione si intende l'adozione di un nuovo atto legislativo, quando viene apportata una modifica ad un atto di base. Il risultato è un unico atto giuridicamente vincolante, che incorpora l'atto giuridico iniziale e qualsiasi modifica ad esso apportata. Questo nuovo atto passa attraverso l'intero processo legislativo e abroga e sostituisce tutti gli atti che sono stati rifiutati.

posizione irregolare, il rafforzamento dei controlli alle frontiere esterne, e la stipulazione di partenariati con i Paesi di origine e transito³²².

Sempre nel 2008 venne approvato il cosiddetto programma di Stoccolma. Si tratta del terzo piano quinquennale dell'Unione Europea in materia di libertà, sicurezza e giustizia, dopo quelli di Tampere del 1999 e dell'Aia del 2004. Attraverso tale atto venivano delineati gli obiettivi da perseguire in materia di immigrazione e asilo e, nella ormai ordinaria bipartizione tra dimensione interna ed esterna, si sottolineava la necessità che l'approccio globale al fenomeno migratorio si basasse sulla responsabilità, sulla solidarietà e sulle forme di partenariato attraverso l'espansione degli strumenti vigenti e il loro coordinamento. Lo schema portante era incentrato sul coordinamento tra tre settori: la promozione della mobilità e dell'immigrazione legale, l'intensificazione del legame tra immigrazione e sviluppo e la lotta all'immigrazione clandestina.

Per quanto attiene alla dimensione interna, appare rilevante ai fini della nostra analisi il capo dedicato all'asilo, definito come “uno spazio comune di protezione e solidarietà”³²³. L'esigenza di rafforzare il sistema comune di asilo avrebbe preso forma con la previsione di una procedura comune e di uno status uniforme per la protezione internazionale, al fine di garantire il diritto di asilo nel lungo periodo e di incrementare la solidarietà tra Stati Membri³²⁴. Il sistema Dublino veniva definito come la “pietra miliare³²⁵” nella costruzione del sistema comune di asilo, alla cui base venivano poste la responsabilità condivisa e la solidarietà tra Stati Membri attraverso meccanismi di condivisione della responsabilità e di coordinamento. Inoltre si sottolineava – ancora una volta - la necessità di forme di partenariato con i Paesi terzi volte alla gestione dei flussi migratori³²⁶, l'esigenza di effettuare i controlli alla frontiera, di contrastare

³²² Consiglio europeo, *Il Patto europeo sull'immigrazione e sull'asilo*, 16 ottobre 2008.

³²³ Consiglio europeo, *Il Patto europeo sull'immigrazione e sull'asilo*, 16 ottobre 2008, punto 6.2.

³²⁴ In esso, inoltre, veniva dichiarato l'obiettivo dell'Unione Europea di aderire alla Convenzione di Ginevra del 1951, realizzabile grazie al trattato di Lisbona che conferisce all'Unione europea personalità giuridica. Così Consiglio europeo, *Il Patto europeo sull'immigrazione e sull'asilo*, 16 ottobre 2008

³²⁵ Consiglio europeo, *Il Patto europeo sull'immigrazione e sull'asilo*, 16 ottobre 2008, punto 6.2.1.

³²⁶ A tal riguardo il Consiglio individuava degli obiettivi che la Commissione avrebbe dovuto tenere in considerazione: «di sviluppare il summenzionato meccanismo per la condivisione delle responsabilità tra Stati membri, assicurando nel contempo che non si abusino dei sistemi di asilo e che non siano compromessi i principi del CEAS; di creare strumenti e meccanismi di coordinamento che permettano agli Stati membri di sostenersi vicendevolmente nello sviluppo di capacità e che si basino sugli sforzi compiuti dagli Stati membri per accrescere le loro capacità per quanto riguarda i sistemi di asilo nazionali; di usare in modo più efficace i sistemi finanziari esistenti nell'Unione con l'intento di rafforzare la solidarietà interna; per l'UESA, di valutare e sviluppare procedure che agevolino il distacco di funzionari allo scopo di assistere gli Stati

l'immigrazione illegale ponendo lo strumento dei rimpatri e della riammissione come «*prioritari nelle relazioni esterne dell'Unione Europea*»³²⁷.

3. *Il CEAS alla prova della crisi migratoria degli anni Dieci.*

A seguito della situazione migratoria emergenziale vissuta dall'Europa, e in particolar modo dall'Italia e dalla Grecia, nel 2015 è stata approvata un'agenda europea sull'immigrazione³²⁸, attraverso cui si istituì un sistema derogatorio della disciplina di Dublino a favore dei due Stati Membri (l'Italia e la Grecia) che subivano, in tale periodo, una forte e ingestibile pressione migratoria. Tra tutti sono tre gli strumenti fondamentali che tale agenda andava ad istituire: gli *hotspot* (punti di crisi) e due meccanismi di gestione dei migranti, la ricollocazione e il reinsediamento³²⁹.

Gli *hotspot* (cosiddetti “punti di crisi”) sono definiti dall'Agenda in questione come un approccio³³⁰ volto a gestire i flussi migratori in Europa. Essi sono dei luoghi in cui i migranti appena sbarcati vengono sottoposti a una fase di pre-identificazione e soccorso, e sono poi successivamente distinti in richiedenti protezione internazionale e migranti economici: i primi vengono inviati nei centri di seconda accoglienza (Hubs), mentre i secondi sono destinatari di un provvedimento di respingimento per ingresso illegale³³¹.

membri che sono sottoposti a particolari pressioni da parte dei richiedenti asilo». Si v. Consiglio europeo, Il Patto europeo sull'immigrazione e sull'asilo, 16 ottobre 2008, punto 6.2.3.

³²⁷ Si v. E. Collett, *Future EU policies development on immigration and asylum: understanding the challenge*, in *Migration Policy Institute Europe – policy brief series*, issue 4, 2014, p. 1 ss.

³²⁸ COMM (2015) 240, *Agenda europea sull'immigrazione*.

³²⁹ La ricollocazione è stato oggetto della DEC. 2015/1523, mentre il reinsediamento è stato definito da una raccomandazione RAC. EU 2015/914.

³³⁰ Si nota come gli *hotspot* individuati dall'agenda del 2015 costituiscano, al contempo un'operazione, un luogo e un metodo. Sono un'operazione in quanto sono caratterizzati dalla presenza di attori sovranazionali e nazionali; sono una situazione in quanto rispondono alle sollecitazioni provenienti dai paesi di frontiera, legate ai massicci flussi migratori; sono un metodo in quanto sono volti a catalogare e distinguere i migranti. Si v. M. Benvenuti, *Gli hotspot come chimera. Una prima fenomenologia dei punti di crisi alla luce del diritto costituzionale*, in *Dir. Imm. Citt.*, fascicolo 2, 2018, p. 4 ss.

³³¹ Il d.lgs. n. 142/2015 che dispone un nuovo sistema di accoglienza, in attuazione delle direttive DIR. 2013/32/UE e DIR. 2013/33/UE non menziona gli *hotspot*. Tale approccio fa la sua prima apparizione in un documento informale (la *roadmap*) che l'Italia ha inviato alla Commissione nel settembre 2015. In essa gli *hotspot* vengono definiti come “luoghi chiusi” ove avvengono le operazioni di prima accoglienza, soccorso e identificazione, nonché la divisione tra richiedenti protezione internazionale (inviati poi nei centri di seconda accoglienza, i *Regional*

Per lungo tempo le problematiche riguardanti gli *hotspot* sono state collegate all'assenza di una definizione giuridica: erano un approccio, ma allo stesso modo un luogo fisico ove si verificavano dei trattenimenti, senza che vi fosse una disciplina giuridica che li definisse in modo chiaro, generando nei fatti un mancato rispetto dei diritti fondamentali degli stranieri trattenuti. Questa è stata la situazione in Italia fino al 2017, fino a quando con il d.l n. 13/2017, convertito nella l. n. 46/2017, venne introdotto l'art. 10 *ter* nel TUI, che definisce i punti di crisi come dei luoghi di prima accoglienza, senza comunque chiarire la loro natura giuridica e la disciplina in essi applicabile³³².

La ricollocazione è un meccanismo di distribuzione tra gli Stati Membri di «*persone con evidente bisogno di protezione internazionale*», il cui fondamento giuridico sono gli art. 78 e 80 del TFUE³³³: quest'ultimo, infatti, sancisce il principio solidaristico e il principio di ripartizione degli oneri tra Stati Membri. Si tratta di una misura temporanea ed emergenziale che opera in deroga al Reg. n. 343/2013 (il cosiddetto Regolamento Dublino). I criteri di ripartizione dei migranti tra gli Stati hanno un carattere oggettivo: popolazione complessiva, PIL totale, media delle domande di asilo, tasso di disoccupazione. La *ratio* di tale disciplina è quella di perseguire uno sgravio della pressione migratoria per gli Stati maggiormente esposti. In forza di tale misura gli Stati beneficiari (come Italia e Grecia) hanno assunto un obbligo di risultato, che li ha impegnati a inviare alla Commissione una *roadmap* (una tabella di marcia) sullo stato di "avanzamento" nel processo di identificazione dei migranti (art. 8 DEC. 2015/1523). A compensazione di tale sforzo, si è previsto l'obbligo di ricollocamento di quote di migranti in capo agli altri Stati Membri. Benché

Hubs) e i migranti economici (trattenuti, invece, nei CPR, in attesa dell'esecuzione del provvedimento di respingimento). In modo più approfondito sulle tematiche riguardanti i punti di crisi e le loro criticità si v. M. Benvenuti, *Gli hotspot come chimera. Una prima fenomenologia dei punti di crisi alla luce del diritto costituzionale*, cit., p. 4 ss.; S. Leone, *La disciplina degli Hotspot nel nuovo art. 10 ter d.lgs. n. 286/98: un'occasione mancata*, in *Dir. Imm. Citt.*, 2, 2017, p. 1 ss.; A. Papapanagiotou-Leza, N. Garipidis, *Implementing the "Hotspot approach" on the Greek Islands: legal and operational aspects*, in *Dir. Imm. Citt.*, 1, 2017, p. 1 ss.; Tu si, Tu no. *Il diritto d'asilo al tempo degli hotspot*, in <http://www.meltingpot.org/Tu-si-tu-no-Il-diritto-d-asilo-nell-epoca-degli-hotspot-Le.html>.

³³² In base all'art. 10 *ter* d.lgs n. 286/1998 lo straniero che supera irregolarmente la frontiera interna o esterna, o viene rintracciato a seguito di un salvataggio in mare « è condotto per le esigenze di soccorso e di prima assistenza presso appositi punti di crisi allestiti nell'ambito delle strutture di cui al decreto-legge 30 ottobre 1995, n. 451, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 dicembre 1995, n. 563, e delle strutture di cui all'articolo 9 del decreto legislativo 18 agosto 2015, n. 142».

³³³ Secondo l'art. 80 TFUE «*le politiche dell'Unione di cui al presente capo e la loro attuazione sono governate dal principio di solidarietà e di equa ripartizione della responsabilità tra gli Stati membri, anche sul piano finanziario. Ogniquale volta necessario, gli atti dell'Unione adottati in virtù del presente capo contengono misure appropriate ai fini dell'applicazione di tale principio*».

sussista tale obbligo, agli Stati è stata lasciata un'ampia discrezionalità sulla sua attuazione nel tempo. Inoltre gli Stati possono sospendere o ridurre la collaborazione fino al 30% dei richiedenti ad essi assegnati, in presenza di circostanze eccezionali³³⁴.

Con la misura del reinsediamento, oggetto della raccomandazione EU n. 914 del 2015, si intende il trasferimento di singoli profughi con evidente bisogno di protezione internazionale, effettuato su richiesta dell'Alto commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati, da un Paese terzo in uno Stato membro consenziente, allo scopo di proteggerli dal respingimento e di riconoscere loro il diritto di soggiorno e tutti gli altri diritti analoghi a quelli riconosciuti ai beneficiari di protezione internazionale. Tale reinsediamento è dunque su base volontaria, e riguarda 20000 persone provenienti in particolar modo da zone quali il Nord Africa, il Corno d'Africa e il Medioriente. Tale programma si basa su percentuali di destinazione definite dalla stessa raccomandazione e permette agli Stati Membri di mantenere potere per quanto riguarda le domande di ammissione dei soggetti. Fino ad ottobre 2019 il numero dei soggetti reinsediati era pari a 39,000³³⁵, nel 2020 il numero dei soggetti da reinsediare è pari a 29500. A causa dell'emergenza sanitaria dovuta al Covid – 19, il programma in questione è stato sospeso dalla Commissione invitando comunque gli Stati Membri ad ottemperare agli obblighi di solidarietà nei confronti dei soggetti bisognosi, anche ridefinendo le modalità di lavoro e di valutazione della domanda. Per esempio, è stato suggerito agli Stati, al fine di mantenere in vita tali programmi, di prevedere nuove modalità di lavoro che – tenendo conto delle difficoltà dovute all'epidemia in corso – permettano di valutare le richieste sulla base di dossier o videoconferenze a distanza³³⁶.

La crisi migratoria incessante che attraversa ancora oggi l'Europa ha mostrato in modo ancor più manifesto come la questione migratoria non possa essere trattata come emergenziale, presupponendo degli strumenti *ad hoc* volti a limitare i flussi o a sostenere taluni Stati Membri. L'ancora attuale sistema Dublino, fondato sul criterio che impone l'esame della domanda di asilo allo

³³⁴ Cfr. DEC (UE) n. 2015/1523. Dal 2015 al 2018 il numero dei richiedenti asilo ricollocati dalla Grecia e dall'Italia verso gli altri Stati Membri è stato pari 34.500. Nel ottobre 2019 il numero di soggetti da ricollocare era pari 29500. Nel 2020 il programma di ricollocazione, a cause delle restrizioni dovute al Covid -19, ha subito una sospensione: al 22 settembre 2020 il numero dei soggetti giunti in Italia e poi ricollocati è pari a 335, mentre altri 554 sono in attesa di essere ricollocati; per 433 di questi ultimi il processo di ricollocazione si è interrotto nel marzo 2020 ed è ripreso a giugno, con il ridursi delle restrizioni, mentre per i restanti 11 sono state disposte di recente le procedure per il ricollocazione. Cfr. <https://eea.iom.int/relocation>; i dati sono stati tratti da https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/P-9-2020-003815-ASW_IT.pdf.

³³⁵ Si v. COMM (2019) 481, *Progress report on the Implementation of the European Agenda on Migration*.

³³⁶ Si veda sul punto: COMM 2020/ C126/02 *Covid-19: linee guida sull'attuazione delle disposizioni dell'UE nel settore delle procedure di asilo e di rimpatrio e sul reinsediamento*.

Stato di primo ingresso, ha mostrato la sua inefficacia, ed è per tale ragione che, a partire dal 2016, si è incominciato a ipotizzare una riforma di tale sistema. La prima proposta della Commissione Europea è del 4 maggio 2016 e manteneva inalterato il criterio dello Stato di primo ingresso, ma stabiliva un correttivo: nel caso in cui la pressione migratoria su uno Stato avesse raggiunto soglie insostenibili (si parlava del 150 % di quota che veniva valutata sulla base di criteri quali il PIL, la popolazione), poteva essere attuato un meccanismo emergenziale per la ripartizione dei richiedenti asilo. La proposta della commissione LIBE del Parlamento, ossia la Commissione per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni del Parlamento, ipotizzava, invece, il superamento del sistema del Paese di primo ingresso, in applicazione del principio solidaristico di cui all'art. 80 TFUE, e stabiliva un equo ripartimento di quote di migranti fra tutti gli Stati Membri. Nel giugno 2018 nella riunione dei Ministri dell'interno degli Stati Membri tali proposte sembrano andare incontro ad un freno di fronte all'opposizione netta del blocco dell'est (il cosiddetto fronte "Visegrad"), oltre che dei voti contrari dell'Italia, della Spagna, della Germania, dell'Austria, della Lettonia, dell'Estonia e della Lituania.

Sempre nell'ottica di risolvere o arginare situazioni di carattere emergenziale è stato firmato un ulteriore accordo da quattro Stati Membri, ossia la Germania, la Francia, l'Italia e Malta, alla Valletta, il 23 settembre 2019³³⁷. L'accordo riguarda i migranti soccorsi in mare da ONG, navi militari e navi commerciali che giungano sulle coste italiane e maltesi, i quali dovrebbero essere ricollocati negli Stati Membri, in deroga al regolamento "Dublino"³³⁸. Tale accordo è volto a definire nuovi partenariati e a incoraggiare la partecipazione degli Stati ad un nuovo meccanismo di gestione sicura degli sbarchi, e si basa su cinque punti fondamentali. Si propone infatti l'istituzione di un meccanismo temporaneo e automatico che garantisca uno sbarco dignitoso in porti sicuri delle persone soccorse in mare, con la previsione di una rotazione di tali porti su base volontaria per gli Stati aderenti all'accordo. Ancora, viene disposto un trasferimento rapido (*fast track*) per la redistribuzione dei soggetti soccorsi in un tempo massimo di quattro settimane e ove sia possibile il rimpatrio immediato, fatti salvi i controlli di sanità e di sicurezza. Infine si è previsto l'obbligo per le imbarcazioni coinvolte nelle operazioni di salvataggio di rispettare le istruzioni fornite dal centro di coordinamento, e di non ostacolare le operazioni di *Search and Rescue* (SAR) delle guardie costiere (inclusa quella libica), nonché di non facilitare la partenza di imbarcazioni con a bordo migranti dal Nord Africa. Le linee guida che muovono tale intervento sono ancora una volta la volontaria

³³⁷ Tale accordo è stato poi presentato nel Consiglio dei Ministri degli Affari Interni il 7 e 8 ottobre 2019. Si v. <https://www.consilium.europa.eu/it/meetings/jha/2019/10/07-08/>.

³³⁸ Venivano esclusi da tali misure coloro che, invece, giungevano sulle coste attraverso i cosiddetti "barchini", o giungevano autonomamente in Europa, o attraverso rotte differenti rispetto a quelle italiane e maltesi.

adesione degli Stati Membri e la situazione emergenziale, che non permettono un concreto superamento del sistema vigente, e la costituzione di un sistema strutturato, duraturo di gestione dei flussi migratori. Negli stessi giorni in cui nel Consiglio si discuteva sull'accordo siglato a Malta, l'Unione Europea stipulava un accordo con il Montenegro volto a migliorare l'efficienza delle politiche di rimpatrio e a consolidare il controllo delle frontiere nella zona balcanica, basato sulle operazioni svolte da Frontex nel Paese³³⁹.

In ultima analisi, i tentativi di superamento del sistema Dublino paiono stagnare, preferiti fino ad oggi da accordi emergenziali tra gli Stati Membri e con paesi terzi. L'esigenza di una riforma del sistema comune e una ridefinizione delle procedure ha riacquisito vigore e importanza nel settembre 2020. L'Unione Europea, dichiarando come obiettivo il definitivo superamento della convenzione di Dublino, ha siglato il nuovo Patto sull'immigrazione e sull'asilo a cui dovrebbe far seguito nei mesi a venire una ridefinizione del sistema³⁴⁰.

4. Gli strumenti costitutivi del CEAS :a) il Regolamento Dublino III e il Regolamento Eurodac; b) La direttiva qualifiche, la direttiva sulle condizioni di accoglienza e la direttiva procedure.

a) I Regolamenti del CEAS: il regolamento Dublino e il Regolamento EURODAC.

Il regolamento n. 604/2013, ossia il Regolamento Dublino, è la pietra miliare del Sistema Comune di asilo europeo. Esso stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato Membro competente a valutare la domanda di protezione internazionale presentata da un cittadino di un Paese terzo o da un apolide. Esso è il terzo regolamento in materia, successivo alla Convenzione del 1990 e al Regolamento n. 343/2003. La domanda di protezione presentata nel territorio dello Stato, alla frontiera o nelle zone di transito dovrà essere esaminata da un solo Stato Membro, il quale avrà il dovere di informare il richiedente (art. 4) e, per facilitare la procedura, dovrà avviare un colloquio con quest'ultimo (art. 5). Rispetto al Regolamento precedente si va incontro ad un

³³⁹ Cfr. *Accordo sullo status tra l'Unione europea e il Montenegro riguardante le azioni dell'agenzia europea della guardia di frontiera e costiera in Montenegro*, in <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-6846-2019-INIT/it/pdf>.

³⁴⁰ I vari tentativi di riforma e il nuovo patto sull'immigrazione saranno oggetto di analisi più approfondita e dettagliata nel cap. 5, par.1, 2.

ampliamento delle ipotesi di protezione, riconosciuta anche nelle zone di frontiera e transito; quest'ultima previsione risponde all'esigenza di evitare i respingimenti senza che si sia valutato il bisogno o meno di protezione di tali soggetti³⁴¹.

Per ciò che riguarda l'individuazione dello Stato competente a valutare la domanda di protezione internazionale, il regolamento individua una serie di criteri gerarchicamente ordinati³⁴². Il primo criterio, stabilito dall'art. 8, stabilisce che qualora si tratti di un minore non accompagnato, sarà competente lo Stato ove si trova un familiare, se ciò risponde all'interesse del minore. L'art. 9 definisce il secondo criterio per cui se il richiedente detiene un familiare che è titolare di protezione internazionale in un dato Stato membro, sarà quest'ultimo a valutare la sua domanda, se tale volontà è stata espressa per iscritto. Ancora, se un familiare del richiedente ha presentato domanda di protezione internazionale in uno Stato Membro ed è in attesa della decisione di merito, sarà quest'ultimo ad essere individuato come competente, se i soggetti hanno espresso parere positivo in forma scritta (art. 10). Il quarto criterio stabilisce che nel caso in cui più familiari o fratelli non coniugati abbiano presentato la domanda di protezione internazionale al medesimo Stato simultaneamente, in modo da rendere possibile una valutazione congiunta sarà competente lo Stato ove sono state presentate più domande, o lo Stato ove è stata presentata la domanda dal più anziano (art. 11). L'art. 12 stabilisce che se il soggetto è titolare di titolo di soggiorno o di un visto in corso di validità, sarà competente lo Stato che ha rilasciato tale titolo o visto. Nel caso in cui il richiedente abbia varcato illegalmente la frontiera di uno Stato Membro, sarà quest'ultimo a dover prendere in carico la sua domanda. Questa responsabilità termina 12 mesi dopo dall'attraversamento illegale se viene accertato che, nel periodo precedente e per un tempo non inferiore a 5 mesi, il soggetto ha vissuto in un altro Stato Membro sarà questi a divenire competente (art. 13). Gli ultimi due criteri sono stabiliti dall'art. 14 e dall'art. 15. L'art. 14 stabilisce che se il soggetto è entrato in uno Stato ove è dispensato dal visto, sarà questo ad essere competente; mentre l'art. 15 individua come competente lo Stato nella cui zona internazionale di transito il soggetto ha manifestato la volontà di richiedere la protezione internazionale.

Come già affermato, questi otto criteri operano in modo gerarchico e sono mossi dalla finalità primaria di preservare, ove possibile, il nucleo familiare, alla cui tutela il Regolamento presta un'attenzione maggiore rispetto ai due

³⁴¹ Tale principio è poi espresso anche all'art. 15, rubricato «*Domanda nella zona internazionale di transito di un aeroporto*». In modo più approfondito si v. A. Del Guercio, *La seconda fase di realizzazione del sistema comune di asilo europeo*, cit., p. 4 ss.

³⁴² Sullo Stato competente gravano gli obblighi individuati dall'art. 18 REG. (UE) n. 604/2013.

regolamenti precedenti (si pensi all'art. 6, che individua le garanzie riconosciute ai minori il cui interesse viene considerato come superiore)³⁴³.

Nel caso in cui nessuno dei suddetti criteri possa trovare applicazione il paragrafo 2, dell'art. 3 definisce come competente «*il primo Stato Membro nel quale la domanda è stata presentata*». L'equilibrio tra i criteri di competenza deve essere guidato da uno «*spirito di solidarietà*»³⁴⁴ e dalla mutua fiducia tra gli Stati Membri, fondata su una condivisa presunzione di sicurezza basata sulla comune adesione alla Convenzione di Ginevra. Tale presunzione originariamente considerava equivalenti ed idonei a valutare le domande tutti i sistemi nazionali di asilo, precludendo nei fatti un concreto accertamento della tutela del diritto alla protezione internazionale. Il principio di mutua fiducia così come delineato dal secondo Regolamento Dublino comportava però dei problemi applicativi: da un lato presupponeva un'armonizzazione tra i sistemi di asilo nazionale non ancora effettiva ed esistente, e dall'altro non poteva essere intesa in senso assoluto, ossia al punto di escludere la responsabilità degli Stati nel caso di violazione dei diritti fondamentali, quando dunque vi fosse il rischio che il richiedente potesse subire dei trattamenti disumani e degradanti, vietati dall'art 3 della CEDU³⁴⁵. Per tale ragione il Regolamento Dublino III sancisce modo innovativo al paragrafo 2 dell'art. 3 il principio per cui se il trasferimento nello Stato inizialmente designato come competente non è effettuabile a causa delle “carenze sistematiche” nelle procedure di asilo e di accoglienza, o nell'ipotesi in cui vi sia il rischio di trattamenti inumani e degradanti, lo Stato che ha avviato la procedura di determinazione dello Stato competente prosegue l'esame degli otto criteri gerarchici per valutare se un altro Stato Membro possa essere individuato come competente³⁴⁶.

³⁴³ Si v. art. 6 REG. (UE) n. 604/2013.

³⁴⁴ Si v. il considerando 25 del REG. (UE) n. 604/2013.

³⁴⁵ Emblematica è la sentenza della Corte EDU *MMS/Belgio e Grecia*, nella quale il Belgio è stato condannato per i trasferimenti verso la Grecia. Nella pronuncia è stata sancita la natura relativa della presunzione di reciproca fiducia, e l'obbligo del rispetto dei diritti sanciti dalla CEDU, anche nell'ipotesi in cui il trasferimento avvenga tra Paesi membri dell'Unione Europea. Tale sentenza interviene durante la vigenza del Regolamento n. 343/2003, quando sono in corso i negoziati per la sua modifica, ed avrà un forte impatto sulla stesura del regolamento oggetto di questa analisi. L'obbligo del rispetto dei diritti sanciti dalla Convenzione viene ribadito anche in altre sentenze, a titolo esemplificativo: nella sentenza del 21 ottobre del 2014 *Sharifi and others v. Italy and Greece*, e nella sentenza *Trakhel v. Svizzera* del 4 novembre 2014. Si v. C. Favilli, *La comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo su una politica comunitaria in materia di immigrazione: prime riflessioni*, cit., p. 57 ss.; G. Morgese, *La riforma del sistema europeo comune di asilo e i suoi principali riflessi nell'ordinamento italiano*, in *Dir. Imm. Citt.* 4, 2013, p. 18 ss.; A. Del Guercio, *La seconda fase di realizzazione del sistema europeo comune d'asilo*, in *Osservatorio Costituzionale*, 2014, p. 1 ss.

³⁴⁶ Art. 3, paragrafo 2 REG. (UE) n. 604/2013. Tale previsione è stata definita come “clausola greca” in quanto, nel periodo dei negoziati per il Regolamento del 2013, intervenne la

Il trasferimento potrà essere inoltre effettuato, ai sensi del paragrafo 3 dell'art. 3, anche in un Paese terzo sicuro, nel rispetto delle norme e delle garanzie previste dalla direttiva 2013/32/UE, la cosiddetta direttiva procedure che definisce i concetti di Paese sicuro e Paese terzo sicuro.

L'art. 17 dispone due clausole discrezionali, quella di sovranità e quella umanitaria che permettono allo Stato Membro di esaminare la domanda di protezione internazionale, pur non detenendone la competenza. In forza della clausola di sovranità, in deroga a quanto disposto dall'art. 3, comma 1³⁴⁷, lo Stato Membro può decidere di esaminare una domanda di protezione internazionale pur se tale esame non gli compete. La clausola umanitaria, invece, consente allo Stato che ha avviato la procedura di chiedere ad un altro Stato membro di assumerne la competenza, al fine di permettere il ricongiungimento familiare. Tale richiesta opera come facoltativa, ma grava sullo Stato richiesto l'obbligo di prendere in considerazione i motivi umanitari, procedendo ad ogni verifica necessaria a riguardo. Il capo VI si occupa della procedura di presa e ripresa carico. La procedura di determinazione dello Stato competente prende avvio nel momento della presentazione della domanda, qualora la richiesta di protezione internazionale venga fatta da un soggetto che si trova nel territorio di uno Stato differente rispetto a quello competente, la determinazione dello Stato competente spetterà allo Stato in cui si trova il richiedente³⁴⁸.

Di rilevante importanza appare la disciplina riguardante il trattenimento, per cui il principio cardine è che gli Stati membri non possano trattenere in condizioni di detenzione il soggetto per la sola ragione di aver presentato domanda ai sensi del regolamento n. 604/2013. Il trattenimento dovrà avvenire secondo le condizioni di trattenimento definite dalla direttiva accoglienza. Previa valutazione del singolo caso, il trattenimento dovrà essere attuato nel rispetto del principio di proporzionalità, qualora non possano essere attuate misure idonee e solo nel caso in cui sussista il rischio di fuga³⁴⁹.

Un altro elemento innovativo del sistema Dublino, rispetto ai regolamenti che lo hanno preceduto, è l'attenzione rivolta alla tutela del nucleo familiare e delle persone considerate vulnerabili. Infatti, è lo stesso considerando 15 che stabilisce la necessità che si eviti la rottura dell'unità familiare, e di tale finalità si fanno infatti carico i criteri gerarchici definiti dagli artt. 9-11. Nonostante ciò, la nozione di familiare indicata nel Regolamento appare fortemente limitante

sentenza della Corte EDU *MMS v. Belgium and Greece*. Si v. G. Morgese, *La riforma del sistema europeo comune di asilo e i suoi principali riflessi nell'ordinamento italiano*, p. 18 ss.

³⁴⁷ Art. 3, comma 1 «*Gli 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. Una domanda d'asilo è esaminata da un solo Stato membro, che è quello individuato come Stato competente in base ai criteri enunciati al capo III*».

³⁴⁸ Art. 20 REG. n. 604/2013.

³⁴⁹ Art. 28 REG.(UE) n. 604/2013.

andando ad includere solo il coniuge, il partner non sposato, i figli minori se non sposati. Di contro, una disciplina di maggior favore è stabilita nei confronti del minore non accompagnato nel cui interesse superiore vengono assunte tutte le decisioni: la sua domanda, ai sensi dell'art. 8, verrà valutata dallo Stato ove si trova il padre, la madre, un adulto responsabile, un fratello o un parente che possono occuparsi del minore; se i parenti si trovano in diversi Stati Membri nella designazione si guarderà sempre all'interesse superiore del minore; qualora il minore non detenga alcun parente sarà competente a valutare la sua domanda lo Stato ove il soggetto ha presentato la sua domanda³⁵⁰.

Ad oggi sono ancora molteplici le criticità e i nodi irrisolti che il sistema Dublino presenta: l'individuazione dello Stato di primo arrivo come Stato competente si è tradotta con frequenza ormai ordinaria in un sovraccarico di domande per i Paesi europei di frontiera, spesso volte dotati di sistemi di accoglienza deficitari che incentivano se non causano i movimenti secondari, ancora, la solidarietà operante tra gli Stati, che dovrebbero guidare il sistema Dublino, pare in realtà operante come mero criterio emergenziale non attuato o attuabile nell'ordinarietà. Per tali ragioni è ormai viva da anni la discussione non su una semplice modifica del Regolamento n. 604/2014, ma su un vero e proprio superamento che trova la sua più attuale espressione nel Patto europeo per le migrazioni siglato il 23 settembre 2020³⁵¹.

Il secondo atto derivato di carattere regolamentare che costituisce l'architettura del CEAS è il REG. n. 603/2013 che rappresenta una rifusione del precedente regolamento istitutivo di Eurodac. La funzione originaria di Eurodac era quella di permettere l'efficace applicazione del Reg. n. 604/2013 (il cosiddetto Regolamento Dublino), a cui si aggiunge la costituzione di una banca dati volta al confronto dei dati relativi alle impronte digitali conservati nel sistema centrale, presentate dall'autorità designate dagli Stati Membri e dall'Ufficio europeo di Polizia (Europol) ai fini del contrasto all'immigrazione irregolare.³⁵² L'importanza della raccolta delle informazioni rileva non solo ai fini dell'identificazione del cittadino straniero o apolide, ma anche ai fini della lotta al terrorismo, all'immigrazione irregolare e al contrasto ai movimenti secondari³⁵³. Eurodac, pertanto, rappresenta una banca dati centrale informatizzata che è costituita da un'unità centrale, da un piano e un sistema di continuità operativa, «un'infrastruttura di comunicazione» tra il sistema centrale e gli Stati Membri³⁵⁴, le cui attività sono di controllo, sicurezza e coordinamento tra Stati e la stessa

³⁵⁰ Cfr. art. 8 REG.(UE) n. 604/2013; A. Del Guercio, *La seconda fase di realizzazione del sistema europeo comune d'asilo*, cit., p. 6 ss.

³⁵¹ Si v. cap. 5, par. 2.

³⁵² Art. 1. REG. (UE) n. 604/2013.

³⁵³ Considerando 8 del REG. n. 603/2013.

³⁵⁴ Art. 3 REG. (UE) n. 603/2013.

agenzia³⁵⁵. Ogni Stato Membro attraverso il punto di accesso invia i dati all'unità centrale che controlla se le impronte sono o meno inserite nel sistema³⁵⁶; nel caso in cui siano presenti, gli Stati Membri avranno la possibilità di scambiarsi le informazioni relative ai soggetti, secondo le procedure e le condizioni individuate dagli artt. 19, 20, 21³⁵⁷.

I soggetti che sono oggetto di tale controllo sono i richiedenti protezione internazionale, i cittadini stranieri o apolidi che sono stati fermati nell'atto di attraversare illegalmente via mare, terra o alla frontiera, i cittadini stranieri o apolidi irregolarmente soggiornanti nel territorio di uno Stato Membro³⁵⁸. Al soggetto i cui dati sono inseriti in EURODAC sono garantiti, all'art. 29³⁵⁹, il diritto ad essere informato per iscritto e in una lingua a lui comprensibile sull'identità del responsabile del trattamento, sullo scopo per cui i suoi dati vengono tratti da Eurodac e sulle finalità del regolamento, nonché ha diritto a ricevere una spiegazione sulla possibilità di accesso a tali dati ad opera degli Stati

³⁵⁵ Art. 4, paragrafo 2 REG. (UE) n. 603/2013.

³⁵⁶ V. Ferraris, *Eurodac e i limiti della legge: quando il diritto alla protezione dei dati personali non esiste*, in *Dir., Imm., Citt.*, fascicolo 2, 2017, p. 6.

³⁵⁷ Lo scambio di informazioni avviene attraverso la rete di scambio informatico Dublinet. Le informazioni anagrafiche non sono presenti nel sistema Eurodac, che contiene esclusivamente le informazioni necessarie ad identificare la presenza delle impronte nel sistema; ai dati anagrafici si potrà accedere solo attraverso Dublinet. Si v. V. Ferraris, *Eurodac e i limiti della legge: quando il diritto alla protezione dei dati personali non esiste*, cit., p. 6.

³⁵⁸ Ai sensi dell'art. 9, nel caso di richiedenti protezione internazionale, l'identificazione avviene per i soggetti di età superiore ai 14 anni e deve avvenire nell'arco di 72 ore dalla presentazione della domanda. I dati raccolti riguardano le impronte digitali, lo Stato Membro di origine, il luogo e il giorno in cui è stata presentata la domanda di protezione internazionale, il sesso, il numero di riferimento assegnato allo Stato, la data in cui è stato effettuato il rilevamento e l'identificativo dell'utente dell'operatore (art.11). I dati saranno conservati per la durata di dieci anni e verranno cancellati al decorrere del termine (art. 12). Nel caso in cui il soggetto ottenga la cittadinanza dello Stato Membro avverrà la cancellazione anticipata ai sensi dell'art. 13. La medesima procedura opera anche nel caso di soggetti che hanno irregolarmente attraversato la frontiera: in tal caso i dati verranno però conservati per 18 mesi, e cancellati allo scadere di tale termine. Potranno essere cancellati prima del decorso del termine se il soggetto ha ottenuto un permesso di soggiorno, se ha lasciato il territorio dello Stato o se ne ha acquisito la cittadinanza (art. 16). Nel caso di soggetti irregolarmente soggiornanti nel territorio di uno Stato Membro, l'inserimento dei dati nel sistema è volto a stabilire se il soggetto ha precedentemente presentato domanda di protezione internazionale: ai sensi dell'art. 17 ciò avviene quando a) il soggetto dichiara di aver già presentato domanda ma senza indicare lo Stato; b) non richiede protezione ma rifiuta il rimpatrio adducendo il rischio di pericolo nel caso di ritorno al Paese di origine; c) cerca di evitare l'allontanamento con altri mezzi e rifiuta di collaborare.

³⁵⁹ L'art. 29 riforma l'art. 18 del regolamento precedente ed è frutto delle criticità, che prima nel 2007 e poi nel 2009, l'*Eurodac Supervision Coordination Group* (SCG) aveva sollevato con riferimento ad anomalie nell'accesso alle informazioni, e differenze considerevoli tra i vari Stati Membri, ma soprattutto ad una scarsa chiarezza per ciò concerneva le informazioni fornite. Così V. Ferraris, *Eurodac e i limiti della legge: quando il diritto alla protezione dei dati personali non esiste*, cit., p. 8 ss.

Membri, Europol e Eurodac, dei destinatari dei suoi dati, del diritto di accesso ai propri dati con possibilità di rettifica degli stessi, e dell'obbligo di rilevamento delle impronte per i richiedenti protezione internazionale. Nei fatti pare essere carente una concreta ed effettiva informazione da parte delle autorità sulle modalità attraverso cui esercitare tali diritti e sulla tutela relativa ai dati personali, inoltre il già citato ampliamento delle funzioni di Eurodac, che non è più un mero strumento attuativo del regolamento Dublino, fa sì che si instauri un sistema di controllo stabile sui soggetti i cui dati permangono nei database per tutto il tempo stabilito dalla legge, con numerose criticità per ciò che attiene alla tutela dei dati personali³⁶⁰.

b) Le tre direttive: qualifiche, procedure e protezione.

Accanto agli atti di carattere regolamentare, si collocano tre direttive che vanno a completare l'apparato del CEAS: la direttiva qualifiche, la direttiva procedure e la direttiva protezione. La direttiva "qualifiche" 2011/95/UE è la rifusione della direttiva 2004/83/CE. Come è stato già analizzato, nel 2004 il programma dell'Aia invitava l'Unione Europea a predisporre gli strumenti per dare avvio alla seconda fase del sistema comune di asilo europeo in cui si tendeva ad un incremento dell'armonizzazione. In tale ottica, infatti, la direttiva in questione cerca di disporre un avvicinamento delle norme relative al riconoscimento delle due forme di protezione internazionale, ossia lo status di rifugiato e la protezione sussidiaria, al fine di permettere che gli Stati Membri applichino dei criteri unitari basati su «*uno status uniforme*»³⁶¹ (considerando 10 e 11) e di limitare i movimenti secondari, se questi ultimi sono determinati da una diversità nei quadri giuridici (considerando 13).

Per esigenze di chiarezza si andranno a presentare le due definizioni di protezione internazionale: il rifugio e la protezione sussidiaria. Con il termine rifugiato, rifacendosi alla definizione presente nella Convenzione di Ginevra del 1951, si intende il cittadino di uno Stato terzo o apolide che, trovandosi al di fuori del proprio Paese di origine o di dimora, detiene il fondato timore di poter essere perseguitato per motivi di razza, religione, nazionalità, opinione politica, appartenenza ad un dato gruppo sociale nell'ipotesi in cui faccia ritorno nel proprio Paese. Gli atti di persecuzione sono individuati all'art. 9 e si basano su quanto disposto dall'art. 1 A della Convenzione di Ginevra. I motivi della persecuzione (ex. art. 10) dovranno essere valutati dallo Stato Membro tenendo conto del significato dei termini quali "razza", "nazionalità", o "gruppo sociale",

³⁶⁰ V. Ferraris, *Eurodac e i limiti della legge: quando il diritto alla protezione dei dati personali non esiste*, cit., p. 13 ss.

³⁶¹ Art. 1 dir. 2011/95/UE (direttiva "qualifiche").

inoltre ai fini della valutazione della sussistenza della persecuzione è irrilevante che il soggetto posseda effettivamente tali caratteristiche o faccia parte di un dato gruppo, è sufficiente che una delle suddette caratteristiche gli venga attribuita dal soggetto persecutante. Ai sensi dell'art. 11 si ha la cessazione dello status di rifugiato qualora il soggetto si sia avvalso della protezione dello Stato di cui ha la cittadinanza, o avendola persa, l'ha riacquistata; nel caso in cui abbia acquistato la cittadinanza di un altro Stato e goda della protezione di quest'ultimo, se si è volontariamente ristabilito nel Paese di origine o provenienza, oppure qualora siano venute meno le ragioni che avevano determinato il riconoscimento³⁶².

Con il termine soggetto beneficiario di protezione sussidiaria si intende il cittadino di un Paese terzo o apolide che, pur non detenendo i requisiti per poter ottenere il rifugio, potrebbe – nell'ipotesi in cui facesse ritorno nel Paese di origine o di dimora – subire un danno grave, quale la condanna alla pena di morte, la tortura o altri trattamenti inumani e degradanti, una minaccia grave e individuale alla propria persona derivante dalla violenza conseguente a conflitti armati interni o internazionali³⁶³. L'esclusione dallo status di rifugiato avviene quando questi soggetti rientrano all'interno di programmi di protezione stabiliti dall'art. 1 D della Convenzione di Ginevra, o qualora lo Stato ove risiede gli abbia riconosciuto i diritti e gli obblighi connessi alla cittadinanza. Inoltre, il soggetto perde il suddetto status nell'ipotesi in cui abbia compiuto reati contro la pace, crimini di guerra o contro l'umanità, qualora abbia compiuto reati gravi di diritto comune al di fuori dello Stato ospitante o qualora abbia compiuto atti contrari alle finalità e i principi alla base delle Nazioni Unite³⁶⁴.

Gli artt. 6 e 7 individuano rispettivamente i soggetti responsabili della persecuzione o del danno grave, quali lo Stato, i partiti o organizzazioni che controllano lo Stato o parti di esso, o organizzazioni non statali se è provato che né lo Stato né le organizzazioni suddette possano o vogliano concedere la protezione internazionale. All'art. 7 vengono individuati i soggetti che, invece, offrono la protezione internazionale, ossia lo Stato o i partiti o le organizzazioni, tra cui anche le organizzazioni internazionali, se controllano lo Stato o una sua parte significativa. Qualora le condizioni che hanno determinato il riconoscimento della protezione sussidiaria vengano meno si determinerà la cessazione dello status³⁶⁵.

La valutazione della domanda di protezione internazionale si basa sulla medesima procedura fondata sull'esame dei fatti e delle circostanze.

All'art. 4 il soggetto richiedente è tenuto a produrre tutti gli elementi significativi necessari per valutare la sua domanda, quindi tutta la

³⁶² Art. 11 dir. 2011/95/UE (direttiva qualifiche).

³⁶³ Art. 15 dir. 2011/95/UE (direttiva qualifiche).

³⁶⁴ Art. 12 dir. 2011/95/UE (direttiva qualifiche).

³⁶⁵ Artt. 11 e 19 dir. 2011/95/UE (direttiva qualifiche).

documentazione in suo possesso per quanto attiene all'età, al suo status familiare, la sua estradizione sociale, le eventuali pregresse domande di protezione internazionale, gli itinerari di viaggio. L'esame della domanda è effettuato dallo Stato Membro caso per caso e si basa sulla valutazione di tutti i fatti pertinenti che riguardano il Paese di origine, compresi anche gli atti legislativi; un esame della documentazione presentata dal richiedente, oltre che sulla valutazione della sua situazione personale (sesso, età, identità, estrazione), sull'apprezzamento le attività svolte dal soggetto una volta abbandonato il suo Paese siano sufficienti a presentare la domanda e potrebbero esporlo, nell'ipotesi in cui vi faccia rientro, ad atti persecutori o ad un danno grave; e ancora una valutazione sull'eventualità che il soggetto possa presentare la medesima domanda in un altro Stato. Qualora lo Stato Membro applichi il principio dell'obbligo di motivazione della domanda di protezione internazionale o alcuni elementi non siano dimostrati o suffragati da prove documentali, la loro conferma non si rende necessaria se il richiedente è attendibile, se ha compiuto tutti gli sforzi possibili per specificare la sua domanda, se ha fornito tutti gli elementi in suo possesso e ha giustificato l'eventuale assenza di elementi importanti, se le sue dichiarazioni sono considerate coerenti rispetto alle informazioni raccolte con riferimento al caso specifico e, inoltre, se il soggetto ha presentato la domanda il prima possibile o ha fornito una giustificazione sull'eventuale ritardo³⁶⁶.

Il contenuto della protezione internazionale, disposto al capo VII, è costituito da una serie di disposizioni che si applicano per entrambi gli status e non pregiudicano i diritti riconosciuti dalla Convenzione di Ginevra: innanzitutto il rispetto del principio del *non refoulement*, ossia il divieto di respingimento (art. 21); il diritto dello straniero ad essere informato sui diritti e gli obblighi derivanti dalla protezione internazionale (art. 22); il diritto al mantenimento dell'unità familiare (art. 23); il rilascio da parte degli Stati membri di un permesso di soggiorno per un periodo minimo di tre anni e rinnovabile (art. 24); l'accesso all'occupazione e all'istruzione (artt. 26 e 27); l'accesso alle procedure di riconoscimento delle qualifiche (art. 28); l'accesso all'assistenza sociale e all'assistenza sanitaria (artt. 29 e 30). Inoltre gli Stati Membri devono adottare tutte le misure necessarie ad assicurare ai minori non accompagnati la rappresentanza di un tutore legale o qualsiasi altra forma necessaria di rappresentanza (art. 31), la libera circolazione nel territorio (art. 33), l'accesso all'alloggio e agli strumenti di integrazione (art. 32 e 34), nonché l'assistenza se i beneficiari di protezione internazionale intendono rimpatriare (art. 35).

La direttiva procedure 2013/32/UE è la rifusione della dir. 2005/85/CE, in combinato disposto con l'art. 4 della direttiva qualifiche e con il Regolamento Dublino stabilisce delle procedure comuni per i soggetti richiedenti protezione internazionale. Benché si operi nell'ottica dell'armonizzazione e l'obiettivo sia

³⁶⁶ Art. 4 dir. 2011/95/UE (direttiva qualifiche).

quello di uniformare le procedure, non tutte le disposizioni presenti nella direttiva presentano il carattere dell'obbligatorietà. La direttiva trova applicazione con riferimento alle domande di protezione internazionale presentate nel territorio di uno Stato Membro, nella frontiera, nelle acque territoriali e nelle zone di transito, nonché per la revoca della protezione; gli Stati Membri possono applicarla anche a qualsiasi altra forma di protezione, al fine di creare una procedura tendenzialmente unitaria³⁶⁷. Il II capo è dedicato ai principi fondamentali e alle garanzie all'accesso della procedura che deve essere registrata dall'autorità competente secondo il diritto nazionale entro tre giorni (art. 6), alla garanzia del diritto di essere informati sulla possibilità di presentare domanda di protezione internazionale per coloro che, trattenuti nei centri o ai valichi di frontiera, palesino la volontà di volerlo fare³⁶⁸. L'autorità accertante decide sulle domande, previo esame, in modo individuale, obiettivo ed imparziale³⁶⁹. Per tutto il tempo necessario alla valutazione della domanda il soggetto ha diritto a restare nel territorio dello Stato³⁷⁰; nel caso in cui la domanda sia respinta, tale comunicazione dovrà avvenire per iscritto e dovrà essere corredata di motivazioni, inoltre – nel comunicare l'esito negativo della decisione – lo Stato Membro provvede ad informare il richiedente dei mezzi di impugnazione³⁷¹. Nel corso del procedimento il richiedente detiene una serie di garanzie e di obblighi corrispondenti sanciti rispettivamente dagli artt. 12³⁷² e 13³⁷³, una parte centrale dell'intero procedimento è caratterizzata dal colloquio personale in forza del quale il soggetto può richiedere di essere ascoltato nel merito della sua domanda³⁷⁴.

Il capo III della direttiva è dedicato alle procedure di esame della domanda. Nella I sezione si trovano le disposizioni relative all'esecuzione della procedura e al trattamento delle domande infondate. Per quanto riguarda l'esame

³⁶⁷ Art. 3 dir. 2013/32/UE (direttiva procedure).

³⁶⁸ Art. 7 dir. 2013/32/UE (direttiva procedure).

³⁶⁹ Art. 10 dir. 2013/32/UE (direttiva procedure).

³⁷⁰ Art. 9 «*Diritto di rimanere nello Stato Membro durante l'esame della domanda*» dir. 2013/32/UE (direttiva procedure).

³⁷¹ Art. 11 «*Criteri applicabili alle decisioni dell'autorità accertante*» dir. 2013/32/UE (direttiva procedure).

³⁷² Art. 12 dir. 2013/32/UE (direttiva procedure).

³⁷³ Art. 13 dir. 2013/32/UE (direttiva procedure).

³⁷⁴ Tale colloquio dovrà essere verbalizzato ed eventualmente sottoposto a registrazione sonora o audiovisiva; inoltre sussiste la possibilità che esso non venga disposto in due casi: se l'autorità accertante è in grado di decidere sulla domanda sulla base degli elementi raccolti, o se l'autorità reputa il richiedente incapace di sostenere il colloquio per ragioni che esulano dal suo controllo, in questo ultimo caso l'autorità accertante deve compiere tutto ciò che necessario per permettere al richiedente di produrre ulteriori informazioni. Nel caso in cui avvenga la registrazione del colloquio viene data la possibilità al richiedente di formulare osservazioni, chiarimenti, di segnalare eventuali errori di traduzione; egli dovrà inoltre confermare il contenuto del colloquio: v. artt. 14, 15, 16, 17 dir. 2013/32/UE (direttiva procedure).

della domanda, gli Stati Membri devono provvedere a far sì che la domanda venga esaminata entro il termine di sei mesi, in modo adeguato e completo. Il termine di sei mesi potrà essere prorogato per un massimo di nove, dandone comunicazione al soggetto, in talune circostanze: a) se il caso presenti questioni complesse in fatto e diritto; b) nel caso di un numero di richieste ingente; c) nel caso in cui il richiedente non abbia adempiuto agli obblighi sanciti dall'art. 13. Un'ulteriore estensione dei termini per un massimo di tre mesi rispetto al termine precedentemente indicato (9 mesi) potrà essere riconosciuto in casi eccezionali debitamente motivati. Vi sono delle ipotesi in cui la domanda potrà essere valutata in modo prioritario o potrà essere decisa con una procedura accelerata alla frontiera, nelle zone di transito. La valutazione prioritaria avverrà qualora essa sia verosimilmente fondata, quando si tratti di un soggetto che detiene garanzie procedurali particolari (per esempio, nel caso di minori non accompagnati), mentre la procedura accelerata o alla frontiera avverrà ai sensi dell'art. 43. Se a seguito della valutazione ad opera dell'autorità accertante al soggetto non può essere riconosciuta la protezione internazionale, la domanda dovrà essere respinta³⁷⁵. La conclusione della domanda potrà essere rimandata nel caso in cui vi sia una situazione incerta, presumibilmente temporanea, nel Paese d'origine. Gli Stati Membri possono dichiarare inammissibile la domanda qualora un altro Stato Membro abbia già concesso la protezione, nel caso in cui la domanda sia reiterata³⁷⁶; inoltre quando uno Stato (non membro dell'Unione europea) è considerato Paese di primo asilo ai sensi dell'art. 35³⁷⁷, o nell'ipotesi in cui sia considerato Paese terzo sicuro³⁷⁸. Nei confronti di tutte le decisioni di

³⁷⁵ Art. 32 dir. 2013/32/UE (direttiva procedure); art. 31, par. 8 dir. 2013/32/UE (direttiva procedure). Ai sensi dell'art. 43 dir. 2013/32/UE (direttiva procedure) gli stati Membri possono infatti decidere alla frontiera sull'ammissibilità e sul merito della domanda

³⁷⁶ Art. 40, 41 dir. 2013/32/UE (direttiva procedure).

³⁷⁷ Art. 35 dir. 2013/32/UE (direttiva procedure). Concetto di Paese di primo asilo: «Un paese può essere considerato paese di primo asilo di un particolare richiedente, qualora: a) quest'ultimo sia stato riconosciuto in detto paese quale rifugiato e possa ancora avvalersi di tale protezione; ovvero b) goda altrimenti di protezione sufficiente in detto paese, tra cui il fatto di beneficiare del principio di «non-refoulement», purché sia riammesso nel paese stesso. Nell'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. Il richiedente è autorizzato a impugnare l'applicazione del concetto di paese di primo asilo relativamente alle sue condizioni specifiche».

³⁷⁸ Art. 38 dir. 2013/32/UE (direttiva procedure). Concetto di Paese terzo sicuro: «1. Gli Stati membri possono applicare il concetto di paese terzo sicuro solo se le autorità competenti hanno accertato che nel paese terzo in questione una persona richiedente protezione internazionale riceverà un trattamento conforme ai seguenti criteri: a) non sussistono minacce alla sua vita ed alla sua libertà per ragioni di razza, religione, nazionalità, opinioni politiche o appartenenza a un determinato gruppo sociale; b) non sussiste il rischio di danno grave definito nella direttiva 2011/95/UE; c) è rispettato il principio di «non-refoulement» conformemente alla convenzione di Ginevra; d) è osservato il divieto di allontanamento in violazione del diritto a non subire torture né trattamenti crudeli, disumani o degradanti, sancito dal diritto internazionale; e

primo grado relative al riconoscimento o alla revoca³⁷⁹ della protezione internazionale il richiedente detiene un diritto ad un rimedio effettivo dinnanzi al giudice che tenga conto *ex nunc* di tutti gli elementi di fatto e di diritto, inclusa anche la valutazione delle esigenze di protezione internazionale così come definite dalla direttiva qualifiche (DIR 2011/95/UE), quanto meno nei procedimenti di impugnazione di primo grado³⁸⁰.

Nella III sezione vengono quindi definite le procedure per un eventuale allontanamento del richiedente verso un Paese sicuro, ossia il Paese di primo asilo, il Paese di origine sicuro, o un Paese terzo sicuro diverso dallo Stato Membro presso il quale era stata presentata la domanda. Il concetto di Paese di origine sicuro e Paese terzo sicuro è oggetto di numerose critiche che si avrà modo di approfondire più avanti, ora ciò che rileva è che spesso il trasferimento disposto verso il Paese di origine sicuro e il Paese terzo sicuro (stabilito dall'art. 3, paragrafo 3 del Reg. 604/2013) potrebbe considerarsi come contrario all'art. 19 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, ossia al principio di *non refoulement*³⁸¹. Esso, infatti, si fonda su una presunzione di sicurezza per cui lo Stato terzo viene considerato sicuro sulla base della sottoscrizione di alcuni documenti internazionali o dei report delle organizzazioni internazionali, e permette agli Stati Membri di mantenere un ampio margine discrezionale nella loro designazione, prescindendo spesso dalla valutazione della situazione personale del richiedente. Spesse volte, inoltre, Stati qualificati come sicuri sono

e) esiste la possibilità di chiedere lo status di rifugiato e, per chi è riconosciuto come rifugiato, ottenere protezione in conformità della convenzione di Ginevra. 2. L'applicazione del concetto di paese terzo sicuro è subordinata alle norme stabilite dal diritto nazionale, comprese: a) norme che richiedono un legame tra il richiedente e il paese terzo in questione, secondo le quali sarebbe ragionevole per detta persona recarsi in tale paese; b) 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; c) 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. Al richiedente è altresì data la possibilità di contestare l'esistenza di un legame con il paese terzo ai sensi della lettera a). 3. Quando applicano una decisione basata esclusivamente sul presente articolo gli Stati membri: a) ne informano il richiedente; e b) 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. 4. Se il paese terzo non concede al richiedente l'ingresso nel suo territorio, gli Stati membri assicurano il ricorso a una procedura in conformità dei principi e delle garanzie fondamentali descritti al capo II. 5. Gli Stati membri comunicano periodicamente alla Commissione a quali paesi è applicato il concetto in questione a norma del presente articolo».

³⁷⁹ Artt. 44 e 45 dir. 2013/32/UE (direttiva procedure).

³⁸⁰ Artt. 44, 46, 46, par. 3 dir. 2013/32/UE (direttiva procedure).

³⁸¹ Tale principio è sancito inoltre dall'art. 33 della Convenzione di Ginevra del 1951.

parte di accordi di cooperazione con l'Unione Europea, pur essendo sistematicamente autori di violazioni dei diritti internazionale³⁸². La *ratio* di tale concetto è perseguire la dismissione aprioristica delle domande di protezione internazionale, in quella visione distopica del migrante «abusivo»³⁸³ che furbescamente aggira le procedure per trarne dei vantaggi personali³⁸⁴.

La direttiva sulle condizioni di accoglienza DIR 2013/33/UE è la rifusione della direttiva 2003/9/CE. Quest'ultima conteneva norme minime concernenti l'accoglienza e riguardava solo lo status di rifugiato; la direttiva rifiuta, di contro, nell'ottica di una maggiore armonizzazione del sistema comune di asilo e delle procedure concernenti le condizioni di accoglienza, ha un ambito soggettivo di applicazione più ampio. Essa si applica a tutti i cittadini dei Paesi terzi o apolidi (e ai familiari se inclusi nella domanda) che abbiano manifestato la volontà di richiedere la protezione internazionale nel territorio di uno Stato, comprese le frontiere, le acque territoriali e le zone di transito³⁸⁵.

Entro un termine non superiore a 15 giorni dalla presentazione della domanda, gli Stati Membri devono informare i richiedenti dei propri diritti nonché fornire loro informazioni sulle associazioni e organizzazioni che prestano assistenza legale. Entro tre giorni, invece, dovrà essere rilasciato un documento nominativo che certifichi lo status di richiedente e lo autorizzi a soggiornare e circolare liberamente nel territorio³⁸⁶, qualora il soggetto non possa circolare liberamente il documento attesta comunque lo status di rifugiato³⁸⁷.

³⁸² A. Del Guercio, *La seconda fase di realizzazione del sistema comune di asilo europeo*, in *osservatorioaic*, settembre 2014, p. 23 ss.; V. Moreno-Lax, *The Legality of the "Safe Third Country" Notion Contested: insights from the Law of Treaties*, in G.S. Goodwin-Gill and P. Weckel (eds), *Migration & Refugee Protection in the 21st Century: Legal Aspects - The Hague Academy of International Law Centre for Research*, Martinus Nijhoff, 2015, p. 665 ss.

³⁸³ C. Pitea, *La nozione di paese di origine sicuro e il suo impatto sulle garanzie per i richiedenti protezione internazionale in Italia*, in *Riv. Dir. Intern.*, fascicolo 3, 2019, p. 628 ss.

³⁸⁴ Un esempio che fra tutti rileva la complessità e criticità di questi due concetti è dato dalla sentenza *EDU Ilias e Ahmed v. Ungheria* del 4 marzo 2017. Nel caso di specie l'Ungheria è stata condannata per aver violato la convenzione dei diritti dell'uomo trattenendo i ricorrenti nella zona di confine Röszke per 23 giorni e per averli poi espulsi in Serbia, considerata dalla legislazione ungherese come "Paese terzo sicuro". In questa pronuncia sono evidenti tutte le problematiche che sottendono alle definizioni di Paese di origine sicuro e Paese terzo sicuro: in primo luogo, l'ampia discrezionalità riconosciuta agli Stati Membri nel definire l'elenco dei Paesi terzi sicuri; inoltre la presenza dello Stato nei trattati internazionali (così come era accaduto per la nota sentenza *Hirsi Jamaa e altri v. Italia* del 23 febbraio 2013) non è di per sé indice sufficiente per escludere la possibilità che lo Stato terzo o di origine sia potenzialmente autore di trattamenti inumani e degradanti, o di violazioni dei diritti fondamentali. Sul punto v. B. Gornati, "Paesi terzi sicuri", *respingimenti a catena e detenzione arbitraria: il caso Ilias e Ahmed*, in *Dir. Um. e dir. Intern.*, fascicolo 2, maggio-agosto 2017, p. 542 ss.

³⁸⁵ Art. 3 dir. 2013/33/UE (direttiva accoglienza).

³⁸⁶ Art. 7 dir. 2013/33/UE (direttiva accoglienza).

³⁸⁷ Art. 4 dir. 2013/33/UE (direttiva accoglienza). Al comma II si esclude l'applicazione di tale articolo nel caso in cui il richiedente si trovi in stato di trattenimento, o nel caso di un

Gli Stati membri, nel momento in cui il soggetto manifesta la volontà di richiedere la protezione internazionale, provvedono a garantire condizioni materiali di accoglienza tali da garantire il sostentamento e la salute di questi ultimi³⁸⁸. La concessione delle condizioni di accoglienza e di assistenza sanitaria può essere subordinata al caso in cui i richiedenti non detengano mezzi sufficienti; se, invece, questi ultimi detengono un'occupazione o mezzi economici sufficienti, possono essere obbligati dallo Stato a contribuire ai costi dell'accoglienza. Il comma 5 dell'art. 17 che disciplina, per l'appunto, le condizioni materiali di accoglienza stabilisce che nell'ipotesi in cui l'accoglienza materiale venga garantita attraverso sussidi economici, l'ammontare degli stessi sarà definito dallo Stato stesso «*in modo da garantire una qualità di vita adeguata ai propri cittadini*». Proprio per quest'ultima ragione possono disporre nei confronti dei richiedenti un trattamento di minor favore rispetto ai cittadini, per esempio nel caso in cui il sostegno materiale sia parzialmente fornito in natura³⁸⁹.

In casi eccezionali e debitamente motivati gli Stati Membri possono ridurre o revocare le condizioni materiali di accoglienza, qualora il soggetto lasci il luogo di residenza senza aver informato l'autorità; si rifiuti di fornire informazioni o non si presenti ad un colloquio personale riguardante la procedura di asilo (in questi casi, se il soggetto viene rintracciato o si presenta volontariamente, le condizioni materiali vengono ripristinate); se ha presentato una domanda reiterata; inoltre se il soggetto ha occultato delle risorse finanziarie e dunque ha beneficiato indebitamente di tali condizioni di accoglienza³⁹⁰.

procedimento volto a determinare se il soggetto abbia diritto ad entrare nel territorio, o nel corso dell'esame della sua domanda alla frontiera.

³⁸⁸ Al richiedente devono essere inoltre garantite misure atte alla tutela del nucleo familiare, alla scolarizzazione e all'istruzione dei minori, al lavoro e alla formazione professionale.

³⁸⁹ Art. 17 «*Disposizioni generali relative alle condizioni materiali di accoglienza e all'assistenza sanitaria*». All'art. 18 definisce le modalità di tali condizioni: se l'alloggio è fornito in natura, dovrà essere concesso «*in locali utilizzati per alloggiare i richiedenti durante l'esame della domanda di protezione internazionale presentata alla frontiera o in zone di transito; b) in centri di accoglienza che garantiscano una qualità di vita adeguata; c) in case private, appartamenti, alberghi o altre strutture atte a garantire un alloggio per i richiedenti*»; inoltre gli Stati membri devono garantire la tutela del nucleo familiare, la possibilità di comunicare con i parenti, gli avvocati, i consulenti legali o i rappresentanti dell'UNHCR o delle altre organizzazioni internazionali, e a questi ultimi soggetti deve essere garantita la possibilità di assistere i richiedenti.

³⁹⁰ Queste ultime possono essere ridotte anche nel caso in cui il soggetto, senza una giustificata ragione, non abbia presentato domanda di protezione internazionale. Art. 20 dir. 2013/33/UE (direttiva accoglienza).

Le domande di concessione, revoca o riduzione delle condizioni materiali di accoglienza possono essere, ai sensi dell'art. 26, impugnate dinanzi all'autorità giudiziale secondo le modalità stabilite dal diritto nazionale³⁹¹.

Tra tutte le disposizioni riguardanti le condizioni di accoglienza, le norme più rilevanti e importanti sono quelle contenute agli artt. 8, 9, 10, 11 che riguardano il trattenimento. Benché l'art. 2, lett. H) definisca il trattenimento come «*il confinamento del richiedente, da parte di uno Stato membro, in un luogo determinato, che lo priva della libertà di circolazione*», le disposizioni che lo disciplinano sono spesso oggetto di un'interpretazione estensiva da parte degli Stati e comportano nei fatti una limitazione della libertà personale³⁹². Il principio generale stabilisce l'impossibilità di trattenere il soggetto per il solo fatto di essere un richiedente. Gli Stati Membri, in tal caso, mantengono un potere discrezionale circa la valutazione individuale e devono comunque scegliere la misura meno coercitiva. Le ragioni del trattenimento sono sancite dal diritto nazionale ed espressamente stabilite dall'art. 8³⁹³; inoltre il soggetto deve essere trattenuto il minor tempo possibile e solo fintanto che perduri una delle ragioni individuate al suddetto articolo. Il trattenimento avviene attraverso un provvedimento debitamente motivato dell'autorità giudiziaria o amministrativa. Se il provvedimento è emesso da quest'ultima autorità, dovrà essere verificato dall'autorità giudiziaria. Ai soggetti trattenuti vengono notificate le ragioni del trattenimento e i mezzi di ricorso, inoltre viene loro garantita assistenza legale³⁹⁴. Il trattenimento dovrebbe di regola avvenire in un centro di accoglienza, ma qualora lo Stato non detenga strutture apposite e debba ricorrere agli istituti penitenziari, dovrà mantenere i richiedenti trattenuti separati dai detenuti ordinari. Ai soggetti trattenuti dovrà essere garantito il contatto con il mondo esterno, gli

³⁹¹ Art. 26 dir. 2013/33/UE (direttiva accoglienza). In tal caso gli Stati devono garantire l'accesso gratuito all'assistenza e alla rappresentanza legale, la cui gratuità può essere subordinata alla presenza di talune condizioni: il caso in cui il soggetto non detenga risorse sufficienti, o servizi legali specificatamente definiti dal diritto nazionale.

³⁹² Così A. Del Guercio, *La seconda fase di realizzazione del sistema comune di asilo europeo*, cit., p. 18 ss. Tra le critiche sottoposte alla misura del trattenimento definita dalla direttiva sulle condizioni di accoglienza vi è la possibilità di sottoporre a trattenimento anche le persone considerate vulnerabili, alle quali viene tuttavia riconosciuto un trattamento di maggior favore (un monitoraggio delle condizioni di salute anche mentali).

³⁹³ L'art. 8 dir. 2013/33/UE (direttiva accoglienza) individua espressamente le ragioni del trattenimento: a) per determinarne o verificarne l'identità o la cittadinanza; b) per determinare gli elementi su cui si basa la domanda di protezione internazionale se non possono essere ottenuti senza il trattenimento (se sussiste, per esempio, il rischio di fuga del richiedente); c) per decidere sul diritto del richiedente di entrare nel territorio; d) quando la persona è trattenuta nell'ambito di una procedura di rimpatrio, o se ci si sta preparando a che tale procedura venga effettuata; e) quando vi siano motivi di sicurezza nazionale o di ordine pubblico; f) il trattenimento deve avvenire in modo conforme a quanto stabilito dal Regolamento Dublino.

³⁹⁴ Art. 9 dir. 2013/33/UE (direttiva accoglienza).

incontri con i familiari, con i rappresentanti legali o con i rappresentanti delle organizzazioni nazionali, internazionali e dell'UNHCR³⁹⁵.

5. *La disciplina interna in materia di asilo.*

Nell'analizzare la normativa italiana in materia di asilo è imprescindibile una breve ricostruzione storica, che ripercorra le tappe del cammino verso una normativa organica in tale materia. Date le recenti modifiche normative, si è scelto di articolare l'analisi in tre fasi: la prima ha ad oggetto la disciplina antecedente alle modifiche apportate nel 2018 dal cosiddetto "Decreto Sicurezza" (d.l. n. 113/2018, convertito nella l. n. 132/2018); la seconda ha ad oggetto le modifiche da questo atto apportate; la terza ha ad oggetto le recentissime modifiche del Decreto Immigrazione dell'ottobre 2020 (d.l. n. 130/2020 convertito nella l. n. 173/2020).

Nonostante l'art. 10 Cost. integrasse riserve di legge per la disciplina della condizione giuridica dello straniero e del diritto di asilo, per lungo tempo l'unica disciplina dell'immigrazione in Italia è stata contenuta nel testo Unico delle Leggi di Pubblica Sicurezza dell'epoca fascista (1931), che al titolo V si occupava della materia sotto il profilo della conservazione dell'ordine pubblico e della sicurezza. Il primo atto legislativo in età repubblicana è il d. lgs n. 943/1986, che ha dato attuazione alla Convenzione OIL concernente le norme internazionali sul lavoro³⁹⁶. È proprio alla fine degli anni Ottanta che, in ragione delle migrazioni dall'Africa, dall'Asia e dall'Europa dell'Est, fu avvertita l'esigenza di dare attuazione agli art. 10, commi 2 e 3 Cost. In particolare, con specifico riferimento

³⁹⁵ Art. 10 *Condizioni di accoglienza*. All'art. 11 sono stabilite le condizioni del trattenimento dei soggetti vulnerabili e di richiedenti con esigenze di accoglienza particolari. In tali casi sussistono degli obblighi ulteriori, e nel caso di minori o minori non accompagnati il trattenimento dovrà operare come *extrema ratio*. Per un'analisi dettagliata sugli strumenti del CEAS v. V. Moreno - Lax, *Assessing asylum in Europe, Extraterritorial Border Controls and Refugee Rights under EU Law*, Oxford studies in European Law, 2017, p. 340 ss.; EARLI-EUROPE (a cura di), *Un'introduzione al sistema comune di asilo europeo per i giudici*, cit., p. 14 ss.; B. Nascimbene, E. M. Mafrolla, *Recenti sviluppi della politica comunitaria in materia di immigrazione e asilo*, cit., p. 14 ss.

³⁹⁶ P. Bonetti, *L'evoluzione delle norme e delle politiche del diritto di asilo in Italia e in Europa tra protezione internazionale e asilo costituzionale*, in M. Giovanetti, N. Zorzella (a cura di), *Ius Migrandi. Trent'anni di politiche e legislazione sull'immigrazione in Italia*, Milano, Franco Angeli ed., 2020, p. 751 ss.; M. Colucci, *1989-2019: lo sviluppo dell'immigrazione straniera in Italia in una prospettiva storica*, cit., p. 33 ss.; M. Pastore, N. Zorzella, *30 anni di legislazione italiana in materia di condizione giuridica della persona straniera. Alcune chiavi di lettura*, cit., p. 104 ss.

alla disciplina dell'asilo, tale esigenza ha acquistato una preponderante rilevanza politica oltre che mediatica nel 1989, in seguito all'uccisione di Jerry Maslo, una vittima dell'apartheid africano a cui era stato negato il rifugio politico e che morì assassinato a Villa Literno³⁹⁷. La presa di coscienza collettiva successiva ad un evento così tragico, nonché l'esigenza di regolamentare i flussi migratori, in particolare di quelli provenienti dai Paesi balcanici, portò all'adozione del d.l. n. 413/1989, convertito poi nella l. n. 39/1990 (la cosiddetta legge Martelli). Tale legge, recependo ed ampliando la nozione di rifugiato della Convenzione di Ginevra del 1951, abolì la riserva geografica che aveva impedito il riconoscimento dello status di rifugiato a Jerry Maslo³⁹⁸. Tale importante provvedimento normativo demandò però al legislatore futuro il compito di disciplinare la materia riguardante l'asilo.

E' a partire dagli anni Novanta che sono stati compiuti i primi e più significativi passi in tale materia. Per ciò che riguarda la dimensione sovranazionale, negli anni Novanta l'Italia ha firmato l'accordo di Schengen e ha sottoscritto la Convenzione di Dublino. Con riferimento al diritto interno, è stata adottata la l. n. 40/1998 (la cosiddetta legge Turco – Napolitano) i cui contenuti confluiranno nel di poco successivo Testo Unico sull'immigrazione. Il Testo Unico ha dato attuazione alla riserva di legge contenuta nell'art. 10, comma 2, Cost.³⁹⁹. Composto da sei titoli⁴⁰⁰, esso definisce in modo dettagliato le condizioni di ingresso e di soggiorno, e benché demandi – ancora una volta – al legislatore futuro il compito di dare attuazione all'art. 10, comma 3, Cost., presenta talune disposizioni rilevanti in materia di tutela dei richiedenti asilo. In primo luogo, il già menzionato art. 5, comma 6 TUI permetteva il rilascio di un permesso di soggiorno in presenza di “seri motivi, in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano”, e in particolare a favore di colui che non poteva essere respinto o espulso per il rischio

³⁹⁷ Ai sensi della Convenzione di Ginevra vigeva al tempo una riserva geografica che faceva sì che il rifugio politico potesse essere concesso solo a soggetti provenienti da determinate aree geografiche, nel caso di specie dai Paesi europei dell'Est.

³⁹⁸ La legge Martelli, inoltre, dispose il rilascio di un permesso di soggiorno da due a sei mesi, al fine di regolare la condizione di un ingente numero di cittadini extracomunitari residenti nel territorio; inoltre, nell'ottica di una gestione e limitazione dei flussi migratori, predispose un sistema di programmazione statale rispondente alle esigenze economiche e lavorative del Paese (le cosiddette “quote”); infine, introdusse la possibilità di espellere gli immigrati pericolosi o irregolarmente presenti tramite un foglio di via o, nei casi più gravi, tramite accompagnamento coattivo alla frontiera.

³⁹⁹ Si v. *Dossier Senato Immigrazione, XVII legislatura*, cit., p. 17 ss.; P. Bonetti, *Principi generali della normativa italiana sugli stranieri dal 1998*, cit., p. 4 ss.

⁴⁰⁰ Testo Unico sull'immigrazione (d. lgs n. 286/1998): titolo I (principi generali); titolo II (disposizioni sull'ingresso, il soggiorno e l'allontanamento dal territorio dello Stato); titolo III (Disciplina del lavoro); titolo IV (diritto all'unità familiare e tutela dei minori); titolo V (disposizioni in materia sanitaria, nonché di istruzione, alloggio, partecipazione alla vita pubblica e integrazione sociale); titolo VI (norme finali).

di persecuzioni per motivi di razza, sesso, lingua, religione, opinioni politiche, condizioni personali o sociali, tortura, ai sensi dell'art. 19 TUI. L'art.10, comma 2 lett. b) TUI stabilisce il divieto di respingimento con accompagnamento alla frontiera nel caso di necessità di pubblico soccorso. Un'altra disposizione rilevante è quella di cui all'art. 20 che prevede della misura straordinarie di accoglienza. Esso dispone che, con decreto del Presidente del Consiglio, d'intesa con i Ministri degli Affari esteri, dell'interno, per la solidarietà sociale, e con gli altri Ministri eventualmente interessati, possono essere decise misure di protezione temporanea da adottarsi, anche in deroga a disposizioni del testo unico, per rilevanti esigenze umanitarie, quali conflitti, disastri naturali o altri eventi di particolare gravità. Tale strumento è stato utilizzato in due occasioni: nel 1999, il d.p.c.m. del 12 maggio permise il rilascio di permessi di soggiorno temporaneo a kosovari e albanesi; nel 2011 tale misura fu stabilita per l'accoglienza di persone in arrivo dal Nord Africa⁴⁰¹.

Nel corso degli anni la disciplina del Testo Unico è andata incontro a numerose modifiche, di regola per soddisfare esigenze di carattere securitario. Viene in evidenza la legge 189/2002 (cosiddetta Bossi- Fini), che risentiva del clima conseguente all'attacco terroristico alle Torri Gemelle, rispondendo dunque ad esigenze di controllo e di prevenzione del fenomeno migratorio e terroristico⁴⁰². Con riferimento al diritto di asilo, a tale legge si deve la previsione di un permesso di soggiorno per i richiedenti asilo, che veniva rilasciato dal questore territorialmente competente ed era valido fino all'espletamento delle procedura per la valutazione della domanda (art. 10); l'istituzione delle Commissioni territoriali con il compito di valutare le domande di protezione attraverso una procedura definita "semplificata" che disponeva, una volta ricevuta la domanda di protezione, il trattenimento del richiedente nei centri di identificazione e all'art. 32, *I sixties* e *I septies*; l'istituzione del sistema per richiedenti asilo e protezione internazionale (SPRAR). Si trattava di un sistema di accoglienza pubblico diffuso sull'intero territorio nazionale, con la partecipazione

⁴⁰¹ Cfr. P. Bonetti, *L'evoluzione delle norme e delle politiche del diritto di asilo in Italia e in Europa tra protezione internazionale e asilo costituzionale*, cit., p. 777.

⁴⁰² Per quanto attiene alla disciplina dell'ingresso e del soggiorno, tale intervento normativo era volto a condizionare tale titolo allo svolgimento effettivo di un'attività lavorativa, mentre sul fronte della lotta all'immigrazione irregolare si andava a rendere più stringente la disciplina delle espulsioni, nonché a inasprire le sanzioni nel caso di favoreggiamento all'immigrazione clandestina. La disposizione che prevedeva l'immediata esecuzione del provvedimento di espulsione (comunicato dal questore entro 48 ore al Tribunale che avrebbe dovuto decidere sulla convalida nelle 48 ore successive) fu oggetto di una pronuncia di illegittimità costituzionale (sent. n. 222/2004) per la violazione dell'art. 13 Cost. e del diritto alla difesa. Il contrasto con la libertà personale viene ravvisato dalla Corte Costituzionale anche nella sent. n. 223/2004, con cui si è sancita l'illegittimità dell'art. 13, comma 1 della l. n. 189/2002 nella parte in cui disponeva l'arresto nei confronti dello straniero destinatario di un provvedimento di espulsione che, nonostante l'ordine del questore di abbandonare il territorio, vi si trattenesse.

delle istituzioni locali e centrali. Gli enti locali aderivano al sistema SPRAR su base volontaria e attraverso la presentazione di progetti attuati con la collaborazione degli enti del terzo settore.

Negli anni che vanno dal 2007 al 2015 si manifestava in modo sempre più forte la necessità di superare la logica emergenziale dell'accoglienza e la necessità di elaborare un piano di carattere strumentale. Tale esigenza ha trovato la sua piena realizzazione con l'adozione di atti normativi europei e di atti normativi interni di recepimento, e in particolare il d.lgs n. 142/2015, che ha dato attuazione alle direttive europee accoglienza (dir. 2013/33/UE) e procedure (dir. 2013/32/UE). Il decreto legislativo n. 142/2015 va a definire il sistema di accoglienza locale e diffuso basato sulla leale collaborazione tra i livelli di governo interessati, secondo forme di coordinamento nazionale e regionale, ed ha rappresentato il sistema vigente fino alle modifiche apportate dall'art. 12 del decreto legge n. 113 del 2018, convertito nella l. n. 132 del medesimo anno. I destinatari di tale sistema erano gli stranieri non comunitari e gli apolidi richiedenti protezione internazionale, nonché i familiari inclusi nella domanda di protezione. Le misure di accoglienza si applicavano dal momento della manifestazione di volontà di richiedere protezione, anche nei confronti dei soggetti per i quali, in base al sistema Dublino, fosse necessario individuare lo Stato competente alla valutazione della domanda di asilo.

Tale sistema, stabilito dal d. lgs. n. 142/2015, si articolava in tre fasi: la prima di soccorso, assistenza e identificazione, secondo quanto disposto poi dall'Agenda europea sull'immigrazione del 2015, svolta nelle aree *hotspot* (punti di crisi). Se non fossero sussistite le condizioni per il trattenimento nei centri di permanenza per i rimpatri, coloro che avevano manifestato la volontà di richiedere la protezione internazionale sarebbero stati accompagnati nei centri governativi di prima accoglienza (art. 8). Ai sensi dell'art. 9 la fase di prima accoglienza, atta a definire la posizione giuridica dello straniero, veniva svolta nei centri di accoglienza per i richiedenti asilo (CARA) e nei centri di accoglienza (CAD) istituiti con decreto del Ministro dell'Interno. In base all'art. 11 solo nel caso di arrivi consistenti di richiedenti asilo, e se temporaneamente non vi fosse stata disponibilità nei centri di prima accoglienza, il prefetto avrebbe disposto l'accoglienza in strutture di accoglienza straordinaria (CAS). La gestione di tali centri poteva essere affidata ad enti locali, anche associati, alle unioni o a consorzi di comuni, o altresì ad enti pubblici e privati che operano nel settore dell'accoglienza. Conclusasi la fase di prima accoglienza, gli stranieri che avevano formalizzato la propria domanda e non detenevano mezzi di sussistenza adeguati (art. 15) venivano trasferiti nelle strutture territoriali che costituivano la fase di seconda accoglienza (gli SPRAR), ove il richiedente rimaneva per tutto il tempo necessario alla valutazione della sua domanda. Nel caso in cui i posti negli SPRAR fossero stati temporaneamente non disponibili, si protraeva la permanenza nel centro di prima accoglienza. Nei fatti, stante la natura temporanea

e straordinaria dei CAS, questi sono divenuti il luogo ove ordinariamente vengono ospitati i richiedenti, con minori servizi e garanzie rispetto a quelli che dovrebbero essere garantiti nei centri di prima e seconda accoglienza. I dati al riguardo sono emblematici: secondo la “*Relazione sul funzionamento del sistema di accoglienza di stranieri nel territorio nazionale*” dell’anno 2017, trasmessa al Parlamento nell’agosto 2018, la rete di prima accoglienza era costituita da 15 centri governativi che ospitavano 10.319 migranti, e 9132 strutture di accoglienza temporanea (CAS) con la presenza di 148.502 richiedenti asilo⁴⁰³.

È proprio a partire dal 2015 che, anche a seguito dell’aggravarsi delle condizioni nei paesi del Nord Europa, la pressione migratoria, soprattutto sui Paesi del Mediterraneo, è divenuta ingente e di difficile gestione. Gli strumenti emergenziali, improntati al principio solidaristico che l’Europa fornisce all’Italia come alla Grecia, risultano essere insufficienti e rispondenti a visioni emergenziali più che gestionali, volte più a contenere che a regolamentare un fenomeno dal carattere ordinario. Si pensi alla operazione militare *Mare Nostrum* del 2014, la quale aveva finalità di salvataggio e a cui l’Europa ha sostituito poi nel 2018 l’operazione *Triton*, coordinata da Frontex, con finalità non solo di salvataggio, ma anche di lotta e prevenzione dell’immigrazione irregolare, e inoltre alla già citata agenda europea sull’immigrazione del 2015 che, in deroga al sistema Dublino, ha previsto lo strumento del ricollocamento e del reinsediamento, e ha introdotto l’approccio *hotspot*. In questo periodo il numero di richieste di protezione in Italia cresce in modo considerevole fino ad arrivare alle 130.000 del 2017, a sostegno e riprova della gravità della situazione nei Paesi di origine (per di più il nord Africa) e della fondatezza delle domande di protezione internazionale.

A tali richieste di protezione, al “sacro diritto di ospitalità” come tradizionalmente definito, è stata però preferita una deriva restrittiva e limitativa dell’effettività del diritto di asilo, percorrendo il solco già tracciato dalle politiche precedenti che vedono il migrante come un prioritario problema di sicurezza, ponendo l’esigenza securitaria come prevalente rispetto alla tutela della dignità umana⁴⁰⁴.

⁴⁰³ Per un’analisi dettagliata della legislazione italiana si veda *Dossier Senato Immigrazione, XVII legislatura*, cit., p. 17 ss.; P. Bonetti, *L’evoluzione delle norme e delle politiche del diritto di asilo in Italia e in Europa tra protezione internazionale e asilo costituzionale*, cit., p. 751 ss.; Id, *Principi generali della normativa italiana sugli stranieri dal 1998*, cit., p. 4 ss.; M. Colucci, *1989-2019: lo sviluppo dell’immigrazione straniera in Italia in una prospettiva storica*, cit., p. 33 ss.; M. Pastore, N. Zorzella, *30 anni di legislazione italiana in materia di condizione giuridica della persona straniera. Alcune chiavi di lettura*, cit., p. 104 ss.; B. Nascimbene, *Il “diritto degli stranieri”. Le norme nazionali nel quadro delle norme di diritto internazionale comunitario*, cit., p. XXXI ss.

⁴⁰⁴ Per evitare «(la) torsione del principio democratico e (le) contraddizioni dei suoi effetti sul sistema politico-costituzionale, uno Stato democratico-sociale fondato sul principio personalista deve tutelare anzitutto la dignità umana rispetto alla sicurezza latamente intesa:

Infatti, nel 2017 il Governo ha risposto a tali questioni attraverso il decreto legge n. 13/2017, convertito nella l. n. 46/2017, volto all'«*accelerazione dei procedimenti in materia di protezione internazionale, nonché per il contrasto dell'immigrazione illegale*». Il testo normativo ha previsto, con riferimento all'asilo, il potenziamento delle Commissioni territoriali attraverso l'assunzione, tramite concorso, di 250 funzionari; la costituzione di sezioni specializzate in materia di immigrazione, protezione internazionale e circolazione e soggiorno dei cittadini europei nei tribunali ordinari situati nel capoluogo del distretto delle Corti di Appello; l'introduzione dell'art. 10 *ter* del TUI, che ha dato il primo riconoscimento legislativo agli *hotspot*, denominati "punti di crisi".

Con riferimento alla tutela processuale, è stata disposta l'inappellabilità delle decisioni del tribunale sul diniego delle domande di protezione internazionale e la sostituzione all'art. 35 *bis* del rito sommario di cognizione con un rito camerale speciale con contraddittorio eventuale⁴⁰⁵.

Con riferimento all'identificazione dei migranti, si è conferita una veste giuridica agli *hotspot* (punti di crisi) attraverso l'introduzione dell'art. 10 *ter* del TUI. I punti di crisi, finalizzati alle operazioni di primo soccorso e accoglienza, e all'identificazione (tramite rilievi fotodattiloscopici) sono siti presso strutture di cui alla legge n. 563/1995 (la c.d. "legge Puglia")⁴⁰⁶.

come prevedono le norme costituzionali e internazionali, lo straniero ha diritto d'ingresso nel territorio dello Stato o per godere del diritto di asilo o se è regolarmente soggiornante o se glielo consentono accordi o norme internazionali»: così P. Bonetti, *La insostenibilità costituzionale delle recenti norme sugli stranieri. I limiti all'ingresso e al soggiorno che violano i diritti fondamentali e il sistema delle fonti del diritto non assicurano sicurezza, né alcuna disciplina efficace dell'immigrazione*, in *Dir. Pubbl.*, fascicolo 3, 2019, p. 654.

⁴⁰⁵ L'udienza si svolge solo in specifiche ipotesi, individuate dai commi 10 e 11 del d.lgs. n. 25/2008 (come introdotti dall'art. 6 della l. n. 46/2017), ossia quando, visionata la video registrazione del colloquio svoltosi presso le Commissioni Territoriali (ai sensi del comma 8), il giudice dispone l'audizione delle parti: quando ritiene necessario sentire le parti, quando dispone la consulenza tecnica o decide, anche d'ufficio, l'assunzione di nuove prove, quando la videoregistrazione non è disponibile. La disposizione sul contraddittorio eventuale è stata interpretata in senso conforme a Costituzione dalla Corte di Cassazione, che lo ha inteso nella maggior parte dei casi come obbligatorio: si v. P. Bonetti, *L'evoluzione delle norme e delle politiche del diritto di asilo in Italia e in Europa tra protezione internazionale e asilo costituzionale*, cit., p. 780. Con la sent. n.17717/2018 la Suprema Corte, con riferimento all'interpretazione del comma 11 dell'art. 35 *bis*, ha stabilito che nel caso in cui la videoregistrazione del richiedente protezione internazionale non sia disponibile, il Tribunale chiamato a pronunciarsi sul provvedimento della Commissione territoriale dispone l'audizione delle parti a pena di nullità della decisione, fatta eccezione per il caso in cui vi sia l'accoglimento dell'istanza del ricorrente di non avvalersi del supporto audiovisivo. Sul punto si veda anche M.C. Contini, *La "riforma Orlando- Minniti" a un anno dall'entrata in vigore. I molti dubbi e le poche certezze nelle prassi delle sezioni specializzate*, in *Dir. Imm. Citt.*, fascicolo 3, 2018, p. 21 ss.

⁴⁰⁶ Il provvedimento legislativo istituì tali strutture al fine di gestire l'ingente numero di sfollati che negli anni Novanta provenivano dall'Albania, ma non definiva giuridicamente tali luoghi.

Nell'ipotesi in cui soggetto rifiuti di sottoporsi ai rilievi fotodattiloscopici, si configura un pericolo di fuga, ragione per cui il questore dispone il trattenimento in un centro di permanenza per i rimpatri (CPR). Tale provvedimento ha un'efficacia di trenta giorni ed è soggetto a convalida giurisdizionale: nel caso di richiedente protezione internazionale la competenza è delle Sezioni Specializzate, nel caso di "migrante economico" la competenza è del giudice di pace.

Fino all'entrata in vigore del d.l. n. 13/2017, convertito nella l. n. 46/2017 "l'approccio hotspot" era stato disciplinato da documenti di *soft law* sia a livello europeo (l'agenda europea sull'immigrazione del 2015), sia a livello nazionale attraverso la *roadmap* che il governo italiano ha inviato all'Unione Europea. A partire dal 2017 a tali luoghi, ove nei fatti avviene un trattenimento del migrante fintanto che non si procede all'identificazione, viene data una copertura giuridica che però non scioglie i nodi riguardanti la natura di tale istituto, mantenendo vive le criticità concernenti il trattenimento con riferimento al rispetto della libertà personale dei migranti.

Con le modifiche del 2017, quindi, si è aperta la strada verso una riduzione del diritto di asilo: all'accrescere del numero delle domande di protezione si risponde con l'accelerazione delle procedure, a discapito delle tutele dei soggetti che potrebbero necessitare di protezione. La contrazione del diritto di asilo si rende ancor più manifesta nelle prassi verificatesi negli *hotspot* i quali, pur se definiti come luoghi di prima accoglienza e soccorso, svolgono funzioni di pre-identificazione e di controllo degli ingressi, e sono volti a rimarcare la distinzione tra migranti economici e richiedenti protezione, riducendo nei fatti le possibilità di accesso agli strumenti di protezione.

In linea con le finalità repressive e securitarie, a tale modifica legislativa si è accompagnato l'accordo siglato con la Libia (il cosiddetto *Memorandum*), volto a combattere l'immigrazione clandestina. Si tratta di un accordo in forma semplificata, della durata di due anni, adottato in contrasto con l'art. 80 Cost.⁴⁰⁷, attraverso il quale l'Italia versa dei contributi per lo sviluppo alla Libia, che si impegna a contrastare l'immigrazione illegale proveniente da questo Paese⁴⁰⁸.

⁴⁰⁷ L'art. 80 Cost., come è noto, dispone l'autorizzazione con legge alla ratifica dei trattati internazionali di natura politica ad opera delle Camere.

⁴⁰⁸ *Memorandum d'intesa sulla cooperazione nel campo dello sviluppo, del contrasto all'immigrazione illegale, al traffico di esseri umani, al contrabbando e sul rafforzamento della sicurezza delle frontiere tra lo Stato della Libia e la Repubblica Italiana*, 2 febbraio 2017. Gli accordi con la Libia sono stati prorogati dal Governo Conte II nel febbraio del 2020. Si v. cap. 4. par. 4.3.

6. *Le modifiche apportate dal decreto legge n. 113/2018 e dal decreto legge n. 53/2019.*

Il decreto n. 113/2018 convertito nella l. n. 132/2018, noto ai più con la dicitura “*Decreto sicurezza*”, si inserisce nel solco delle politiche migratorie di stampo securitario, fondate sul binomio immigrazione-criminalità, attraverso una riorganizzazione del sistema della protezione internazionale e dell’accoglienza al fine – dichiarato nella Relazione del Decreto – di garantire «una più efficiente ed efficace gestione del fenomeno migratorio nonché ad introdurre misure di contrasto al possibile ricorso strumentale alla domanda di protezione internazionale»⁴⁰⁹.

Con la medesima finalità, ossia la lotta all’immigrazione irregolare, è stato adottato nel 2019 il d.l n. 53/2019, convertito nella l. n. 77/2019, noto come “*Decreto sicurezza bis*” e rispondente alle medesime esigenze propagandistiche di lotta nei confronti dell’immigrato e di criminalizzazione dell’immigrazione. I provvedimenti che il Governo ha varato nel 2018 si collocano in una linea di continuità rispetto a quelli approvati, da un diverso Governo, nel 2017. In entrambi i casi la scelta è stata quella del ricorso alla decretazione d’urgenza; inoltre ambedue pongono come *ratio* dell’intervento la dicotomia sicurezza – immigrazione. Se nel decreto del 2017 tale finalità si collocava su un piano sovranazionale, per cui gli obblighi di riparto della responsabilità tra Stati erano visti come limite alla tutela dei diritti dei migranti, nonché come unico obiettivo del processo di integrazione europea, nel 2018 il concetto di sicurezza è presentato in una chiave meramente interna, al cui fine si attuano delle modifiche normative limitanti o neutralizzanti il diritto di asilo⁴¹⁰.

Il decreto legge n. 113/2018, convertito nella l. n. 132/2018, ha ridefinito il sistema della protezione internazionale e dell’accoglienza in modo massiccio e

⁴⁰⁹ Viene evidenziato come a poco più di un mese dall’inizio della XVIII legislatura nonché pochi giorni prima dell’insediamento dei funzionari delle Commissioni Territoriali per il riconoscimento della protezione internazionale e della Commissione nazionale per il diritto di asilo, il Ministero dell’Interno emanò la circ. n. 8819/2018, che pose l’attenzione sulla questione della protezione umanitaria, e dell’enorme numero di domande protezione umanitaria riconosciute dalle Commissioni orientata da una «*copiosa giurisprudenza*» estensiva nelle ipotesi di tutela. Per tale ragione la circolare ha chiesto alle Commissioni un esercizio rigoroso e scrupoloso della propria funzione. Attraverso tale circolare, che anticipa nelle finalità i provvedimenti in materia migratoria dell’autunno 2018, il Ministero dell’interno sembrava indicare delle nuove linee di indirizzo in materia di protezione internazionale alle Commissioni preposte alla valutazione delle domande. Sul punto v. M. Benvenuti, *Il dito e la luna, la protezione delle esigenze di carattere umanitario degli stranieri prima e dopo il decreto Salvini*, in *Dir. Imm. Citt.*, fascicolo 1, 2019, p. 12 ss.

⁴¹⁰ Sulle affinità e divergenze tra i due decreti v. E. Cavasino, *Diritti, sicurezza, solidarietà e responsabilità nella protezione della persona migrante*, in *Federalismi.it*, 26 dicembre 2018, p. 16 ss.

radicale. L'art. 1 modifica l'art. 5, comma 6 del TUI, abrogando il permesso di soggiorno per motivi umanitari e andando ad eliminare qualsiasi riferimento, nel testo unico, e ai "motivi umanitari". La *ratio* di tale scelta, come viene precisato nella Relazione illustrativa del decreto, deriverebbe dai contorni normativi incerti di tale previsione rispetto al regime della protezione internazionale, che avrebbe comportato un'eccessiva discrezionalità della pubblica amministrazione da un lato, e un numero considerevole di domande di protezione internazionale presentate dall'altro⁴¹¹. Tali esigenze sarebbero la ragione dell'abrogazione della disposizione che prevedeva tale permesso, che è stato sostituito da sette permessi di soggiorno tipici: il permesso di soggiorno per cure mediche, il permesso di soggiorno per calamità, il permesso di soggiorno per atti di particolare valore civile, il permesso di soggiorno speciale e gli ultimi tre "per casi speciali", preesistenti al decreto e da quest'ultimo semplicemente innovati e mutati nella denominazione⁴¹², ossia il permesso di soggiorno per protezione sociale, il permesso di soggiorno per le vittime di violenza domestica e quello per il particolare sfruttamento lavorativo.

Il permesso di soggiorno per protezione sociale di cui all'art. 18 del TUI è rilasciato allo straniero che si trovi in una situazione di violenza o di sfruttamento da cui potrebbero derivare gravi danni alla sua incolumità, nell'ipotesi in cui tentasse di sottrarsi dai condizionamenti di associazioni criminali o per le dichiarazioni rese durante le indagini preliminari o nel corso del giudizio penale. Tale permesso ha la durata di sei mesi, è prorogabile per un anno, consente lo svolgimento dell'attività lavorativa e può essere convertito in un permesso di soggiorno per motivi di lavoro; esso è rilasciato dal questore, previo parere favorevole del Procuratore della Repubblica. Il permesso di soggiorno rilasciato per violenze domestiche, disciplinato dall'art. 18 *bis* del TUI è rilasciato allo straniero che sia vittima di violenza domestica, la cui incolumità sarebbe a rischio nel caso in cui tentasse di sottrarsi alla violenza o a seguito delle dichiarazioni

⁴¹¹ Si v. Ministro dell'interno, *Relazione sul funzionamento del sistema di accoglienza di stranieri nel territorio nazionale*, 2017, in [XVIII Legislatura - Camera dei deputati - Documenti](#) ", trasmessa al Parlamento a fine agosto del 2018; sul punto si v. *Dossier Senato Immigrazione, XVII legislatura*, cit., p. 17 ss. Viene evidenziato come la volontà di circoscrivere gli ingressi e alimentare una politica volta a criminalizzare l'immigrazione, si traduca anche in un discredito verso l'operato degli altri organi dello Stato, tacciati di applicare la normativa in modo scorretto. Sul punto v. anche A. Algostino, *Il decreto "sicurezza e immigrazione" (d.l. n. 113/2018): estinzione del diritto d'asilo, repressione del dissenso e disuguaglianza*, in *Costituzionalismo.it*, fascicolo 2, 2018, p. 172.

⁴¹² Il legislatore del 1998 (per quanto attiene al permesso di soggiorno per motivi di protezione sociale), quello del 2012 (per quello per sfruttamento lavorativo) e quello del 2013 (con riferimento al permesso per violenza domestica) hanno dato vita ad alcune tipologie di permesso nelle quali le esigenze di tutela erano necessarie, al fine non di limitare ma di fortificare le ipotesi in cui riconoscere la protezione e tutela. Sul punto si v. M. Benvenuti, *Il dito e la luna, la protezione delle esigenze di carattere umanitario degli stranieri prima e dopo il decreto Salvini*, cit., p. 21.

rilasciate nella fase delle indagini preliminari o nel corso del giudizio penale. Il permesso ha la durata di un anno, permette lo svolgimento di attività lavorativa ed è convertibile in un permesso di soggiorno per motivi di lavoro; esso è rilasciato dal questore, su proposta e parere dell'autorità giudiziaria competente. Il permesso di soggiorno concesso nelle ipotesi di particolare sfruttamento lavorativo è disciplinato all'art. 22, co. 12 - *quater* del TUI. Esso viene rilasciato allo straniero che abbia denunciato e cooperi nel procedimento penale a carico del suo datore di lavoro, ha la durata di sei mesi ed è rinnovabile per un anno (o per il tempo necessario per definire il procedimento penale), consente lo svolgimento di attività lavorativa ed è convertibile in un permesso di soggiorno per motivi lavorativi; è rilasciato dal questore, su proposta o previo parere del Procuratore della Repubblica. Il quarto tipo di permesso, ai sensi dell'art. 19, comma 2 bis lett. *d*) come introdotto dall'art. 1, comma 1 lett. *g*) del d.l. n.113/2018 convertito nella l. n. 132/2018, viene rilasciato allo straniero che necessiti di cure mediche. Il rilascio di tale permesso è subordinato all'accertamento della documentazione medica fornita da un medico convenzionato con il Servizio Nazionale o dall'autorità sanitaria; è rilasciato dal questore per l'arco di tempo necessario per le cure mediche. Nulla veniva precisato per quanto attiene allo svolgimento di attività lavorativa o alla possibile conversione in un permesso di soggiorno per motivi lavorativi. Ancora il permesso di soggiorno per calamità, stabilito dall'art. 20-*bis* TUI, come introdotto dall'art. 1, co. 1, lett. *h*), del decreto oggetto di questa analisi, spetta allo straniero che non può far rientro nel proprio Paese che versa in una situazione di eccezionale e contingente calamità⁴¹³. Tale permesso, rilasciato dal questore, ha la durata di sei mesi, è prorogabile per altri sei mesi se persiste la situazione di calamità e permette lo svolgimento di attività lavorativa. L' art. 42-*bis* del TUI, come introdotto dall'art. 1, co. 1, lett. *q*) ha introdotto il permesso di soggiorno per atti di particolare valore civile. Tale permesso ha la durata di due anni ed è rinnovabile; esso permette lo svolgimento di attività lavorativa ed è convertibile in un permesso di soggiorno per motivi di lavoro; viene rilasciato dal questore, previa proposta del prefetto e su autorizzazione del Ministro dell'interno. Il settimo permesso di soggiorno è disciplinato dall'art. 32 del decreto legislativo "procedure" (come modificato dall'art. 1, comma 2 lett. *a*) d.l. n.113/2018 convertito nella l. 132/2018) e riguarda i casi di protezione speciale. Esso viene rilasciato nell'ipotesi in cui il soggetto non sia destinatario di protezione internazionale, ma non possa far rientro nel proprio Paese ove sarebbe sottoposto a persecuzioni per motivi di razza, sesso, lingua, religione, cittadinanza, opinione politica, condizioni sociali, oppure nel caso in cui nello Stato non sarebbe protetto dalla persecuzione, o rischierebbe di essere sottoposto a tortura, tenendo conto - ai fini di tale valutazione - anche delle ipotetiche

⁴¹³ Tale previsione subirà una modifica ai sensi del d.l. n. 130/2020 (convertito nella l. n. 173/2020) per cui non sarà più necessario che la situazione sia contingente ed eccezionale ma gravi, inoltre non sussiste più il termine di sei mesi.

violazioni sistematiche dei diritti umani in tale Paese. Esso è rilasciato dal questore, previa valutazione della documentazione e degli atti ad opera della Commissione territoriale competente. Nella formulazione del 2018, tale permesso aveva la durata di un anno, rinnovabile, e consentiva lo svolgimento di attività lavorativa, ma non la conversione in un permesso di soggiorno per motivi di lavoro⁴¹⁴.

Come si è anticipato, l'art. 1 del decreto⁴¹⁵ ha espunto nell'art. 5, comma 6 del TUI il riferimento ai "motivi umanitari" nonché al necessario rispetto degli obblighi costituzionali ed internazionali come fondamento del rilascio o della mancata revoca del permesso di soggiorno. Questi ultimi devono essere obbligatoriamente rispettati⁴¹⁶, sia dal legislatore, sia dal giudice, sia dalla pubblica amministrazione, per cui l'assenza di tale dicitura nulla muta per ciò che riguarda il loro necessario rispetto, sarebbe infatti espressione di «*infantilismo giuridico*»⁴¹⁷ la convinzione per cui l'eliminazione del riferimento normativo agli obblighi costituzionali comporti un venir meno dell'efficacia normativa delle disposizioni costituzionali. L'abrogazione della protezione umanitaria e la sua "sostituzione" con ipotesi tipiche di protezione speciale sarebbe stata, secondo parte della dottrina, in conflitto con il dettato costituzionale di cui agli artt. 2 e 10, comma 2 e 3, art. 117, c.1 Cost. Infatti, la formula "seri motivi ... di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali" (ai sensi dell'art. 5, comma 6 TUI antecedente alle modifiche del 2018) permetteva, pur se in modo parziale, di tutelare i diritti inviolabili dell'uomo di cui all'art. 2 Cost., inoltre garantiva la conformità ai trattati internazionali e alle norme consuetudinarie concernenti i diritti della persona, in osservanza degli obblighi

⁴¹⁴ Art. 1, comma 1.1 bis lett *a*) d.l. n. 130/2020 (convertito nella l. n. 173/2020) estende, invece, la sua durata a due anni e riconosce la convertibilità in permesso di soggiorno per motivi di lavoro

⁴¹⁵ È necessario rilevare che il comma 2 lett. *b*) dell'art. 1 modifica l'art. 35 *bis*, comma 1 del d.l. n. 25/2008, che dispone il rito camerale nel caso di revoca o mancata concessione della protezione internazionale, oggi estesa anche al procedimento sul mancato riconoscimento dei presupposti per la protezione internazionale.

⁴¹⁶ Il riferimento al necessario rispetto degli obblighi costituzionali e internazionali, pur se non espressi dalla modifica normativa, è ribadito anche nella lettera con cui il Presidente Mattarella ha accompagnato l'emanazione del decreto legge. A sostegno dell'irrelevanza dell'eliminazione di tale dicitura v. M. Benvenuti, *Il dito e la luna, la protezione delle esigenze di carattere umanitario degli stranieri prima e dopo il decreto Salvini*, cit., p. 17; S. Curreri, *Prime considerazioni sui profili di incostituzionalità del decreto legge n. 113/2018 (cd. Decreto Sicurezza)*, cit., p. 5.

⁴¹⁷ «[...]pari a quello di chi, come nell'antica favola orientale, guarda il dito che indica la luna, cioè la legge, e non la luna, cioè la Costituzione»: così M. Benvenuti, *Il dito e la luna, la protezione delle esigenze di carattere umanitario degli stranieri prima e dopo il decreto Salvini*, cit., p. 17.

costituzionali e internazionali stabiliti dall'art. 117, comma 1 Cost.⁴¹⁸. Ancora, l'abrogazione del permesso di soggiorno per motivi umanitari avrebbe secondo alcuni aperto un *vulnus* nella piena attuazione del diritto di asilo costituzionale di cui all'art.10, comma 3 Cost.⁴¹⁹. Come si è già evidenziato (v. *supra*, cap. 2 par. 6), il permesso di soggiorno umanitario, grazie alla sua fattispecie aperta, permetteva di garantire e tutelare esigenze che ai sensi degli obblighi costituzionali e internazionali non potevano essere in alcun modo pretermesse⁴²⁰. La rilevanza fondamentale di tale permesso è confermata dai numeri del primo semestre del 2017: su 41379 domande di protezione internazionale, il 51,7% delle stesse sono state rigettate, per il 9% vi è stato il riconoscimento dello status di rifugiato, per il 9,8% il riconoscimento dello status di protezione internazionale e ben il 24,5% hanno ottenuto un permesso di soggiorno per motivi umanitari⁴²¹.

Nonostante siano molteplici le criticità che sottendono a tale abrogazione, di contro vi è chi, pur evidenziandone le problematiche, non rileva dei profili di illegittimità costituzionale. Da un lato vi è chi sostiene che la norma potrebbe essere considerata illegittima solo in un'ottica di estensione del parametro costituzionale. Infatti, ai sensi della consolidata giurisprudenza di Cassazione, la

⁴¹⁸ Se è pur vero che il rispetto degli obblighi costituzionali verrebbe garantito dal carattere direttamente applicabile del dettato costituzionale, pare invece più complesso garantire il rispetto degli obblighi comunitari e internazionali non auto-applicativi, e per i quali non è sufficiente un'interpretazione conforme del giudice ma è necessario un atto di recepimento statale: in questo senso v. ASGI, *Manifeste illegittimità costituzionali delle nuove norme concernenti permessi di soggiorno per esigenze umanitarie, protezione internazionali, immigrazione e cittadinanza previste dal decreto-legge 4 ottobre 2018*, n. 113, in www.asgi.it, 15 ottobre 2018, p. 8 ss.

⁴¹⁹ La Corte Costituzionale nel 2019 ha affermato che la concreta portata dei permessi di soggiorno può essere valutata solo in fase di interpretazione e applicazione amministrativa e giurisprudenziale, che dovrà avvenire nel rispetto della Costituzione e degli obblighi internazionali. Cfr. Corte Cost. sent. n. 194/2019, punto. 7.8

⁴²⁰ La sua concessione è spesso stata legata al principio di non *refoulement*: v. A. Algostino, *Il decreto "sicurezza e immigrazione" (d.l. n. 113/2018): estinzione del diritto d'asilo, repressione del dissenso e disuguaglianza*, cit., p. 176 ss.; ASGI, *Manifeste illegittimità costituzionali delle nuove norme concernenti permessi di soggiorno per esigenze umanitarie, protezione internazionali, immigrazione e cittadinanza previste dal decreto-legge 4 ottobre 2018*, cit., p. 2 ss.; M. Ruotolo, *Brevi note sui possibili vizi formali e sostanziali del d.l. n. 113 del 2018 (c.d. decreto "sicurezza e immigrazione")*. Audizione presso la Commissione affari costituzionali del Senato in relazione all'esame in sede referente del disegno di legge n. 840 (d.l. 113/2018-sicurezza pubblica), Roma, 16 ottobre 2018, in *Osservatorio costituzionale*, fascicolo 3, 2018, p. 1 ss.; E. Cavasino, *Diritti, sicurezza, solidarietà e responsabilità nella protezione della persona migrante*, cit., p. 14 ss.; P. Bonetti, *L'insostenibilità costituzionale delle recenti norme sugli stranieri*, in *Dir. Pubbl.*, fascicolo 3, 2019, p. 654; E. Khanari, T. Spandrio, *Brevi considerazioni sui profili problematici delle nuove disposizioni normative di cui al D.L. 113/2018*, in *dirittifondamentali.it*, fascicolo 2, 2018, p. 2 ss.

⁴²¹ I dati riportati sono tratti da Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, *Parere del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale sul decreto-legge 14 ottobre 2018 n. 113*, cit., p. 2.

protezione umanitaria è andata ad attuare, insieme al rifugio e alla protezione sussidiaria, il diritto di asilo costituzionale. Infatti l'art. 10, comma 3 trova il suo fondamento nell'impossibilità di esercitare le libertà democratiche, mentre la protezione umanitaria risponde all'esigenza di tutelare situazioni di grave oggettività vulnerabilità. Inoltre, non essendo la protezione umanitaria imposta dall'Unione Europea ma lasciata alla competenza degli Stati non sarebbe ravvisabile un contrasto con l'art. 10, comma 2 e con l'art. 117, comma 1 Cost.⁴²². Dall'altro vi è chi sostiene che la previsione di permessi di soggiorno temporanei per casi speciali non sarebbe una tipizzazione, ma una mera esemplificazione di fattispecie che rimangono per loro natura aperte, in quanto oggetto dell'attività interpretativa del giudice e della discrezionalità della pubblica amministrazione. La preesistenza e persistenza degli obblighi costituzionali e internazionali fa infatti sì che l'interprete e la pubblica amministrazione debbano dare applicazione ai permessi di soggiorni vigenti alla luce di tali obblighi, al fine di garantire la tutela dello straniero che richiede protezione. Paradossalmente, quindi, si è rilevato che in contrasto con le ontologiche finalità che sottendono al decreto, la previsione di quattro permessi di soggiorno temporaneo⁴²³ potrebbe importare un incremento delle ipotesi in cui viene concessa la protezione per motivi umanitari, attraverso un'interpretazione costituzionalmente conforme e adeguatrice del dettato normativo. Gli esempi a sostegno di tale tesi riguardano il permesso di soggiorno per calamità⁴²⁴ e quello per protezione speciale. Nel primo caso il concetto di calamità non pare limitante: esso pur riferendosi a fatti di importante gravità può riferirsi non solo ad eventi naturali ma anche ad accadimenti umani, nei fatti non circoscrivendo le ipotesi di riconoscimento di tale permesso. Nel secondo caso, invece, il permesso di soggiorno per protezione speciale avrebbe una portata generale, sovrapponibile nei fatti al permesso di soggiorno per motivi umanitari. Riconducendo tale

⁴²² S. Curreri, *Prime considerazioni sui profili di incostituzionalità del decreto legge n. 113/2018 (cd. Decreto Sicurezza)*, cit., p. 6 ss. L'autore sottolinea che la non sussistenza di profili di illegittimità costituzionale con riferimento all'art. 1 del suddetto decreto non esclude dei rilievi problematici in quanto, stanti le dichiarate finalità di incremento della sicurezza e di lotta all'immigrazione irregolare, la norma rischia di aumentare l'insicurezza sul piano sociale, costringendo ai margini della società degli stranieri che precedentemente avevano diritto alla protezione umanitaria.

⁴²³ I tre permessi di soggiorno per "casi speciali" (il permesso di soggiorno per protezione speciale, per vittime di violenza domestica e per sfruttamento lavorativo) erano preesistenti al d.l. n. 113/2018 convertito nella l. n. 132/2018.

⁴²⁴ Tale permesso di soggiorno sarebbe assimilabile alla protezione temporanea disposta dall'art. 20 del TUI: nel primo caso il permesso è rilasciato dal questore, e l'evento calamitoso riguarda il singolo; nel secondo, invece, ci si riferisce a situazione collettive, ed esso viene rilasciato attraverso un decreto del Presidente del Consiglio. Si v. M. Benvenuti, *Il dito e la luna. La protezione delle esigenze di carattere umanitario degli stranieri prima e dopo il decreto Salvini*, cit., p. 28 ss.; E. Khanari; T. Spandrio, *Brevi considerazioni sui profili problematici delle nuove disposizioni normative di cui al D.L. 113/2018*, cit., p. 2 ss.

permesso alle «condizioni personali e sociali» di cui all'art.19, comma 1, TUI, ossia alle condizioni di vita dello straniero in Italia e alla privazione di standard di vita dignitosa nel caso di ritorno nel Paese di origine, tale tesi pone queste condizioni a fondamento delle esigenze umanitarie che devono essere garantite allo straniero, in base agli obblighi costituzionali e internazionali⁴²⁵. Tali osservazioni, come si avrà modo di analizzare, sembrano essere state pienamente recepite dal recente decreto legge n. 130 del 2020 convertito nella l. n. 173/2020.

Sono inoltre stati evidenziati alcuni possibili effetti positivi che lo stesso atto avrebbe potuto produrre. In primo luogo le amministrazioni e i giudici, privati dello strumento della protezione umanitaria, avrebbero potuto essere portate a svolgere una più attenta attività di individuazione dei motivi alla base delle richieste di protezione sussidiaria e di riconoscimento dello status di rifugiato, in un'ottica di maggiore attenzione e responsabilità nella fase del colloquio e della decisione, dunque riconoscendo la protezione internazionale in un numero maggiore di casi⁴²⁶. Inoltre, l'abrogazione di una delle modalità attuative del diritto di asilo costituzionale potrebbe importare una nuova e immediata precettività del dettato costituzionale e portare nuovamente il diritto di asilo costituzionale al centro della riflessione giuridica nelle aule dei tribunali e in Parlamento⁴²⁷.

Sebbene l'abolizione della protezione umanitaria abbia rappresentato uno degli interventi più noti operati dal cosiddetto “Decreto Sicurezza”, le modifiche normative e le relative criticità riguardano molteplici e differenti aspetti della protezione del richiedente, che si andranno ora ad analizzare.

All'art. 7 bis si dispone, con Decreto del Ministero degli affari esteri e della cooperazione, l'adozione del decreto che introduce per la prima volta nel nostro ordinamento l'elenco dei Paesi di origine sicuri, concetto definito dalla Direttiva procedure (dir. 2013/32/UE). Tale concetto riconosce agli Stati membri la facoltà di predisporre un elenco di Paesi considerati sicuri⁴²⁸, basato sulle

⁴²⁵ Cfr. M. Benvenuti, *Il dito e la luna. La protezione delle esigenze di carattere umanitario degli stranieri prima e dopo il decreto Salvini*, cit., p. 32 ss.

⁴²⁶ Si parla dell'effetto rimbalzo della soppressione della protezione umanitaria sul riconoscimento della protezione sussidiaria, e dello status di rifugio attraverso una responsabilizzazione maggiore delle Commissioni territoriali in fase di decisione: cfr. M. Benvenuti, *Il dito e la luna. La protezione delle esigenze di carattere umanitario degli stranieri prima e dopo il decreto Salvini*, cit., p. 36.

⁴²⁷ Cfr. M. Benvenuti, *Il dito e la luna. La protezione delle esigenze di carattere umanitario degli stranieri prima e dopo il decreto Salvini*, cit., p. 36 ss.; E. Cavasino, *Diritti, sicurezza, solidarietà e responsabilità nella protezione della persona migrante*, cit., p. 20.

⁴²⁸ In luogo delle liste nazionali fu proposto un regolamento che contenesse un elenco comune per tutti gli Stati e che sostituisse in modo progressivo tali liste. Si v. COMM (2015) 452; *Dossier Senato Immigrazione, XVII legislatura*, cit., p. 17 ss.; C. Pitea, *La nozione di paese di origine sicuro e il suo impatto sulle garanzie per i richiedenti protezione internazionale in Italia*, cit., p. 2. Il primo esempio di *safe country practices* è da riscontrarsi nella “clausola danese” che il Governo danese stabilì nel 1986, dopo che un ingente numero di stranieri era giunto dalla

informazioni e i report provenienti dagli Stati Membri, dalla Commissione, dall'UNHCR e da altre organizzazioni internazionali⁴²⁹. La provenienza di un richiedente da un Paese considerato sicuro comporta «una presunzione relativa di sicurezza»⁴³⁰, per cui spetterà al soggetto provare le persecuzioni o i danni subiti; inoltre essa comporta una procedura accelerata per l'esame della domanda⁴³¹, e la non sospensibilità dei provvedimenti di diniego impugnati. Tutti questi elementi fanno sì che tale nozione appaia controversa, oltre che di dubbia legittimità, sia sul piano sovranazionale che sul piano nazionale. In una dimensione sovranazionale, essa pare porsi in contrasto con la Convenzione di Ginevra del 1951, che stabilisce il divieto di discriminazioni basate sullo Stato di origine ai fini del riconoscimento della protezione internazionale, eluderebbe l'obbligo di una valutazione individuale della domanda e si porrebbe in contrasto con il generale principio di *non refoulement*, stabilito anche dall'art. 19 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE⁴³². Sul piano nazionale, fino all'entrata in vigore del d. l. n. 113/2018 convertito in l. n. 132/2018, la facoltà di predisporre un elenco di Paesi terzi di origine sicuro non era stata recepita dal nostro ordinamento per la dubbia compatibilità con l'art. 10, comma 3, Cost.⁴³³. Pertanto, il recepimento di

Germania, al tempo ancora divisa. In forza di tale clausola venivano individuati dei Paesi sicuri per cui, nel caso in cui venisse presentata domanda di protezione da un cittadino proveniente da uno di questi Stati, essa veniva considerata come infondata. Sul punto si v. F. Venturi, *Il diritto di asilo: un diritto "sofferente". L'introduzione del concetto di «paesi di origine sicuri» ad opera della l. 132/2018 di conversione del c.d. «decreto sicurezza» (d.l. 113/2018)*, in *Dir. Imm. Citt.*, fascicolo 2, 2019, p. 153.

⁴²⁹ Si v. art. 37 "Designazione nazionale dei paesi terzi quali paesi di origine sicuri" dir. 2013/32/UE (direttiva procedure).

⁴³⁰ Tale presunzione importerebbe uno standard probatorio attenuato, andando ad operare su due piani: l'autorità competente è esentata dal procedere di ufficio ad una raccolta delle informazioni sul Paese di origine, ed inoltre è esentata dal provare che lo Stato terzo garantisca effettivamente protezione dalle persecuzioni o altri danni gravi, tale onere graverà infatti sul richiedente. Si v. C. Pitea, *La nozione di paese di origine sicuro e il suo impatto sulle garanzie per i richiedenti protezione internazionale in Italia*, cit., p. 9 s.

⁴³¹ Sul punto F. Venturi, *Il diritto di asilo: un diritto "sofferente". L'introduzione del concetto di «paesi di origine sicuri» ad opera della l. 132/2018 di conversione del c.d. «decreto sicurezza» (d.l. 113/2018)*, cit., p. 28.

⁴³² Nonostante l'Unione Europea non sia parte contraente della Convenzione sono numerosi i rimandi che ad essa vengono effettuati dal diritto europeo: l'art. 18 della Carta europea dei diritti fondamentali rinvia alla Convenzione al fine di garantire un'applicazione omogenea del diritto di asilo; l'art. 78 TFUE, nel definire la politica comune in materia di asilo, sottolinea la necessaria conformità di questa rispetto alla Convenzione stessa. Si v. P. Bonetti, *L'evoluzione delle norme e delle politiche del diritto di asilo in Italia e in Europa tra protezione internazionale e asilo costituzionale*, in M. Giovanetti, N. Zorzella (a cura di), *Ius migrandi, trent'anni di politiche e legislazione sull'immigrazione in Italia*, Franco Angeli, 2020, p. 796.

⁴³³ L'art. 10 comma 3 della Costituzione afferma in modo manifesto la natura individuale del diritto di asilo come protezione per i singoli da lesioni dei propri diritti fondamentali. Di contro la nozione di Paese di origine sicuro si basa una valutazione di *safety for the majority*, enucleando dunque una dimensione collettiva che pare non in linea con il dettato costituzionale:

tale facoltà sarebbe un ennesimo passo in avanti verso lo svuotamento e la neutralizzazione del diritto di asilo e delle tutele riconosciute ai richiedenti sotto diversi profili. In primo luogo, sembrerebbe palesarsi un contrasto con il comma 3 dell'art. 10 Cost., che dà alle norme primarie il compito di determinare le modalità di attuazione del diritto di asilo, in tal caso la dimensione individuale pare sacrificata, importando un deterioramento ed una diversificazione della domanda; infatti l'eventuale rigetto avviene sulla base di una valutazione generale e costante dei parametri di sicurezza del Paese e non sulla disamina della situazione personale⁴³⁴. Ancora, l'individuazione e la predisposizione della lista di Paesi di origine sicuri avviene con un decreto del Ministro dell'interno: ciò parrebbe in contrasto con la riserva di legge stabilita al comma 3 dell'art. 10 Cost. Di contro, l'art. 2 *bis* non pare in alcun modo definire e circoscrivere la discrezionalità del Governo nel definire tale elenco, andando a confliggere con la suddetta riserva, sia nell'ipotesi in cui la si qualifichi come relativa, sia nell'ipotesi in cui la si consideri assoluta.

Pertanto anche l'individuazione dell'elenco dei Paesi terzi di origine sicuri effettuata dalla l. 132/2018 di conversione del cosiddetto "Decreto sicurezza" (d.l. n. 113/2018) si colloca a pieno titolo tra i tentativi di ridurre le possibilità di accesso alle forme di protezione internazionale e di procedere alla sterilizzazione del diritto di asilo, piegato alle primarie esigenze di controllo e di gestione dei flussi, nella visione del migrante 'astuto' che strumentalizza la domanda di protezione internazionale per giungere in Europa.

L'ultimo profilo di criticità, che rappresentava il «*de profundis*»⁴³⁵ del diritto di asilo, era rappresentato dalla mancata sospensione dell'efficacia del provvedimento di rigetto da parte della Commissione territoriale nel caso di impugnazione. Formalmente venivano distinte due ipotesi: l'ipotesi della presentazione di una generica domanda di protezione internazionale (ai sensi dell'art. 28 *bis*, comma 1-*bis* del d.lgs. n. 25/2008) e quella della domanda presentata direttamente alla frontiera o nelle zone di transito (ex. art. 28 *bis*, comma 1-*ter* del d.l. n. 25/2008). Nel primo caso, infatti, la Commissione doveva decidere in cinque giorni, un arco di tempo breve e non prorogabile, ma nel caso

così N. Vettori, *Servizio pubblico di accoglienza e diritti fondamentali dei richiedenti asilo. Profili di illegittimità della riforma introdotta dal d.l. n. 113/2018*, in *Dir. Imm. Citt.*, fascicolo 3, 2019, p. 150 ss. Da anni, inoltre, il nostro Paese ha stipulato accordi bilaterali con Stati terzi volti a definire procedure più rapide per i rimpatri degli immigrati irregolarmente presenti (si pensi agli accordi con la Tunisia, l'Egitto, la Nigeria, il Kosovo: così F. Venturi, *Il diritto di asilo: un diritto "sofferente". L'introduzione del concetto di «paesi di origine sicuri» ad opera della l. 132/2018 di conversione del c.d. «decreto sicurezza» (d.l. 113/2018)*, cit., p. 28.

⁴³⁴ Cfr. P. Bonetti, *L'evoluzione delle norme e delle politiche del diritto di asilo in Italia e in Europa tra protezione internazionale e asilo costituzionale*, cit., p. 798.

⁴³⁵ Cfr. F. Venturi, *Il diritto di asilo: un diritto "sofferente". L'introduzione del concetto di «paesi di origine sicuri» ad opera della l. 132/2018 di conversione del c.d. «decreto sicurezza» (d.l. 113/2018)*, cit., p. 176.

di rigetto dell'istanza il richiedente poteva impugnare il provvedimento con effetto sospensivo della decisione. In concreto, però, appare improbabile che il soggetto entro cinque giorni dal suo arrivo fosse in grado di organizzare un adeguata impugnazione in tempi così brevi⁴³⁶. Nel secondo caso, che rappresentava tra l'altro l'ipotesi più frequente, benché i termini per l'esame della domanda fossero più estesi e prorogabili, non sussisteva l'effetto sospensivo nel caso di impugnazione del provvedimento di diniego. Il venir meno di tale effetto in caso di impugnazione pareva porsi in contrasto con gli artt. 2, 3 comma 1, 24 comma 1, 111 e 117, comma 1 Cost., oltre che con la giurisprudenza della Corte EDU per cui nel caso di soggetti che potrebbero essere sottoposti a trattamenti inumani e degradanti, il principio di effettività della tutela giurisdizionale e il conseguente effetto sospensivo della decisione deve considerarsi prevalente rispetto alle esigenze di sicurezza dello Stato membro. L'esecuzione del provvedimento di rigetto della domanda, in assenza di una previsione che riconosca l'effetto sospensivo in caso di impugnazione, operava dunque in violazione dell'art. 33 della Convenzione di Ginevra, ossia del principio di *non refoulement*⁴³⁷.

La finalità di svilire il diritto di asilo pare confermata anche dagli articoli successivi: mentre l'art. 8 si è occupato della cessazione della protezione internazionale, l'art. 9 ha introdotto nuove limitazioni per le autorizzazioni riconosciute per permanere nel territorio italiano⁴³⁸, inoltre ha previsto una procedura accelerata alla frontiera o in zone di transito nel caso in cui lo straniero fosse stato fermato per aver eluso o aver tentato di eludere i controlli. Tale disposizione, così come dichiarato nella Relazione illustrativa al decreto-legge, sarebbe conforme all'art. 31, paragrafo 8, lett. g) della direttiva 2013/32/UE che riconosce la possibilità allo Stato membro di prevedere una procedura accelerata e/o svolta alla frontiera o nelle zone di transito se la domanda viene presentata al solo scopo di ritardare o eludere l'esecuzione di una decisione di allontanamento. La conformità alla direttiva, in realtà, non è così pacifica in quanto essa, se è pur vero che stabilisce la possibilità di istituire procedure accelerate alla frontiera o in zone di transito, definisce però espressamente i casi in cui essa può essere posta

⁴³⁶ Cfr. F. Venturi, *Il diritto di asilo: un diritto "sofferente". L'introduzione del concetto di «paesi di origine sicuri» ad opera della l. 132/2018 di conversione del c.d. «decreto sicurezza» (d.l. 113/2018)*, cit., p. 170.

⁴³⁷ Cfr. P. Bonetti, *L'evoluzione delle norme e delle politiche del diritto di asilo in Italia e in Europa tra protezione internazionale e asilo costituzionale*, cit., p. 780 ss.; F. Venturi, *Il diritto di asilo: un diritto "sofferente". L'introduzione del concetto di «paesi di origine sicuri» ad opera della l. 132/2018 di conversione del c.d. «decreto sicurezza» (d.l. 113/2018)*, cit., p. 176 ss.; C. Pitea, *La nozione di paese di origine sicuro e il suo impatto sulle garanzie per i richiedenti protezione internazionale in Italia*, cit., p. 628 ss. La disciplina sulle procedure per il riconoscimento della protezione internazionale è stato oggetto di modifica dal d.l. n. 130/2020 (convertito nella l. n. 173/2020).

⁴³⁸ V. art. 9 d.l. n. 113/2018 convertito nella l. n. 132/2018.

in essere; ancora, escludendo ogni automatismo rispetto al mero atto di attraversamento della frontiera, essa stabilisce la necessità di una valutazione della situazione concreta dello straniero, caso per caso⁴³⁹.

Gli ultimi due articoli del capo II oggetto di analisi sono l'art. 13, recante il divieto di iscrizione anagrafica del richiedente asilo, e l'art. 12, che ha modificato il sistema di accoglienza dello SPRAR. Il divieto di iscrizione anagrafica, come si è avuto già modo di analizzare, è stato oggetto di una recentissima pronuncia di illegittimità Costituzionale (Corte Cost. sent. n. 186/2020) per violazione dell'art. 3 sotto il duplice profilo dell'irrazionalità intrinseca e dell'irragionevole disparità di trattamento⁴⁴⁰.

L'art. 12, invece, ha ridefinito completamente il “sistema per richiedenti asilo e protezione internazionale” (SPRAR)⁴⁴¹ rinominato “sistema di protezione per titolari di protezione internazionale e per minori stranieri non accompagnati” (SIPROIMI), in quanto i richiedenti asilo sono stati esclusi dai benefici del sistema di II accoglienza e sono divenuti destinatari solo della prima accoglienza nei centri governativi di prima accoglienza o nei Centri di Accoglienza Straordinaria (CAS), ove vengono garantiti solo servizi essenziali. Attraverso questa modifica normativa si è andati a eliminare il sistema dell'accoglienza per fasi e a scindere l'assistenza dall'accoglienza, per cui quest'ultima e il conseguente percorso di integrazione sarebbero spettati solo a coloro che hanno un titolo definitivo per soggiornare nel nostro Paese, e non a coloro che versano in una situazione caratterizzata dalla temporaneità. Attraverso questa nuova struttura si è passati da un sistema unico e diffuso, a un sistema centralizzato e binario, la cui distinzione si fonda sullo status del soggetto e comporta una conseguente riduzione e differenziazione per quanto attiene ai servizi e agli standard da garantire. Per cui ai richiedenti asilo e protezione internazionale, ospitati nei centri governativi di prima accoglienza e nei CAS, sarebbero stati infatti garantiti i servizi base, mentre nulla veniva previsto per quanto attiene ai servizi all'integrazione e all'assistenza sociale⁴⁴². Un esempio fra tutti riguarda

⁴³⁹ ASGI, *Manifeste illegittimità costituzionali delle nuove norme concernenti permessi di soggiorno per esigenze umanitarie, protezione internazionali, immigrazione e cittadinanza previste dal decreto-legge 4 ottobre 2018*, cit., p. 18 ss.

⁴⁴⁰ V. *supra*, cap. 2, par. 7.

⁴⁴¹ Il sistema previsto dall'art. 14 del d.lgs n. 142/2015 era basato su un sistema di doppia accoglienza: un modello di accoglienza diffuso e distinto per fasi, basato sulla sinergia con gli enti locali, che da numerosi esecutivi è sempre stato definito come il “sistema modello da presentare in Europa”. Tale sistema di accoglienza, costituito dalle strutture temporanee, gli *hotspot*, i centri di prima accoglienza e gli SPRAR ospitava nel complesso 83.681 migranti. Si v. *Dossier Senato Immigrazione, XVII legislatura*, cit., p. 17 ss.

⁴⁴² Si v. *Nuovo schema di capitolato di appalto dei servizi di accoglienza*, inviato ai prefetti con la circolare n. 14810 del 21 novembre 2018. Sul punto in modo più approfondito si veda M. Giovanetti, *La frontiera mobile dell'accoglienza per richiedenti asilo e rifugiati in Italia*, cit., p. 21 ss.

l'assistenza medica e psicologica: nel sistema SIPROIMI veniva ridotta a quattro ore al giorno per ogni migrante, mentre nessuna forma di assistenza medica e psicologica veniva garantita nei centri di prima accoglienza governativa e nei CAS. In vero nello schema di capitolato ci si riferiva alla possibilità che delle esigenze sanitarie ulteriori rispetto al primo soccorso si facesse carico la ASL, ma non veniva prevista né l'attivazione di progetti a riguardo, né si poneva alcun obbligo a carico degli operatori. Inoltre si evidenziava come negli *hotspot* e nei centri per il rimpatrio fosse ammessa l'assistenza giornaliera di un medico e di uno psicologo. Tale differenziazione, oltre che porsi in contrasto con il considerando 8 della direttiva accoglienza, pareva irragionevole: venivano erogati dei servizi a dei soggetti destinatari di un provvedimento di rimpatrio e non a coloro che dovrebbero iniziare un percorso di inclusione⁴⁴³.

L'assetto dell'accoglienza delineato nel 2018 sembra dunque voler sovvertire il sistema precedentemente vigente, che pur con criticità e complessità, garantiva standard di accoglienza e tutele maggiori anche ai richiedenti protezione e non solo ai "protetti".

Ulteriori disposizioni del decreto in esame riguardano il trattenimento dello straniero irregolarmente soggiornante e il divieto di reingresso per lo straniero espulso, tali disposizioni, pur non essendo specificamente riferite all'asilante politico, ad esso si applicano allorché, in seguito a diniego della domanda di protezione internazionale, ne sia disposto l'allontanamento⁴⁴⁴.

⁴⁴³ Sul punto si v. N. Vettori, *Servizio pubblico di accoglienza e diritti fondamentali dei richiedenti asilo. Profili di illegittimità della riforma introdotta dal d.l. n. 113/2018*, cit., p. 144 ss.

⁴⁴⁴ L'art. 2 del d.l. n. 113/2018 convertito nella l. n. 132/2018 ha apportato delle modifiche all'art. 14 del d. lgs. n. 286/1998 andando a prolungare il termine massimo di trattenimento amministrativo nei Centri Permanenti per il Rimpatrio (CPR) finalizzato all'espulsione o al respingimento, che da novanta giorni è stato esteso a centottanta. Il comma secondo fa riferimento alla «tempestiva esecuzione» dei lavori di costruzione e ristrutturazione delle strutture idonee al trattenimento, specificando però al comma 3 che dall'attuazione del dettato del comma 1 «non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica». Come si è già avuto modo di rilevare (v. *supra*, cap. 2, Par. 3), tale estensione pare in contrasto con l'art. 13 della Costituzione, nonché con la finalità di perseguire una maggiore efficienza delle operazioni di rimpatrio. La maggiore compressione della libertà personale, derivante dall'estensione dei termini, non corrisponde infatti, come si è già evidenziato, a una maggiore efficienza o a un maggior numero di operazioni di rimpatrio (v. *supra*, cap. 2, Par. 3). Inoltre, benché il secondo comma faccia riferimento alla necessità di un'immediata esecuzione dei lavori di ristrutturazione e di costruzione delle strutture di trattenimento, ciò avviene a clausola finanziaria invariata, cioè senza che ciò comporti oneri finanziari per lo Stato rendendo, pertanto, improbabile l'esecuzione dei lavori.

L'art. 4 novella l'art. 13, comma 5-*bis*, d.lgs. n. 286/1998, e disciplina forme alternative di trattenimento: nell'ipotesi in cui non vi sia disponibilità nei CPR o nei luoghi ubicati nel circondario del tribunale competente, tale permanenza avverrà «in strutture diverse e idonee nella disponibilità dell'Autorità di pubblica sicurezza». Nel caso in cui sia stato adottato un provvedimento di espulsione con accompagnamento alla frontiera, il giudice può autorizzare il trattenimento in «locali idonei» presso l'ufficio di frontiera fino all'esecuzione del provvedimento,

Il secondo decreto in materia migratoria adottato dal Governo Conte I, noto come “*Decreto sicurezza bis*”, è il d.l. n. 53/2019, convertito nella l. n. 77/2019. In sintonia con il decreto precedente⁴⁴⁵ esso risponde all’esigenza di contrasto dell’immigrazione irregolare al fine di tutelare le esigenze di sicurezza interna e di limitare l’ingresso dei migranti in Italia, anche nell’ipotesi in cui questi si trovino in una situazione di necessità e forza maggiore, quale il naufragio dell’imbarcazione che li porta ad attraversare i confini. Dato l’oggetto della nostra analisi, si concentrerà l’attenzione sui primi due articoli. L’art. 1, rubricato “*Misure a tutela dell’ordine e della sicurezza pubblica e in materia di immigrazione*”, ha introdotto il comma 1 - *ter* all’art. 11 del TUI, secondo il quale il Ministro dell’interno, in concerto con il Ministro della difesa e con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, nella sua attività di coordinamento e fatti salvi gli obblighi internazionali « *può limitare o vietare l’ingresso, il transito o la sosta di navi nel mare territoriale, salvo che si tratti di naviglio militare o di navi in servizio governativo non commerciale, per motivi di ordine e sicurezza pubblica ovvero quando si concretizzano le condizioni di cui all’articolo 19, comma 2,*

e non oltre le quarantotto ore. Nella Relazione illustrativa al decreto viene evidenziata la *ratio* di tale novella: rispondere alla necessità di migliorare il sistema dei rimpatri e garantire il decentramento e la molteplicità dei luoghi del trattenimento. In realtà, le strutture diverse e idonee in cui può essere effettuato il trattenimento, laddove non vi sia disponibilità né nei CPR, né nel luogo in cui viene adottato il provvedimento di allontanamento, non sono espressamente individuati dalla legge, demandando tale individuazione al regolamento di attuazione. Ciò parrebbe porsi in aperto contrasto con la riserva di legge di cui all’art. 13 Cost., per il quale i modi in cui avvengono le limitazioni della libertà personale devono essere espressamente previsti dalla legge (cfr. ASGI, *Le modifiche alla disciplina del trattenimento amministrativo del cittadino straniero, del richiedente protezione internazionale, del cittadino comunitario apportate dal d.l. 113/2018*, cit., p. 2 ss.; ASGI, *Manifeste illegittimità costituzionali delle nuove norme concernenti permessi di soggiorno per esigenze umanitarie, protezione internazionali, immigrazione e cittadinanza previste dal decreto-legge 4 ottobre 2018*, cit., p. 15 ss.). L’art. 5 del decreto ha previsto, novellando l’art. 13 comma 14-*bis* del TUI, che con riferimento al già vigente divieto di reingresso nel territorio nazionale, che tale divieto è registrato dall’autorità di pubblica sicurezza ed è inserito nel sistema di informazione di Schengen. L’art. 5-*bis*, modificando l’art. 10 del d.lgs. n. 286/1998, ha stabilito che il respingimento con accompagnamento alla frontiera è disposto dal questore nei confronti dello straniero che si sia sottratto ai controlli di frontiera e che sia stato fermato all’ingresso o in un momento immediatamente successivo. Allo straniero destinatario di tale provvedimento è fatto espresso divieto di reingresso nel territorio dello Stato, fatta salva una speciale autorizzazione del Ministero dell’interno (contro il respingimento è ammesso ricorso per impugnazione innanzi al giudice ordinario).

⁴⁴⁵ Al riguardo si può sottolineare come, sia nel caso del d.l. n. 113/2018 (convertito nella l. 132/2018) sia nel caso del d.l. n. 53/2019 (convertito nella l. 77/2019), siano state sollevati dei dubbi di legittimità costituzionale con riferimento all’art. 77 Cost., ossia all’utilizzo della decretazione di urgenza sia sotto il profilo dell’“attacco” alla funzione legislativa parlamentare, sia sotto il profilo dell’eterogeneità delle materie trattate. La Corte Costituzionale ha rigettato la questione di illegittimità costituzionale con riferimento all’art. 77 nelle due sentenze in cui è stata chiamata a pronunciarsi sul d.l. n. 113/2018 (convertito nella l. n. 132/2018): la sentenza n. 194/2019 e la sentenza n. 186/2020.

lettera g), limitatamente alle violazioni delle leggi di immigrazione vigenti, della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare[...]. Di seguito, l'art. 2 disponeva il pagamento di una sanzione amministrativa da 150.000 a 1.000.000 €, oltre che la confisca della nave per il comandante che non avesse rispettato il divieto di ingresso. In sede di conversione l'ammontare della sanzione era stato aumentato considerevolmente (originariamente si andava da un minimo di 10.000 € ad un massimo di 50.000 €), e la confisca era prevista solo nel caso di condotta reiterata.

Entrambe le norme del decreto-legge presentano dei rilevanti profili di criticità. L'art. 1 pare una norma con una valenza puramente mediatica, volta a dare una risposta forte di fronte al silenzio europeo con riguardo alla gestione flussi; nei fatti, però, nel riconoscere al Ministro dell'interno la possibilità di interpretare la Convenzione di Montego Bay al fine di limitare le possibilità di ricerca e soccorso in mare, non teneva conto degli obblighi gravanti sull'Italia dalla ratifica di norme di diritto internazionale, che si pongono in una posizione sovraordinata rispetto alla legge. L'art. 2, invece, nel predisporre le sanzioni amministrative nei confronti del "comandante disobbediente", non introduceva alcun criterio che tenesse conto delle diverse tipologie di navi, della condotta concretamente posta in essere, della ragione della presenza di persone a bordo. Tali rilievi critici sono stati espressi anche dal Presidente della Repubblica Mattarella che, in modo analogo rispetto all'emanazione del decreto legge 113 del 2018, ha accompagnato la promulgazione della legge con una lettera nella quale ha palesato numerose *perplexità*, evidenziando ancora una volta l'esigenza di rispetto degli obblighi internazionali da un lato, oltre che i dubbi sulla ragionevolezza delle norme di cui all'art. 2⁴⁴⁶. Tali rilievi critici paiono essere

⁴⁴⁶ «[...]Per effetto di un emendamento, nel caso di violazione del divieto di ingresso nelle acque territoriali - per motivi di ordine e sicurezza pubblica o per violazione alle norme sull'immigrazione - la sanzione amministrativa pecuniaria applicabile è stata aumentata di 15 volte nel minimo e di 20 volte nel massimo, determinato in un milione di euro, mentre la sanzione amministrativa della confisca obbligatoria della nave non risulta più subordinata alla reiterazione della condotta.

Osservo che, con riferimento alla violazione delle norme sulla immigrazione non è stato introdotto alcun criterio che distingua quanto alla tipologia delle navi, alla condotta concretamente posta in essere, alle ragioni della presenza di persone accolte a bordo e trasportate [...], con riferimento, invece, all'art. 1: «[...]la limitazione o il divieto di ingresso può essere disposto "nel rispetto degli obblighi internazionali dell'Italia", così come ai sensi dell'art. 2 "il comandante della nave è tenuto ad osservare la normativa internazionale". Nell'ambito di questa la Convenzione di Montego Bay, richiamata dallo stesso articolo 1 del decreto, prescrive che "ogni Stato deve esigere che il comandante di una nave che batta la sua bandiera, nella misura in cui gli sia possibile adempiere senza mettere a repentaglio la nave, l'equipaggio e i passeggeri, presti soccorso a chiunque sia trovato in mare in condizioni di pericolo"[...]»: si v. *Matterella promulga la legge di conversione del decreto sicurezza bis e scrive ai Presidenti di Senato, Camera e Consiglio dei Ministri*, in <https://www.quirinale.it/elementi/32100>. In modo più approfondito si v. ASGI, *Analisi critica del c.d. "Decreto sicurezza bis" relativamente alle disposizioni inerenti il*

stati recepiti dal recente decreto legge n. 130 del 2020, convertito nella l. n. 173/2020⁴⁴⁷.

Dall'analisi svolta è possibile mostrare come i due interventi legislativi del 2018 si collocano in perfetta linea con le politiche di “tolleranza zero” volte a perseguire un'apparente lotta all'immigrazione irregolare, ma nei fatti fondate sull'assimilazione tra immigrato e criminale, che rappresenta lo straniero come un invasore da respingere, aggirando o superando il necessario e complesso bilanciamento tra due esigenze di pari importanza, la garanzia dei diritti dei soggetti che versano in situazioni di necessità, da una parte, e le esigenze di sicurezza dall'altra.

7. *Il decreto legge del 21 ottobre 2020, n. 130 convertito nella legge 173 del 2020: continuità e innovazione rispetto alla normativa precedente.*

Nell'ottobre 2020 è stato emanato il decreto legge n. 130, che presenta contenuti eterogenei e complessi, che in parte confermano, e in parte innovano l'assetto delineato dagli atti legislativi precedenti. Ciò che può essere rilevato è che il decreto 130/2020 pare rispondere ad istanze più garantiste rispetto alle novelle del 2018, e sembra recepire le perplessità e osservazioni che il Presidente della Repubblica aveva manifestato all'atto dell'emanazione del d.l. n.113/2018 (convertito nella l. n.132/2018) e all'atto di promulgazione della l. n. 77/2019 (di conversione del d.l. n. 53/2019)⁴⁴⁸.

Con riferimento alla nostra analisi rilevano le modificazioni che riguardano i permessi di soggiorno e la loro convertibilità, le procedure di valutazione della domanda di protezione internazionale, e il sistema di accoglienza.

In primo luogo, l'art. 1, comma 1 lett. a) introduce nuovamente l'esplicito riferimento al rispetto degli obblighi costituzionali e internazionali ai sensi dell'art. 5, comma 6 (nella formulazione stabilita dal d.l. n. 113/2018 convertito

diritto dell'immigrazione, in www.asgi.it, 13 settembre 2019, p. 1 ss.; P. Bonetti, *L'insostenibilità costituzionale delle recenti norme sugli stranieri*, cit., p. 662 ss.; A. Travi, *Le nuove leggi sui migranti e l' "altro" diritto*, in *Dir. Pubbl.*, fascicolo 3, settembre – dicembre 2019, p. 682 ss.

⁴⁴⁷ Si v. cap. 3, par. 7.

⁴⁴⁸ Si v. *Decreto immigrazione e sicurezza: Mattarella emana e scrive a Conte*, in <https://www.quirinale.it/elementi/18098>; *Mattarella promulga la legge di conversione del decreto sicurezza bis e scrive ai Presidenti di Senato, Camera e Consiglio dei Ministri*, in <https://www.quirinale.it/elementi/32100>.

in l. n. 132/2018 tale proposizione era stata espunta)⁴⁴⁹. Tale modifica⁴⁵⁰ è stata salutata come una reviviscenza del permesso di soggiorno per motivi umanitari, e come un ritorno ad una visione più estensiva dei presupposti per l'ottenimento della protezione umanitaria; il mancato riferimento ai seri motivi di carattere umanitario (presente nella versione originaria dell'art. 5, comma 6, TUI), infatti, non viene considerata come determinante, stante il principio di solidarietà di cui all'art. 2 Cost.

L'art. 1, comma 1 bis lett. e), novella l'art. 19, comma 1.2, e ha introdotto una nuova ipotesi di divieto di espulsione, estradizione o respingimento nel caso in cui «[...] esistano fondati motivi di ritenere che l'allontanamento dal territorio nazionale comporti una violazione del diritto al rispetto della propria vita privata e familiare [...]»⁴⁵¹. Vi è dunque l'espressa previsione del permesso di soggiorno per protezione speciale che, ai sensi dell'art. 8 CEDU, dà rilievo al processo di integrazione sociale del soggetto; per tale valutazione si terrà conto dell'effettività e della natura dei vincoli familiari dell'interessato, dell'inserimento sociale in Italia, della durata del suo permesso di soggiorno e dell'esistenza di legami sociali e culturali. L'attenzione rivolta al rispetto della vita privata e familiare, dunque, permette di prendere in considerazione l'intera vita del richiedente, nonché il processo di integrazione da questi avviato nel territorio⁴⁵². Nel caso di rigetto della domanda di protezione internazionale, se sussistono i presupposti precedentemente definiti, la Commissione trasmette gli atti al questore per il rilascio del permesso di soggiorno per protezione

⁴⁴⁹ Tale eliminazione è parsa in dottrina irrilevante, stante il carattere precettivo di tali obblighi: sul punto si v. M. Benvenuti, *Il dito e la luna, la protezione delle esigenze di carattere umanitario degli stranieri prima e dopo il decreto Salvini*, cit., p. 17; S. Curreri, *Prime considerazioni sui profili di incostituzionalità del decreto legge n. 113/2018 (cd. Decreto Sicurezza)*, cit., p. 5; è bene rammentare che il necessario rispetto di tali obblighi, indipendentemente dalla loro esplicita previsione, era stato ribadito dal Capo dello Stato all'atto di emanazione del cosiddetto "Decreto sicurezza": «[...]restano "fermi gli obblighi costituzionali e internazionali dello Stato", pur se non espressamente richiamati nel testo normativo, e, in particolare, quanto direttamente disposto dall'art. 10 della Costituzione e quanto discende dagli impegni internazionali assunti dall'Italia.». Cfr. *Decreto immigrazione e sicurezza: Mattarella emana e scrive a Conte*, in <https://www.quirinale.it/elementi/18098>.

⁴⁵⁰ Esso è disciplinato dall'art. 32, comma 3, d.lgs n. 25/2008. La novella del 2020 estende la durata del permesso da uno a due anni.

⁴⁵¹ Art. 1.1 lett. e-I, d. l. n. 130/2020 convertito nella l. n. 173/2020.

⁴⁵² L'esigenza dichiarata dell'intervento normativo del 2018, infatti, era quella di limitare l'ampia discrezionalità amministrativa nella concessione del permesso di soggiorno per motivi umanitari, la cui fattispecie aperta permetteva un'applicazione estensiva. La dottrina ha messo in luce come la portata generale della protezione speciale, ai sensi del d.l. n. 113/2018 convertito nella l. 132/2018, e la consequenziale possibilità di rilascio di un permesso di soggiorno per protezione speciale sarebbe potuta essere agevolmente sovrapponibile, dal punto di vista applicativo, all'abrogato permesso di soggiorno per motivi umanitari. In modo più dettagliato si v. Si v. M. Benvenuti, *Il dito e la luna. La protezione delle esigenze di carattere umanitario degli stranieri prima e dopo il decreto Salvini*, cit., p. 28 ss.; *Supra* cap. 3, par. 4.

speciale⁴⁵³. Inoltre, la questura ha l'obbligo di concedere tale permesso – previo parere della Commissione territoriale – tutte le volte in cui non si possa concedere, per carenza di presupposti, uno specifico permesso richiesto dallo straniero ma sussistano quelli posti alla base del permesso per protezione speciale.

La modifica in esame si pone in linea con la giurisprudenza nazionale e sovranazionale. La Corte EDU ha più volte dato rilievo all'unità familiare e alla vita privata quali elementi fondanti per giustificare la permanenza del cittadino straniero nel territorio europeo. Ai fini della valutazione di tale parametro, la Corte ha tenuto in considerazione la durata del soggiorno, la solidità dei legami sociali e culturali costituiti nel Paese ospitante (svolgimento di attività lavorativa, partecipazione alla vita della comunità, presenza di uno o più familiari), ed ha effettuato un giudizio di comparazione (*fair balancing test*) tra il pregiudizio che lo straniero subirebbe nel caso di allontanamento (per esempio, la rottura dell'unità familiare) e le prospettive di vita nel Paese di origine. Tra tutte le pronunce risulta di particolare rilevanza la sentenza *Slivenko vs. Lettonia*⁴⁵⁴ del 2003, con cui il giudice di Strasburgo, per la prima volta, ha riconosciuto come limite all'espulsione dello straniero non solo il ricongiungimento familiare, ma anche l'integrazione sociale nel Paese ospitante: quest'ultimo elemento – pertanto – deve essere valutato e bilanciato nel quadro delle condizioni di vita privata e familiare ex. art 8 CEDU⁴⁵⁵. Così come la giurisprudenza della Corte EDU, anche la giurisprudenza nazionale ha avuto modo di pronunciarsi sulla rilevanza dell'integrazione sociale ai fini del riconoscimento del permesso di soggiorno per motivi umanitari⁴⁵⁶; tra tutte, si può citare la sentenza della Corte di Cassazione n. 4455/2018⁴⁵⁷ con cui si è presentato, tra gli elementi da cui rileva la vulnerabilità che legittima il riconoscimento della protezione umanitaria, anche il criterio dell'integrazione sociale ai sensi dell'art. 2 della Costituzione e dell'art. 8 CEDU. Tale fattore, pertanto, è valutato nel quadro di un bilanciamento con la privazione dei diritti fondamentali a cui il soggetto andrebbe incontro nel caso di ritorno nel Paese di origine, ossia situazioni di povertà estrema, criticità ambientali o motivi di salute tali da non permettergli il mantenimento delle condizioni di vita attuali, oltre che con un apprezzamento della concreta situazione del soggetto⁴⁵⁸. Come si

⁴⁵³ Art. 19, comma 1.2 come novellato dall'art.1, 1 lett. e) – 2.

⁴⁵⁴ *Slivenko c. Lettonia*, Corte EDU 9/10/2003.

⁴⁵⁵ Sulla giurisprudenza EDU relativa alle condizioni di vita e sociali (ai sensi dell'art. 8 CEDU) si v. E. Castronuovo, *Il permesso di soggiorno per motivi umanitari dopo la sentenza della Corte di Cassazione n. 4455/2018*, in *Dir. Imm. Citt.*, 3, 2018, p. 11 ss.

⁴⁵⁶ Ci si riferisce alla fattispecie vigente prima della modifica apportata dal d.l n. 113/2018, convertito in l. n. 132/2018.

⁴⁵⁷ Cass., I Sez. Civ., 23 febbraio 2018, n. 4455.

⁴⁵⁸ Si v. G. Conti, *Il criterio dell'integrazione sociale quale parametro rilevante per il riconoscimento della protezione umanitaria*, in *federalismi.it*, 29 ottobre 2018, p. 2 ss.; C. Favilli, *La protezione umanitaria per motivi di integrazione sociale. Prime riflessioni a margine della*

è già evidenziato, siffatto orientamento è stato fatto proprio anche da due recenti pronunce del Tribunale di Napoli, con le quali è stata riconosciuta la protezione umanitaria (in base alla disciplina precedente alla modifica normativa del 2018) per la situazione di vulnerabilità verificatasi a seguito dell'emergenza sanitaria da Covid-19⁴⁵⁹.

Al di là della previsione del permesso di soggiorno per protezione speciale, il bacino dei permessi di soggiorno viene ampliato o comunque, nelle ipotesi di permessi già esistenti, vengono estesi i presupposti per ottenerli.

Nel caso di permesso di soggiorno per determinate condizioni di salute ai sensi dell'art. 19, comma 2, lett. *d-bis*, TUI, l'espressione «*condizioni di salute di particolare gravità*» è sostituita da «*gravi condizioni psico-fisiche o derivanti da gravi patologie*». Tale riformulazione permette di estendere la considerazione della situazione medica che, pur se qualificata come grave, risulta essere di più ampio spettro, permettendo una ricognizione che comprende anche alle conseguenze di eventuali patologie, nonché alle condizioni psicofisiche⁴⁶⁰.

L'art. 1, comma 1 lett. *f*) modifica l'art. 20 TUI sul permesso di soggiorno per calamità che è ora rilasciabile non più per solo fatti contingenti ed eccezionali, ma per fatti gravi, e viene inoltre eliminato il limite dei sei mesi precedentemente stabilito per il rinnovo.

Nel caso di minori non accompagnati, il rilascio del permesso di soggiorno per studio, lavoro o accesso al lavoro (al compimento della maggiore età) è subordinato al parere del Comitato per i minori stranieri: la novella del 2020 mantiene tale previsione ma stabilisce che il mancato rilascio non può legittimare il rifiuto del rinnovo del permesso di soggiorno, e che inoltre devono trovare applicazione le disposizioni in materia di silenzio-assenso della pubblica amministrazione⁴⁶¹.

Ancora, nel caso di permesso di soggiorno finalizzato all'ottenimento di cure mediche in Italia ex art. 36 TUI (dunque un'ipotesi differente rispetto all'ipotesi dell'art. 19, comma 2, lett. *d-bis*) viene riconosciuta la possibilità di svolgimento di attività lavorativa, che precedentemente, invece, non era prevista⁴⁶².

sentenza della Corte di Cassazione n. 4455/2018, cit.; E. Castronuovo, Il permesso di soggiorno per motivi umanitari dopo la sentenza della Corte di Cassazione n. 4455/2018, cit., p. 2 ss.

⁴⁵⁹ Cfr., Trib. Napoli, sez. spec. imm., Decreto 25 giugno 2020; Trib. Napoli, decreto del 30 giugno 2020; v. *supra*, Cap. 2, par. 6.

⁴⁶⁰ Con riferimento al riconoscimento del diritto alla salute per lo straniero ci si può riferire alla giurisprudenza costituzionale, in particolar modo alla nota sentenza n. 252 del 2001. In tale pronuncia la Corte stabilisce che anche al non cittadino, pur se non regolarmente soggiornante nel territorio dello Stato, deve essere garantito il "nucleo irriducibile" del diritto alla salute, quale diritto fondamentale della persona, ma viene riconosciuta al legislatore la possibilità di predisporre diverse modalità di esercizio dello stesso. Cfr. Corte Cost., sent. n. 252/2001.

⁴⁶¹ Art. 1, comma 1 lett. *h*.

⁴⁶² Art. 1, comma 1 lett. *i*- 3.

Inoltre, l'art. 1 del decreto prevede, nell'ottica di assicurare maggiore stabilità ai permessi di soggiorno, la loro convertibilità in permessi di soggiorno per lavoro. Tale articolo, aggiungendo il comma 1 all'art. 6 del TUI dispone suddetta conversione nel caso di permesso di soggiorno per protezione speciale, per calamità, per assistenza minori, per lavoro artistico, ricerca scientifica, acquisto della cittadinanza e apolidia e per motivi religiosi. In taluni casi, infatti, la formulazione precedente permetteva lo svolgimento dell'attività lavorativa ma non rendeva possibile la loro conversione in permesso di soggiorno per motivi lavorativi.

Un'altra significativa modifica riguarda le procedure per il riconoscimento della protezione internazionale. In primo luogo l'art. 2 modifica l'art. 28 del d. lgs n. 25/2008, andando a mantenere distinta l'ipotesi di esame prioritario dalla procedura accelerata. In base a tali modifiche, infatti, il Presidente della Commissione territoriale, previo esame preliminare della domanda, determina i casi di trattazione prioritaria e i casi di procedura accelerata (ai sensi dell'art. 28 *bis*). I casi di trattazione prioritaria riguardano: l'ipotesi in cui la domanda sia *verosimilmente*⁴⁶³ fondata, il caso in cui la domanda sia stata presentata da soggetti vulnerabili, o nell'ipotesi in cui essa sia stata presentata ai sensi dell'art. 12, comma 2 *bis*, ossia quando la Commissione territoriale ritiene di avere sufficienti motivi per riconoscere lo status di protezione sussidiaria sulla base degli elementi in suo possesso e omette l'audizione del richiedente proveniente da uno dei Paesi individuati dalla Commissione nazionale di asilo (ai sensi dell'articolo 5, comma 1-*bis*)⁴⁶⁴.

L'art. 2, inoltre, sostituisce l'art. 28 *bis* del d.lgs n. 25/2008 rubricato "procedura accelerata". Sussistono due tipi di procedura accelerata: nel primo caso la questura invia senza ritardo la documentazione alla Commissione territoriale che decide entro cinque giorni: ciò si verifica nell'ipotesi di domanda reiterata, e nel caso in cui si tratti di richiedente sottoposto a trattenimento e ad un procedimento penale per alcuni reati tra i quali figurano quelli contro la personalità interna dello Stato (devastazione, saccheggio, strage, atti volti a generare una guerra civile), contro l'ordine pubblico (associazione mafiosa), contro l'incolumità pubblica (strage)⁴⁶⁵.

Quest'ultima ipotesi, ossia la domanda presentata da un richiedente sottoposto a trattenimento o a procedimento penale per i reati espressamente indicati, era stabilita dall'art. 32 del d.lgs n. 25/2008, introdotto dal decreto legge n. 113/2018 (convertito nella l. n.132/2018), è stata fatta ora confluire tra le

⁴⁶³ Nella formulazione del 2018, invece, si definiva la domanda come "manifestamente" fondata.

⁴⁶⁴ In tal caso, la Commissione prima di adottare la decisione formale comunica all'interessato che questi ha la facoltà di chiedere, entro tre giorni dalla comunicazione, di essere ammesso al colloquio e che in mancanza di tale richiesta la Commissione adotta la decisione.

⁴⁶⁵ Art. 12, comma 1, lett. c), 16, comma 1, lett. *d-bis* d.lgs n. 251/2007.

ipotesi di procedura accelerata. La modifica del 2020, dunque, abroga tale articolo ma nei fatti fa confluire la medesima ipotesi tra quelle “accelerate”, mitigandone semplicemente la previsione. Infatti, ai sensi dell’art. 32 veniva disposta l’immediata audizione del richiedente e la successiva decisione, a seguito della comunicazione da parte del questore alla Commissione, nel caso di rigetto della domanda si disponeva l’obbligo per il soggetto di abbandonare il territorio italiano. Ora, invece, viene garantito un tempo minimo per le procedure e viene riconosciuta la possibilità, nel caso di diniego della domanda, di permanere nel territorio fintanto che il giudice non si sia pronunciato sull’eventuale istanza di sospensione.

Nel secondo caso di procedura accelerata, invece, il questore dispone la trasmissione immediata della documentazione alla Commissione territoriale, che procede all’audizione del richiedente entro 7 giorni e decide nei due giorni successivi. Tale procedura è osservata in talune ipotesi: nel caso in cui il soggetto sia trattenuto in una delle strutture individuate dall’art. 10 *ter* (i punti di crisi) o dall’art. 14 del TUI (i CPR, Centri Permanenti per il Rimpatrio); nel caso in cui il soggetto provenga da un Paese di origine sicuro; nel caso in cui il richiedente sia stato fermato alla frontiera o nelle zone di transito dopo aver cercato di eludere i controlli; nel caso di domanda manifestamente infondata; nel caso in cui il soggetto abbia presentato una domanda reiterata al solo scopo di ritardare o ostacolare l’esecuzione di un provvedimento di espulsione o di respingimento.

Viene inoltre prevista la sostituzione dell’art. 29 *bis* d.lgs n. 25/2008, che nella formulazione precedente prevedeva l’inammissibilità automatica della prima domanda reiterata presentata nella fase di esecuzione di un provvedimento di allontanamento: il nuovo art. 29-*bis*, invece, ripristina la valutazione ad opera del Presidente della Commissione territoriale. Quest’ultimo provvederà ad un esame preliminare entro tre giorni e, nel caso in cui non emergano nuovi elementi, dichiarerà la domanda inammissibile. Tale reintroduzione potrebbe sembrare un elemento di garanzia. Di fatto, però, si riconosce un ruolo esclusivo al Presidente della Commissione, senza che vi sia una decisione collegiale da parte della Commissione: ciò sembrerebbe quindi un semplice passaggio dalla decisione monocratica assunta dal questore (secondo quanto stabilito dalla modifica del 2018) a quella, sempre monocratica, dal Presidente della Commissione. Pertanto, tale modifica parrebbe volta più che altro a dare una cornice di legittimità a una procedura che ha come finalità quella di provvedere all’allontanamento immediato del richiedente dal territorio italiano⁴⁶⁶.

Un’ulteriore modifica che appare costituzionalmente orientata è la reintroduzione, ai sensi dell’art. 4 d.l. n. 130/2020, del sistema di seconda accoglienza per i richiedenti protezione internazionale. La disciplina legislativa

⁴⁶⁶ Sul punto si v. T. V. Santangelo, *Art. 2 del DL 130/2020: Disposizioni in materia di procedure per il riconoscimento della protezione internazionale*, 23 ottobre 2020, in www.asgi.it.

del 2018, come è stato analizzato, aveva istituito il sistema SIPROIMI (in sostituzione del precedente sistema SPRAR), riservato ai soli beneficiari di protezione internazionale, oltre che ai minori e ai soggetti vulnerabili. La novella del 2020 introduce un sistema definito di “accoglienza e integrazione”⁴⁶⁷ caratterizzato da due livelli. Il primo è dedicato ai richiedenti asilo, e il secondo ai beneficiari di protezione internazionale, nei confronti dei quali saranno garantite attività di supporto all’integrazione volte alla formazione linguistica, all’informazione sui diritti e i doveri individuali, e all’orientamento lavorativo a cura delle Amministrazioni competenti, nei limiti delle risorse finanziarie e strumentali disponibili⁴⁶⁸. Benché si guardi con favore alla reintroduzione del sistema di accoglienza a favore dei richiedenti asilo e all’attenzione rivolta per il cammino di integrazione del beneficiario di protezione internazionale, è necessario rammentare che il sistema di seconda accoglienza appare tuttora non pienamente conforme alla dir. 2013/33/UE, che dispone per i richiedenti le medesime condizioni di trattamento in tutte le fasi dell’accoglienza⁴⁶⁹ e stabilisce inoltre, all’art. 17, che le condizioni materiali di accoglienza devono essere tali da garantire un’adeguata qualità della vita, la scolarizzazione⁴⁷⁰, la ricerca del lavoro⁴⁷¹ e la formazione professionale⁴⁷². Nel modello di accoglienza disegnato dal d.l. n. 130/2020, invece, le attività di integrazione sono destinate ai soli beneficiari di protezione e paiono, inoltre, limitate a tre sole attività essenziali. L’esclusione dai servizi per i richiedenti asilo non facilita le dinamiche di integrazione, andando a incrementare il disagio sociale e urbano e il numero di migranti senza occupazione sul territorio⁴⁷³, dimostrando nei fatti come «[...] ogni misura restrittiva che si affianca e restringe le decisioni delle persone migranti sul proprio futuro rischia di restringere in modo abnorme le sue capacità se fa prevalere la difficoltà di gestione dei Paesi di arrivo [...] Così ogni restrizione agli ingressi alla fine può rivelarsi inefficace sul medio e lungo periodo, allorché manchino forme regolari, semplici, veloci e proporzionate alle spinte migratorie,

⁴⁶⁷ Art. 4 d.l. n. 130/2020, convertito nella l. n. 173/2020.

⁴⁶⁸ Cfr. art. 6 d. l. n. 130/2020 convertito nella l. n. 173/2020.

⁴⁶⁹ Il considerando 8 della Dir. 2013/33/UE prevede che «per assicurare la parità di trattamento dei richiedenti nell’Unione, la presente direttiva dovrebbe applicarsi in tutte le fasi e a tutti i tipi di procedure relative alla domanda di protezione internazionale, in tutti i luoghi e i centri di accoglienza dei richiedenti e purché essi siano autorizzati a soggiornare nel territorio degli Stati membri in qualità di richiedenti.»

⁴⁷⁰ V. art. 12 dir. 2013/33/UE (direttiva accoglienza).

⁴⁷¹ V. art. 15 dir. 2013/33/UE (direttiva accoglienza).

⁴⁷² V. art. 16 dir. 2013/33/UE (direttiva accoglienza).

⁴⁷³ Sul punto si v. N. Vettori, *Servizio pubblico di accoglienza e diritti fondamentali dei richiedenti asilo. Profili di illegittimità della riforma introdotta dal d.l. n. 113/2018*, cit., p. 150.

di ingresso e soggiorno per lavoro, ricerca del lavoro, motivi familiari, asilo, studio»⁴⁷⁴.

Un altro elemento critico è il permanere della volontaria adesione dei Comuni ai progetti di accoglienza, mentre, ai sensi dell'art. 118 Cost., sarebbe auspicabile il conferimento della funzione amministrativa di gestione dell'accoglienza ad ogni Comune, con il coordinamento da parte dello Stato e delle Regioni⁴⁷⁵.

Il decreto, ancora, modifica l'art. 5-*bis* del d.lgs. n. 142/2015 e riconosce espressamente il diritto all'iscrizione anagrafica per il beneficiario di permesso di soggiorno o per il richiedente la cui domanda sia stata formalizzata⁴⁷⁶. Tale modifica costituisce il seguito della sentenza della Corte Costituzionale n. 186/2020, che ha dichiarato l'incostituzionalità del divieto di iscrizione anagrafica per il richiedente asilo, stabilita dall'art. 13 del d.l. n. 113/2018 convertito nella l. n. 132/2018 (v. supra, cap. 2 par. 6.1).

Benché non riferita in modo stringente all'asiliante appare sicuramente di rilievo pregnante la modifica introdotta all'art. 3 del suddetto decreto. Questo articolo, infatti, modifica la disciplina del trattenimento stabilita dall'art. 14 TUI, andando a ridurre i termini di quest'ultimo da 180 a novanta giorni⁴⁷⁷.

⁴⁷⁴ Cfr. P. Bonetti, *L'insostenibilità costituzionale delle recenti norme sugli stranieri*, in *Dir. Pubbl.*, fascicolo 3, 2019, p. 656. L'analisi dell'autore è precedente all'emanazione del d.l. n. 130/2020, ma, a parere di chi scrive, le criticità riferite all'esclusione dal processo di integrazione sono agevolmente riferibili al sistema di accoglienza delineato dalla novella normativa del 2020.

⁴⁷⁵ Si v. ASGI, *Alcune luci e molte ombre nel decreto legge n. 130/2020 in materia di immigrazione e asilo: è indispensabile fare subito modifiche importanti*, 4 novembre 2020, reperibile online; in modo affine, pur non riferendosi al sistema di accoglienza del d. l. n. 130/2020 convertito nella l. n. 173/2020, si v. P. Bonetti, *L'evoluzione delle norme e delle politiche del diritto di asilo in Italia e in Europa tra protezione internazionale e asilo costituzionale*, cit., p. 780 ss.

⁴⁷⁶ Ciò comporta il rilascio di una carta di identità della durata di tre anni non valida per l'espatrio. Nel caso in cui il richiedente si trovi presso un Centro di prima accoglienza (CPA) o in un centro di accoglienza straordinario (CAS) l'iscrizione viene effettuata ai sensi dell'art. 5 del Dpr n. 223/1989, secondo la disciplina delle convivenze anagrafiche. Nel caso di variazioni della convivenza il responsabile ha l'obbligo di comunicarlo al competente ufficio anagrafe entro venti giorni dal momento in cui si verifica l'evento: cfr. art. 4, comma 2 lett. a) che sostituisce l'art. 5 *bis* del d.lgs. n. 142/2015.

⁴⁷⁷ Tale termine è prorogabile per altri 30 giorni nel caso in cui il migrante sia cittadino di uno Stato con cui l'Italia ha stipulato un accordo di cooperazione o intese per i rimpatri. Se il soggetto è stato detenuto nelle strutture carcerarie per 90 giorni, il trattenimento potrà essere esteso per altri 30 giorni e prorogato ulteriormente (per 30 giorni) nel caso in cui si tratti di un cittadino di un Paese con cui sono stati stipulati accordi per i rimpatri. Si dispone, inoltre, il trattenimento nel caso in cui non sia possibile procedere immediatamente all'espulsione o al respingimento alla frontiera, se il soggetto è considerato una minaccia per l'ordine pubblico e la sicurezza nazionale, nel caso in cui sia stato condannato – anche con una sentenza non definitiva – per i reati per i quali sia stabilito l'arresto (all'articolo 4, comma 3, terzo periodo, e all'articolo 5, comma 5-*bis*), nonché nel caso di cittadini di Paesi con cui siano stati stipulati accordi di cooperazione o di rimpatrio. Nonostante appaia di chiara ispirazione garantista la riduzione dei termini del

Un ulteriore elemento sui cui il decreto è stato chiamato ad intervenire, anche alla luce delle note indicazioni del capo dello Stato⁴⁷⁸, è la disciplina del divieto di transito o di sosta delle navi nel mare territoriale e delle sanzioni disposte nei confronti delle imbarcazioni che prestano soccorso in mare⁴⁷⁹. La nuova disciplina stabilisce che, nel caso in cui sussistano motivi di ordine pubblico e sicurezza, o nel caso di violazione delle leggi e dei regolamenti di immigrazione vigenti nello Stato costiero (art. 19 Conv. di Montego Bay), il Ministero dell'interno, di concerto con il Ministro della difesa e dei trasporti e informando il Presidente del Consiglio, può limitare o vietare il transito e la sosta, ma non l'ingresso, di navi nel mare territoriale. Ciò non rileva nell'ipotesi in cui si tratti di operazioni di soccorso che vengano immediatamente comunicate al centro di coordinamento competente per il soccorso marittimo e allo Stato di bandiera e che siano effettuate nel rispetto delle indicazioni della competente autorità per la ricerca ed il soccorso in mare. Nel caso in cui vi sia una violazione di tale divieto, viene stabilita la pena della reclusione fino a due anni per il comandante e una multa da un minimo di 10000 ad un massimo di 50000 euro. Dunque vengono eliminate le sanzioni amministrative, la responsabilità solidale dell'armatore con il comandante, la confisca obbligatoria della nave e l'eventuale distruzione dell'imbarcazione, ma permangono le sanzioni penali. Si rileva, inoltre, come il riferimento all'adempimento delle indicazioni dell'autorità competente avrebbe dovuto escludere esplicitamente l'ipotesi in cui queste ultime diano indicazioni contrarie al diritto internazionale, non permettendo alle navi, nel rispetto degli obblighi internazionali, di soccorrere le persone in mare, obbedendo a centri di coordinamento diversi da quello italiano, che potrebbero

trattenimento, talune criticità permangono. In primo luogo, l'allargamento del quadro dei reati per i quali viene legittimato il trattenimento, disposto dalla modifica del 2018, permane. Inoltre, ai sensi dell'art. 6 del d. l. n. 130/2020 convertito nella l. n. 173/2020, si stabilisce che nel caso di reati con violenza a cose o persone durante o a causa del trattenimento e se si tratta di ipotesi per le quali è previsto l'arresto obbligatorio o facoltativo in flagranza, se non è possibile procedervi immediatamente per ragioni di ordine pubblico o sicurezza, sia disposto l'arresto in flagranza differita (entro 48 ore) per colui che risulta essere, anche in base a testimonianze video o fotografiche, l'autore del fatto. In secondo luogo, viene disposta una nuova ipotesi di trattenimento qualora non si possa procedere immediatamente all'espulsione; infine, viene data particolare attenzione, ai fini del trattenimento, all'ipotesi in cui il soggetto sia cittadino di un Paese con cui l'Italia ha stipulato accordi di cooperazione e di rimpatrio. Di contro, in senso sicuramente più garantista, si segnala l'attribuzione al Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale del ruolo di organo di reclamo per le condizioni di vita all'interno dei centri di trattenimento per i migranti: cfr. Art. 14, comma 5 TUI come modificato dalla art. 3, comma 1.3 lett. b).

⁴⁷⁸ Cfr. [Mattarella promulga la legge di conversione del decreto sicurezza bis e scrive ai Presidenti di Senato, Camera e Consiglio dei Ministri, in https://www.quirinale.it/elementi/32100](https://www.quirinale.it/elementi/32100).

A riguardo si rimanda a *supra*, cap. 3, par. 4.

⁴⁷⁹ Art. 1, comma 2 d.l. n. 130/2020, convertito nella l. n. 173/2020.

ordinare di portare le persone soccorse in mare in Paesi in cui avvengono violazioni dei diritti umani⁴⁸⁰.

In conclusione, il decreto legge n. 130/2020 supera talune evidenti criticità dell'intervento normativo del 2018 e presenta una visione più garantista (si pensi alle ipotesi di conversione dei permessi di soggiorno); esso, tuttavia, mantiene vive alcune problematiche riferibili alle normative precedenti. Si pensi, fra tutte, al controverso concetto di Paese sicuro, introdotto nel nostro ordinamento nel 2018 e su cui la novella del 2020, nonostante i dubbi di legittimità costituzionale esistenti, non interviene; si pensi inoltre alla mancata modifica delle procedure accelerate alla frontiera, che potrebbero tradursi in possibili lesioni o riduzioni di tutela del diritto di asilo⁴⁸¹.

⁴⁸⁰ Questo rilievo viene presentato in sede di conversione parlamentare del decreto legge. Si v. *Parere del comitato per la Legislazione*, in Atti parlamentari, Camera dei Deputati, 21 ottobre 2020, reperibile online. Le stesse osservazioni con espresso riferimento al caso libico erano state presentate dall'ASGI. Così ASGI, *Alcune luci e molte ombre nel decreto legge n. 130/2020 in materia di immigrazione e asilo: è indispensabile fare subito modifiche importanti*, 4 novembre 2020, reperibile online.

⁴⁸¹ Così ASGI, *Alcune luci e molte ombre nel decreto legge n. 130/2020 in materia di immigrazione e asilo: è indispensabile fare subito modifiche importanti*, 4 novembre 2020, reperibile online; per un'analisi sulle modifiche apportate dal decreto legge n. 130 del 2020 si v. P. Cognini, *Le modifiche ai decreti-sicurezza*, in www.meltingpot.it; V. Santangelo, *Art. 2 del dl 130/2020: Disposizioni in materia di procedure per il riconoscimento della protezione internazionale*, 23 ottobre 2020, in www.asgi.it; F. Di Pietro, *Il decreto legge 130/2020. Disposizioni urgenti in materia di immigrazione (permessi, espulsioni, sar, cittadinanza)*, 23 ottobre 2020, in www.asgi.it.

CAPITOLO IV

LA CRISI DEL DIRITTO DI ASILO IN EUROPA

Sommario: 1. Il principio di solidarietà ex art. 80 del TFUE. Clausola applicabile nelle sole ipotesi di emergenza o principio ispiratore dei rapporti tra Stati Membri? – 1.1. La Corte di Giustizia e l'interpretazione del principio di solidarietà. – 1.2. Il principio di solidarietà e la sua (in)attuazione nel regolamento Dublino. – 1.3. La portata emergenziale dell'art. 80 TFUE. – 2. Il principale nodo irrisolto del Sistema comune d'asilo europeo: i movimenti secondari. – 2.1. Le proposte di riforma del Sistema Comune di asilo europeo volte a limitare i movimenti secondari. – 2.2. Il fenomeno dei movimenti secondari come paradigma dell'insuccesso del sistema comune di asilo europeo. – 3. La ricollocazione come misura solidaristica in situazioni di crisi. – 3.1. Il fallimento della misura della ricollocazione. – 3.2. Il meccanismo della ricollocazione come tentativo di superamento del Regolamento Dublino e come strumento *ad hoc* nelle operazioni di *Search and Rescue* (SAR). – 4. L'esternalizzazione delle frontiere. – 4.1. I criteri guida dell'esternalizzazione: il concetto di Paese di origine o di transito sicuro e gli accordi con i Paesi terzi. – 4.2. L'accordo tra la Turchia e l'Unione Europea per il contenimento dei flussi irregolari. – 4.3. Il *memorandum* Italia – Libia del febbraio 2017. – 4.4. Considerazioni finali sul fenomeno dell'esternalizzazione delle frontiere.

1. Il principio di solidarietà ex art. 80 del TFUE. Clausola applicabile nelle sole ipotesi di emergenza o principio ispiratore dei rapporti tra Stati Membri?

Lo studio della legislazione a livello europeo ha permesso di evidenziare il *fil rouge* del sistema comune di asilo rappresentato - almeno nella teoria - dal principio di solidarietà di cui all'art. 80 TFUE. Si avrà modo di analizzare come tale concetto non guidi realmente le politiche europee e quali siano i correttivi e le conseguenze di tale latente attuazione.

L'art. 80 TFUE stabilisce che le politiche dell'UE in materia di immigrazione e asilo e la loro attuazione sono governate dal principio di

solidarietà e di equa ripartizione della responsabilità tra gli Stati membri, anche sul piano finanziario. Ogni qualvolta è necessario, gli atti dell'Unione adottati in virtù del presente capo contengono misure appropriate ai fini dell'applicazione di tale principio.

La rilevanza della solidarietà tra Stati è ribadita anche dalla “pietra miliare” del CEAS, il Regolamento Dublino, che nel considerando 25 sottolinea come sia necessario instaurare un equilibrio tra i criteri di competenza (finalizzati all'individuazione dello Stato competente all'esame della domanda di protezione internazionale), ispirato da uno spirito solidaristico⁴⁸².

Sebbene la nostra analisi si concentrerà sulla portata del principio di solidarietà in tema di asilo e immigrazione ex art. 80 TFUE, è bene ribadire che il principio di solidarietà tra Stati⁴⁸³ costituisce una direttiva per tutte le politiche europee⁴⁸⁴. Nell'ambito della politica comune in materia di asilo e immigrazione, il concetto di solidarietà e di equa ripartizione delle responsabilità fa la sua prima apparizione nel Consiglio di Tampere del 1999, per poi acquisire maggiore valore con il programma dell'Aia e con tutti i successivi documenti in materia migratoria⁴⁸⁵. Ciò che caratterizza la storia di tale concetto è la sua portata

⁴⁸² Secondo il considerando 25 REG. 604/2013 «*la progressiva instaurazione di uno spazio senza frontiere interne[...] e la definizione di politiche dell'Unione relative alle condizioni di ingresso e di soggiorno dei cittadini dei paesi terzi [...]rende necessario instaurare un equilibrio tra i criteri di competenza in uno spirito di solidarietà*».

⁴⁸³ La solidarietà infatti opera in tre dimensioni: quella statale che definisce gli obblighi tra i cittadini e i residenti in un dato Stato; quella interstatale che definisce gli obblighi tra Stati e quella transnazionale che opera a livello europeo. Si veda A. Sangiovanni, *Solidarity in the European Union*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2, 2013, p. 217 ss.

⁴⁸⁴ Esso, infatti, opera come principio costituzionale che garantisce l'efficacia e l'applicazione del diritto europeo. Vengono individuate cinque aree nelle quali la solidarietà acquista un ruolo e una funzione diversa: la prima è quella ex art. 4 TUE, ossia garantire l'efficacia del diritto dell'Unione. La seconda riguarda i diritti fondamentali stabiliti dalla Carta dei diritti e dalla Giurisprudenza della Corte di Giustizia: essa in tal caso rileva ai fini dell'accesso agli strumenti di giustizia sociale, e diviene uno strumento per permettere l'esercizio dei diritti sociali. La terza accezione riguarda la libertà di mercato: si giustificano degli ostacoli posti alla regola del mercato unico ai sensi di una solidarietà nazionale. La quarta area riguarda la cittadinanza per cui, per permettere il pieno godimento dei diritti per i cittadini UE sufficientemente integrati nel territorio, si predispongono degli strumenti di solidarietà finanziaria che garantiscano la parità di trattamento. L'ultimo ambito è quello riguardante la concorrenza (artt. 101-106 TFUE), nel quale si definiscono dei meccanismi di solidarietà che sono esclusi dalle norme sulla concorrenza; o ancora, viene utilizzata la solidarietà per giustificare l'applicazione dell'art. 86, par. 2, che permette di non applicare con pieno rigore le regole sulla concorrenza per i servizi di interesse economico generale. Si v. *L'attuazione dell'art. 80 TFUE sul principio di solidarietà ed equa ripartizione della responsabilità, anche sul piano finanziario, tra gli Stati membri nel settore dei controlli alle frontiere, dell'asilo e dell'immigrazione*, in [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2011/453167/IPOL-LIBE_ET\(2011\)453167_IT.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2011/453167/IPOL-LIBE_ET(2011)453167_IT.pdf), p. 30.

⁴⁸⁵ Per un'analisi più approfondita dell'"excursus storico" del principio di solidarietà nei documenti europei si v. G. Morgese, *Solidarietà e ripartizione degli oneri in materia di asilo*

“emergenziale”: nel momento in cui si pone una pressione migratoria incessante verso uno Stato Membro, si aprono le porte della solidarietà. Il primo esempio di tale applicazione risale al 1990. In seguito all’esodo dei migranti dal Kosovo, la Germania fu attraversata da flussi ingestibili, e per tale ragione venne adottata la direttiva sulla protezione temporanea, in attuazione del principio di solidarietà tra Stati. In epoca più recente si è fatto appello a tale principio per adottare strumenti emergenziali volti ad arginare la crisi dei rifugiati del 2015⁴⁸⁶.

Per tale ragione pare necessario in primo luogo chiarire il significato e la portata di tale principio, il suo rapporto con il concetto di responsabilità condivisa, e se esso operi come facoltativo e attuabile in sole situazioni di emergenza, o se invece esso abbia la valenza di principio costituzionale e sovraordinato, per poi valutare la sua effettiva applicazione negli atti europei in materia di asilo.

A tale controverso principio⁴⁸⁷ si è soliti riferirsi in tre accezioni: quella preventiva, volta ad evitare la crisi di uno degli Stati Membri; quella riequilibrante, improntata al riparto delle responsabilità (*burden sharing*⁴⁸⁸) tra tutti gli Stati Membri; una terza, assistenziale, volta a promuovere la cooperazione e a dare appunto assistenza allo Stato gravato da un’ingente flusso migratorio, o da una crisi migratoria⁴⁸⁹.

La prima questione riguardante tale concetto è legata all’indeterminatezza dell’art. 80 TFUE: quest’ultimo, infatti, non fornisce una chiara definizione di ciò che si debba intendere per solidarietà, né pone degli obblighi a carico degli Stati membri. Stante dunque il valore costituzionale della solidarietà, l’attuazione

nell’Unione Europea, in G. Caggiano (a cura di), *Percorsi giuridici per l’integrazione, migranti e titolari di protezione internazionale tra diritto dell’Unione Europea e ordinamento italiano*, Giappichelli editore, Torino, 2014, p. 376 ss. Nella discussione in seno alla Convenzione europea che ha poi approvato il trattato di Lisbona del 2004 si palesa in modo forte la necessità di improntare le politiche in materia di asilo a tale principio, che implica come conseguenza la ripartizione degli oneri tra gli Stati. Si v. Eurasyllum, *L’attuazione dell’art. 80 TFUE sul principio di solidarietà ed equa ripartizione della responsabilità, anche sul piano finanziario, tra gli Stati membri nel settore dei controlli alle frontiere, dell’asilo e dell’immigrazione*, cit., p. 33 ss.

⁴⁸⁶ Si v. M. Wagner, A. Kraler; P. Baumgartner, *Solidarity – an integral and basic concept of the common european asylum system?*, in *CEASEVAL working paper*, 5, 2018, www.icmpd.com, p. 15 ss.

⁴⁸⁷ «[...]solidarity is an essentially manifold and contested concept». Cfr. P. Parusel, J. Schneider, *Reforming the Common European Asylum System: responsibility sharing and the harmonisation of asylum outcomes*, in *Delmi report*, 2017, p. 35.

⁴⁸⁸ Nel corso della trattazione si farà spesso riferimento a tale termine inglese che spesso volte è utilizzato con una connotazione negativa, contrapponendolo alla solidarietà: laddove vi sono dei pesi, degli oneri da sopportare viene meno il concetto di solidarietà. A parere di chi scrive, invero, non sussiste alcuna contrapposizione ma una semplice correlazione tra i due concetti.

⁴⁸⁹ Sul punto v. G. Morgese, *The Dublin system vis-à-vis EU solidarity before the European Court of Justice: the law, the whole law, and nothing but the law*, in G. C. Bruno, F. M. Palombino, A. Di Stefano (a cura di), *Migration issues before international courts and tribunals*, CNR edizioni, 2019, p. 380 ss.

dell'art. 80 TFUE sembra però avere un carattere facoltativo⁴⁹⁰. In concreto, infatti, tale principio pare aver acquisito la veste di mera dichiarazione di intenti, di principio guida capace di piegarsi dinnanzi alle resistenze statali⁴⁹¹. Se da un lato il carattere volontario e flessibile della solidarietà potrebbe essere visto come un elemento che non irrigidisce il sistema e che permette di conseguire, con grande discrezionalità da parte degli Stati e dell'UE, i risultati stabiliti, i provvedimenti concretamente adottati mostrano le falle e le debolezze di tale accezione. Gli esempi che possono essere presentati al riguardo sono due: da una parte, vi è la posizione del cosiddetto “gruppo di Visegrad”, che durante i tentativi di riforma del sistema Dublino, proponeva una forma di solidarietà flessibile, basata sul contributo monetario più che sulla ricollocazione dei migranti (“*sharing money instead of sharing people*”); dall'altra, le operazioni di *Search and Rescue* (SAR). È in questo senso paradigmatica la vicenda accaduta nel giugno 2018 alla nave *Aquarius*, che dopo aver soccorso in mare migranti si vide negare l'attracco sia da Malta che dall'Italia, in un estenuante conflitto risolto solo con l'intervento della Spagna. Tale evento dimostra l'impossibilità di gestire il riparto di responsabilità tra Stati «*with ad-hoc solidarity*», e ribadisce in modo più chiaro la portata facoltativa e flessibile del principio⁴⁹².

Seppure il principio di solidarietà è alla base del sistema del CEAS ed è uno strumento necessario della sua armonizzazione, la stessa architettura del sistema e il suo pilastro, il Regolamento Dublino, paiono porsi in posizione opposta. Al di là dei proclami sanciti dai considerando del regolamento Dublino, il cosiddetto “principio del Paese di primo ingresso” pare di fatto confliggere ontologicamente con il criterio di solidarietà, che è imprescindibilmente legato ad altri due concetti: quello dell'equità (*fairness*) e del riparto di responsabilità e

⁴⁹⁰ Cfr. G. Morgese, *Solidarietà e ripartizione degli oneri in materia di asilo nell'Unione europea*, cit., p. 373 ss.; E. Küçük, *The principle of solidarity and fairness in sharing responsibilities: more than widow dressing?*, in *European law journal* 2016, p. 454 ss.; E. Tsourdi, *Solidarity at work? The prevalence of emergency driven solidarity in the administrative governance of the Common European Asylum system*, in *Maastricht journal of European and comparative law*, 1, 2017, p. 6.

⁴⁹¹ Fin dagli anni Novanta, infatti, veniva proposto un concetto di solidarietà flessibile basato su un approccio fondato sulle responsabilità comuni tra Stati che permettesse a questi di contribuire con modalità e a livelli diversi. A tale accezione è stata affiancata quella di una solidarietà condizionata al raggiungimento dei risultati, ossia al soddisfacimento di certi standard stabiliti dall'Unione Europea. Nell'ambito della misura emergenziale della ricollocazione, per esempio, ciò comporta che il numero dei soggetti ricollocati da uno Stato beneficiario sarà condizionata al rispetto e al raggiungimento di determinati standard europei per ciò che concerne l'integrazione sociale ed economica dei titolari di protezione internazionale. Sulla solidarietà flessibile si v. M. Wagner, A. Kraler, P. Baumgartner, *Solidarity – an integral and basic concept of the common european asylum system?*, cit., p. 16 ss.

⁴⁹² Si v. D. Vitiello, *Il diritto di cercare asilo ai tempi dell'Aquarius*, in <http://www.sidiblog.org/2018/06/29/il-diritto-di-cercare-asilo-ai-tempi-dellaquarius/>. Gli eventi citati saranno oggetti di una puntuale disamina nelle pagine successive.

oneri tra Stati (*responsibility sharing* o *burden sharing*). Il concetto di equità nelle procedure di asilo e nelle condizioni dei richiedenti asilo⁴⁹³, sancito anche dalle conclusioni di Tampere del 1999, importa che tutti i richiedenti asilo devono essere posti nelle condizioni di poter presentare domanda e di aver accesso alle medesime procedure. Il concetto di *responsibility sharing* o *burden sharing* implica una condivisione di responsabilità tra Stati animata dallo spirito solidaristico; quest'ultima formula comporta una connotazione negativa che definisce il sistema di protezione dei richiedenti come gravoso, costoso per gli Stati. Per tale ragione si è proposta la sostituzione del concetto di ripartizione degli oneri con quello di distribuzione e ripartizione dei rischi (« *"Risk" is not a negative charged as "burden"* »⁴⁹⁴). Secondo tale accezione, la distribuzione dei rischi riguarda tre fasi fondamentali: la prima volta a suddividere i rischi legati alla prevenzione e alla risoluzione della crisi dei rifugiati; la seconda riguarda la gestione dei flussi migratori e degli arrivi; la terza riguarda l'accoglienza, cioè la fase successiva all'arrivo. Mentre nelle prime due fasi gli Stati membri guidano e decidono se e come controllare la situazione, l'ultima viene vista come meramente reattiva dagli Stati, come se questi ultimi dovessero solo ricevere e accogliere, senza poter porre un controllo sugli accessi. Invero tutte e tre le fasi paiono complementari e dovrebbero essere accompagnate da una cooperazione interstatale che porti alla condivisione di norme e procedure, alla riallocazione di fondi e finanziamenti, nonché alla ricollocazione dei richiedenti protezione tra gli Stati, attraverso la creazione di un apparato condiviso di norme, incentivi e istituzioni che riduca le distanze tra i vari sistemi di asilo e che crei un sistema di protezione non fondato sulla temporaneità e sull'emergenza, ma che sia permanente e stabile⁴⁹⁵.

Nei fatti, però, l'estrema discrezionalità lasciata agli Stati Membri e alle istituzioni europee fa sì che l'attuazione dell'art. 80 TFUE si sia spesse volte tradotta in una solidarietà meramente finanziaria, inquadrando l'applicazione di tali principi nell'ottica della cooperazione intergovernativa tra gli Stati membri e

⁴⁹³ Art. 79, 1 paragrafo TFUE « *L'Unione sviluppa una politica comune dell'immigrazione intesa ad assicurare, in ogni fase[...] l'equo trattamento dei cittadini dei paesi terzi regolarmente soggiornanti negli Stati membri [...]* ».

⁴⁹⁴ Si presenta l'approccio teorico al riparto degli oneri in materia di asilo come una teoria dei giochi basata sulla distribuzione dei rischi. Il vantaggio di questa comparazione è che permette di tracciare le scelte dei soggetti interessati, gli Stati, in termini di cooperazione e defezione, il lato negativo è che considera gli attori di questo gioco come soggetti che operano sempre in modo razionale e per il fine di massimizzazione degli utili, non tenendo conto del grado di imprevedibilità che accompagna queste scelte. Così G. Noll, *Risky games? A theoretical approach to burden sharing in the asylum field*, in *Journal of refugee studies*, 3, 2003, p. 238.

⁴⁹⁵ Sulla condivisione di norme, fondi e richiedenti (*sharing norms, sharing money, sharing people*) si v. G. Noll, *Risky games? A theoretical approach to burden sharing in the asylum field*, cit., p. 243; sempre sulla necessaria equità nel riparto degli oneri che permetterebbe di superare, o arginare le resistenze statali si v. P.H. Schuck, *Refugee burden-sharing. A modest proposal*, in *Yale law school*, 1997, p. 270 ss.

non della tutela dei diritti fondamentali⁴⁹⁶. In tal modo, dunque, si crea una tensione tra la tutela dei diritti fondamentali da un lato, e le esigenze securitarie dall'altro, minando l'applicazione del principio di solidarietà e di mutua fiducia tra Stati⁴⁹⁷.

1.1. La Corte di Giustizia e l'interpretazione del principio di solidarietà.

Benché l'attuazione dell'art. 80 TFUE paia sempre limitata alle situazioni emergenziali e in balia della discrezionalità degli Stati membri e delle istituzioni europee, ad esso, come già affermato, deve essere riconosciuto il ruolo di principio costituzionale delle politiche europee.

Se, come si avrà modo di analizzare, le scelte legislative e le politiche europee paiono spesso stridere e porsi in opposizione rispetto a tale principio, al contempo anche la Corte di Giustizia, nella sua veste di interprete delle disposizioni di diritto derivato in materia di immigrazione e asilo, svolge un ruolo fondamentale nel definire il principio di solidarietà. Talvolta, infatti, ne ribadisce il valore sovraordinato, ponendolo come base per l'interpretazione del diritto derivato, in quanto «*principles are not only a standard of review under european constitutional law. Principles are also expected to be key interpretative criteria of*

⁴⁹⁶ Con riferimento alla solidarietà di stampo finanziario viene evidenziata la creazione di strumenti volti a sostenere economicamente gli Stati che versino in una situazione di emergenza derivante da un numero ingente di flussi, per esempio: l' *Asylum, Migration and Integration Fund (AMIF)*, the *Internal Security Fund (ISF)*, the *Emergency Assistance Instrument*. Si veda G. Morgese, *Dublin system, "scrooge-like" solidarity and the EU law: are there viable options to the never ending reform of the Dublin III Regulation?*, in *Dir. Imm. Citt.*, fascicolo 3, 2019, p. 87 ss.; Sempre l'autore distingue questo tipo di solidarietà dalla solidarietà "fisica" che ha trovato espressione nelle misure di ricollocazione e reinsediamento stabilite nel 2015, si v. Id, *La riforma del sistema Dublino: il problema della condivisione delle responsabilità*, in *Dir. Pubbl.*, 1, 2020, p. 101 ss.; I. Goldner Lang, *No Solidarity without Loyalty: Why Do Member States Violate EU Migration and Asylum Law and What Can Be Done*, in *European Journal of Migration and Law*, 22, 2020, p. 39 ss. Sul concetto di responsabilità condivisa e riparto degli oneri si v. G. Noll, *Risky games? A theoretical approach to burden sharing in the asylum field*, cit., p. 238 ss.; P.H. Schuck, *Refugee burden-sharing. A modest proposal*, cit., p. 270 ss.; E. Thielemann, *Why refugee burden sharing initiatives fail: public goods, free riding and symbolic solidarity in EU*, in *Journal of Common market studies*, 1, 2018, p. 63 ss.; P. Van Basshuysen, *Towards a fair distribution mechanism for asylum*. in *LSE research online*, 2017, p. 41 ss.; P. Baumgartner, M. Wagner, *Sharing responsibilities in Common European Asylum system*, in CEASEVAL, www.icmpd.com, 4, 2018, p. 4 ss. In riferimento alla scarsa propensione al riparto di responsabilità tra Stati membri, con riferimento alle politiche del governo finlandese si v. O. Wahlbeck, *To share or not to share responsibility? Finnish refugee policy and the hesitant support for a common European asylum system*, in *Journal of immigrant and refugee studies*, 2018, p. 1 ss.

⁴⁹⁷ I. Goldner Lang, *No solidarity without loyalty: why do Member States violate EU migration and asylum law and what can be done?*, cit., p. 8 ss.

secondary law»⁴⁹⁸; talaltra, invece, non fa discendere dall'interpretazione della normativa europea alcun obbligo di solidarietà. A sostegno dell'uno e dell'altro orientamento possono essere presentate tre sentenze: il caso *N.S.*, la causa *Halaf* (30 maggio 2013)⁴⁹⁹, la causa della Slovacchia e dell'Ungheria del settembre 2017⁵⁰⁰.

Il caso *N.S.* si riferisce al rinvio da parte del Regno Unito di sei richiedenti asilo in Grecia, Paese di primo ingresso. La questione sollevata dal giudice inglese riguardava la presunzione assoluta di sicurezza, vigente nel II Regolamento Dublino, che considerava parimenti sicuri i sistemi di asilo di tutti gli Stati Membri, laddove invece erano note le lesioni dei diritti fondamentali e i trattamenti inumani e degradanti attuati in Grecia. Con tale sentenza si è riconosciuto che non tutti i sistemi di asilo possono essere considerati aprioristicamente sicuri, e si è sancito il dovere dello Stato Membro di non trasferire i richiedenti asilo nel Paese di primo ingresso, se quest'ultimo non risulta essere sicuro. Per ciò che concerne la nostra analisi, in questa sentenza – per la prima volta – si è richiamato espressamente il principio di solidarietà di cui all'art. 80 TFUE come correttivo del sistema Dublino: l'esistenza del principio di solidarietà e di equa ripartizione delle responsabilità tra Stati, anche in ambito finanziario, è il paracadute contro le derive negative che tale sistema potrebbe generare⁵⁰¹.

⁴⁹⁸ Cfr. E. Küçük, *The principle of solidarity and fairness in sharing responsibilities: more than widow dressing?*, cit., p. 463.

⁴⁹⁹ C-528/11, *Zuheyr Frayer Halaf*, EU:C:2013:3.342.

⁵⁰⁰ Sentenza *Slovacchia e Ungheria v. Consiglio*, nelle cause riunite C-643/15 e C-647/15.

⁵⁰¹ Sentenza nelle cause riunite (c. 411/10 e c 493/10), par. 93. Benché lo Stato membro chiamato a non effettuare il trasferimento verso la Grecia non sia uno Stato di frontiera, si nota come tale sentenza potrebbe produrre un effetto contrario alla solidarietà, nel caso in cui riguardi proprio gli Stati di frontiera sovraccaricati da domande di protezione internazionale. Infatti il par. 107 della sentenza stabilisce che «[...] l'impossibilità di trasferire un richiedente asilo verso un altro Stato membro dell'Unione che risulti essere lo Stato membro competente in base ai criteri enunciati nel capo III di detto regolamento impone allo Stato membro che doveva effettuare tale trasferimento di proseguire l'esame dei criteri di cui al medesimo capo, per verificare se uno dei criteri ulteriori permetta di identificare un altro Stato membro come competente a esaminare la domanda di asilo». Ciò si traduce – nei fatti – in un onere ulteriore per uno Stato, come quelli di frontiera, già colpito da una forte pressione migratoria. Sul concetto di *anti-solidarity effects*: G. Morgese, *The Dublin system vis-à-vis EU solidarity before the European Court of Justice: the law, the whole law, and nothing but the law*, cit., p. 394 ss.; sempre sulla sentenza *N.S.* si v. M. I. Papa, *Crisi dei rifugiati e principio di solidarietà ed equa ripartizione delle responsabilità tra gli Stati membri dell'Unione Europea*, in *Costituzionalismo.it*, 3, 2016, p. 300 ss.; E. Küçük, *The principle of solidarity and fairness in sharing responsibilities: more than widow dressing?*, cit., p. 452; V. Mitsilegas, *Solidarity and trust in the Common European Asylum System*, in *Comparative migration studies*, 2, 2014, p. 190 ss.

In *Halaf* la Corte è stata chiamata a pronunciarsi sulla clausola di sovranità, al tempo stabilita dall'art. 3.2 del Regolamento Dublino II⁵⁰² in attuazione del principio di solidarietà di cui all'art. 80 TFUE; tale clausola permette ad uno Stato membro di trattare una domanda di protezione internazionale, in particolar modo per motivi umanitari, rinunciando al trasferimento del richiedente nel Paese responsabile. Il caso oggetto della sentenza riguarda il trasferimento, ai sensi del Regolamento Dublino, del ricorrente dalla Bulgaria verso la Grecia, ossia il Paese di primo ingresso⁵⁰³. Date le precarie condizioni di accoglienza greche, il giudice nazionale ha chiesto alla Corte di Giustizia se, non sussistendo ragioni personali tali da giustificare il ricorso alla clausola umanitaria, uno Stato membro potesse essere chiamato a valutare la domanda di protezione internazionale, a fronte della mancata risposta di ripresa in carico della domanda da parte dello Stato competente⁵⁰⁴. La Corte, non menzionando mai il principio di solidarietà, ha riconosciuto la possibilità che uno Stato non competente valuti la domanda di protezione internazionale, pur nell'ipotesi in cui non sussistano le condizioni per invocare la clausola umanitaria. Nel caso di specie, il giudice europeo ha deciso di non collegare il principio di solidarietà alla clausola di sovranità; tuttavia il riconoscimento della possibilità discrezionale di uno Stato di assumere la competenza per la valutazione di una domanda di asilo parrebbe una vera e propria applicazione dell'art. 80 TFUE, una concreta attuazione del principio di solidarietà tra gli Stati⁵⁰⁵.

Il terzo caso riguarda la sentenza del 2017 con cui la Corte ha rigettato il ricorso della Slovacchia e dell'Ungheria contro il provvedimento emergenziale della ricollocazione dei migranti giunti in Italia e in Grecia⁵⁰⁶. Condannando i due

⁵⁰² Oggi la clausola di sovranità è stabilita dall'art. 17 del Regolamento 604/2013 (il cosiddetto Regolamento Dublino III).

⁵⁰³ Questa sentenza è stata emanata in un periodo antecedente alla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo *MSS vs. Belgium and Greece* (del settembre 2011) che di fatto avrebbe bloccato i trasferimenti-Dublino verso la Grecia.

⁵⁰⁴ G. Morgese, *Solidarietà e ripartizione degli oneri in materia di asilo nell'Unione europea*, cit., p. 464 ss. Sempre sulla sentenza *Halaf* si veda V. Moreno-Lax, *Solidarity's reach: meaning dimensions and implications for EU (external) asylum policy*, in *Maastricht journal of European and comparative law*, 2017, p. 754.

⁵⁰⁵ Sul punto si v. M. Carta, *Il criterio dello Stato di primo ingresso, secondo il regolamento Dublino III, in occasione degli interventi di Search and Rescue*, in *Federalismi.it*, 3, 2018, p. 21. L'autore si riferisce all'utilizzo della clausola di sovranità, alla luce del principio di solidarietà, in situazioni critiche quali le operazioni di SAR, stante la riluttanza degli Stati membri a individuare nel proprio territorio il porto sicuro, fatto questo che provoca conseguenze negative per ciò che concerne l'effettività della protezione internazionale. Non applicando il criterio dello Stato di primo arrivo ma tale clausola, si scinderebbe lo sbarco dall'accesso alla protezione internazionale.

⁵⁰⁶ La Slovacchia e l'Ungheria hanno adito la Corte di Giustizia per l'annullamento della decisione sul ricollocazione, adducendo tra i motivi del ricorso: la scelta della base legislativa, asserendo la necessità di una procedura legislativa; le procedure di adozione, e l'incapacità della misura scelta di perseguire il fine della risposta alla crisi migratoria. La Corte, di contro, afferma

Stati al rispetto dell'obbligo di ricollocazione, la Corte di Giustizia ha posto il principio di solidarietà a fondamento degli atti di diritto derivato in materia migratoria (nel caso di specie, delle due decisioni in materia di ricollocazione). Infatti, nel momento in cui uno degli Stati membri versa in una situazione emergenziale, secondo quanto sancito dall'art. 73, paragrafo 3, TFUE, gli oneri derivanti dalle misure temporanee a sostegno di quest'ultimo devono essere ripartiti tra tutti gli Stati membri, in base al principio di equa ripartizione delle responsabilità⁵⁰⁷. La Corte, oltre a evidenziare il ruolo della solidarietà come base dei provvedimenti normativi adottati dall'UE - si noti bene sempre in un'ottica emergenziale e temporanea - rileva al contempo la debolezza di tale principio sul piano pratico e attuativo: il limitato successo delle misure predisposte dall'Unione sarebbe stato causato dalla scarsa condivisione di responsabilità tra Stati e da un pressoché assente spirito solidaristico⁵⁰⁸. In tali sentenze la struttura del regolamento Dublino viene preservata, non venendo messa in luce la sua posizione antitetica rispetto al principio di solidarietà. Quest'ultimo sembra operare come un semplice correttivo dei criteri di competenza del regolamento, attuato – dunque – per colmare e sopperire alle sue carenze.

1.2. Il principio di solidarietà e la sua (in)attuazione nel regolamento Dublino.

Tra tutti i criteri di competenza alla valutazione delle domande di protezione internazionale, è il criterio del “Paese di primo ingresso” a porsi in netta in contrapposizione⁵⁰⁹ con l'art. 80 TFUE e a tradursi in un carico di responsabilità e

che le misure temporanee sono state adottate ai sensi dell'art. 78.3 TFUE, il quale permette di adottare misure che derogano ad atti legislativi, al fine di rispondere con celerità ad una situazione di emergenza e di crisi. Inoltre la Corte non considera le misure manifestamente inadatte alla risoluzione della crisi, in quanto l'effettiva portata delle stesse non poteva essere valutata aprioristicamente dal Consiglio. Si v. sentenze C-643/15 e C-647/15.

⁵⁰⁷ C-643/15 e C-647/15, par. 291.

⁵⁰⁸ Nel caso di specie la Corte di Giustizia ha sostenuto che il limitato numero di ricollocazioni è stato dovuto a numerosi elementi che il Consiglio non poteva prevedere al momento dell'attuazione della decisione, fra tutti la scarsa (o pressoché assente) cooperazione tra Stati. Così C-643/15 e C-647/15. Per un'analisi della sentenza si v. S. Carrera, R. Cortinovis, *Search and rescue, disembarkation and relocation arrangements in the Mediterranean Sailing Away from Responsibility?*, in *CEPS paper in Liberty and security in Europe*, no 10/2019, p. 30; E. Küçük, *The principle of solidarity and fairness in sharing responsibilities: more than widow dressing*, cit., p. 466; E. Cavasino, *Diritti, sicurezza, solidarietà e responsabilità nella protezione della persona migrante*, cit., p. 10 ss.; G. Romeo, S. Penasa, *Sovereignty-based arguments and the European asylum system: searching for a European constitutional moment?*, in *Bocconi legal studies research paper series*, marzo 2020, p. 5 ss.

⁵⁰⁹ «[...] (La) regola dello stato di primo ingresso che, in assenza di altri correttivi efficaci, si mostra come l'antitesi della solidarietà e il risultato di un iniqua condivisione delle

di oneri maggiori per gli Stati di frontiera, naturalmente esposti ad una maggiore pressione migratoria. Tale criterio, dunque, pare ben lungi dall'attuare il principio di condivisione di responsabilità che dovrebbe guidare le politiche migratorie, e crea un effetto domino che porta all'inefficienza dell'intero sistema, oltre che a carenze nella tutela dei diritti dei richiedenti asilo⁵¹⁰. Il sistema Dublino, al di là della forma del suo preambolo, riflette quindi più gli egoismi nazionali che la solidarietà intergovernativa. La solidarietà trova spazio nel Regolamento solo in ipotesi di emergenza (come nel caso del meccanismo di allerta rapido di cui all'art. 33 del regolamento), o viene rimessa alla discrezionalità degli Stati membri (come nel caso delle clausole discrezionali di cui all'art. 17 del regolamento). Il sistema di allerta rapido, di preparazione e di gestione della crisi nel caso di disfunzioni o di forti rischi per il sistema di asilo di uno Stato membro consta di due fasi: una preventiva, in cui lo Stato indica le misure che vuole attuare per evitare il collasso del proprio sistema di asilo, e una successiva, di gestione della crisi. Il sistema definito dall'art. 33 del regolamento è particolarmente complesso, e pone a carico dello Stato interessato la gestione della situazione di crisi, relegando il riparto di responsabilità e la cooperazione a mera facoltà esercitabile dalla Commissione e dal Parlamento che, per tutta la durata del processo, possono presentare orientamenti «*in merito a eventuali misure di solidarietà che ritengano opportune*»⁵¹¹. La clausola di sovranità e la clausola umanitaria, stabilite dall'art. 17 del regolamento, invece, permettono allo Stato, in deroga ai criteri di competenza stabiliti, di esaminare una domanda di protezione internazionale pur se non è di propria competenza. Come si è più volte affermato, la clausola di sovranità potrebbe rappresentare una vera e propria applicazione del principio di solidarietà, ma nei fatti tale clausola, come quella umanitaria, sono applicate (di rado) a discrezione degli Stati; ancora una volta – dunque – la solidarietà cede il passo agli egoismi statali⁵¹².

Concretamente, dunque, il sistema Dublino, e in senso più ampio l'intero sistema comune d'asilo, paiono improntati più ad un “*burdens shifting*” che a un

responsabilità». Cfr. G. Morgese, *La riforma del sistema Dublino: il problema della condivisione delle responsabilità*, cit., p. 99.

⁵¹⁰ È bene rammentare che il Regolamento n. 604/2013 pone dei criteri gerarchici nella determinazione dello Stato competente che, sebbene volti alla tutela del nucleo familiare, sono basati su una concezione dei legami familiari fortemente restrittiva e trovano, tra l'altro, una scarsa applicazione.

⁵¹¹ Art. 33.4 REG. 604/2013. Sul punto si v. M. I. Papa, *Crisi dei rifugiati e principio di solidarietà ed equa ripartizione delle responsabilità tra gli Stati membri dell'Unione Europea*, cit., p. 302 ss.; G. Morgese, *Solidarietà e ripartizione degli oneri in materia di asilo nell'Unione europea*, cit., p. 395 ss.

⁵¹² Al di là dei proclami, il Regolamento Dublino non è stato ideato come un'attuazione del principio solidaristico. In nessun articolo del regolamento, infatti, si fa menzione all'equa ripartizione di responsabilità; l'art. 33, per esempio, nel definire il sistema da attuare in caso di crisi, si riferisce solo al meccanismo di allerta rapido. Sul punto L. Rizza, *La riforma del sistema Dublino: laboratorio per esperimenti di solidarietà*, in *Dir. Imm. Citt.*, 2018, p. 20 ss.

“*burdens sharing*”. La crisi migratoria del 2015 ha messo in luce le difficoltà e contraddizioni interne: di fronte ad una situazione di forte pressione migratoria, il sistema Dublino è risultato fallace ed inefficace, e più che strumento di gestione dei flussi e della crisi è divenuto concausa della stessa, andando ad incrementare la disproporzionata ripartizione degli oneri.

1.3. La portata emergenziale dell’art. 80 TFUE.

La crisi migratoria degli anni Dieci ha messo in evidenza l’inadeguatezza del CEAS per la gestione dell’eccezionale afflusso di stranieri dalla sponda Sud del Mediterraneo. È in questo periodo che la crisi migratoria è divenuta una crisi dei rifugiati: i migranti che giungono in Europa non sono più solo “migranti economici” ma spesso, e in misura maggiore, profughi e sfollati⁵¹³. In questo contesto sono state quindi adottate alcune misure emergenziali. Anche con riferimento a tali misure si è assistito ad una attuazione debole del principio di solidarietà.

Le misure emergenziali mostrano un sistema che è ancorato alla difesa degli interessi nazionali più che volto ad una cooperazione tra Stati membri. I provvedimenti in materia di asilo toccano le sfere di sovranità statale, ossia quei poteri che gli Stati difficilmente riescono ad abbandonare; peraltro, l’implementazione del principio di solidarietà è stata resa ancor più difficoltosa dai rigurgiti di sovranismo di alcuni Stati Membri. Le politiche di stampo sovranista, infatti, si basano sulla nota contrapposizione tra “noi e loro”: da una parte l’*élite* corrotta e dall’altra il popolo⁵¹⁴. Nelle politiche populiste questa contrapposizione si arricchisce dell’elemento xenofobo e anti-immigrazionista⁵¹⁵;

⁵¹³ Il cammino che veniva compiuto da questi ultimi è caratterizzato da diverse tappe: parte dalla Grecia, per poi attraversare la Macedonia, i Balcani e da lì giungere nei diversi Paesi europei. Si veda B. Tonoletti, *Confini, diritti, migrazioni. Catastrofe e redenzione del diritto pubblico europeo*, in F. Cortese, G. Pelacani (a cura di), *Diritto in migrazione. Studi sull’integrazione giuridica degli stranieri*, Napoli, editoriale scientifica, 2017, p. 55 ss.

⁵¹⁴ La costruzione dell’identità nazionale sembra definirsi proprio attraverso questa contrapposizione, in quanto «*to construct the native identity, one needs to delineate the boundaries with other identities*». Cfr. C. Muddle, *Populist radical right parties in Europe*, cit., p. 63.

⁵¹⁵ A riguardo rilevano in particolar modo le politiche del cosiddetto gruppo Visegrad - che include tra gli altri l’Ungheria - pronto difendere le proprie sfere di competenza attraverso la strategia del conflitto e dell’opposizione alle politiche europee (ci si riferisce all’opposizione al riparto delle quote di ricollocazione del 2015). Nei fatti, però, le politiche sovraniste trovano terreno fertile in molti altri Stati europei dove la lotta all’immigrazione viene assunta come paradigma dell’opposizione verso i cosiddetti “poteri forti”, rappresentati nel caso di specie dall’Unione Europea; in modo emblematico possono essere citate le scelte politiche dell’ex Ministro dell’interno Salvini, la politica dei “porti chiusi”, l’introduzione di sanzioni amministrative verso le ONG che operano per il salvataggio in mare o i tentativi di respingimento

l'élite è colpevole di sostenere e incentivare i flussi migratori di massa, ledendo gli interessi dei cittadini⁵¹⁶.

È in questo scenario di crisi che ha preso vita la sospensione dell'accordo Schengen ad opera di molti Stati del Nord Europa, attraverso la reintroduzione dei controlli interni basata sulla clausola di tutela dell'ordine pubblico e l'agenda europea delle migrazioni del 2015⁵¹⁷. La gestione delle frontiere esterne viene ordinariamente demandata ai Paesi di frontiera, in una visione che più che rispondere al principio solidaristico pare improntata a politiche di stampo nazionale e securitario. La stessa Commissione europea nel 2016, nel ribadire la necessità di "un ritorno a Schengen" e la correlazione tra l'assenza di frontiere interne e la definizione di una politica comune in materia di asilo improntata alla solidarietà, sembra comunque demandare l'intera responsabilità agli Stati di frontiera, nel caso di specie alla Grecia, colpevole di non aver gestito e controllato adeguatamente le frontiere esterne e di aver attuato una politica del "lascia passare"⁵¹⁸, non assumendosi la responsabilità di valutare le domande di protezione internazionale di sua competenza⁵¹⁹. Ancora una volta si è rivelata

dei migranti in mare. Questo tipo di politiche di stampo populista rispondono alla necessità di trovare un avversario o una vittima sacrificale, nella nota contrapposizione tra l'élite corrotta e il popolo. Si v. sul punto G. Romeo, S. Penasa, *Sovereignty-based arguments and the European asylum system: searching for a European constitutional moment?*, cit., p. 5 ss.; sul concetto di populismo si v. C. Fusaro, *L'ascesa del populismo in Europa. Italia, la terra promessa*, www.forumcostituzionale.it, 26 agosto 2019, p. 1 ss.; C. Muddle, *Populist radical right parties in Europe*, Cambridge university press, 2007, p. 63 ss.; T. Bale, *Cinderella and Her Ugly Sisters: The Mainstream and Extreme Right in Europe's Bipolarising Party Systems*, in *West European Politics*, V. 26, No. 3, 2003, p. 67 ss.; I. Zielke, F. Stahil, *Flight and asylum: a lack of solidarity and growing populism as challenges to European domestic policy*, in *Konrad Adenauer Stiftung*, 2015, p. 1 ss.

⁵¹⁶ Sul punto C. Muddle, *Populist radical right parties in Europe*, cit., p. 65 ss.; P. Bonetti, *Prime note sulla tutela costituzionale contro il razzismo e la xenofobia*, cit., p. 29 ss.; C. Fusaro, *L'ascesa del populismo in Europa. Italia, la terra promessa*, cit., p. 1 ss.

⁵¹⁷ In funzione della tutela dell'ordine pubblico è possibile disporre una sospensione dell'accordo Schengen, ma nella vicenda del 2015 il riferimento a tale clausola pareva invero una forzatura: si v. B. Tonoletti, *Confini, diritti, migrazioni. Catastrofe e redenzione del diritto pubblico europeo*, cit., p. 52 ss.; C. Favilli, *Nel mondo dei "non-accordi". Protetti sì, purché altrove*, in *Quest. Giust.*, 1, 2020, p. 142 ss.

⁵¹⁸ COMM (2016) 120, *Ritorno a Schengen - tabella di marcia*. La Commissione ha individuato tre settori in cui si era ritenuto necessario intervenire per il ripristino di Schengen: il primo era il rimedio alle gravi carenze greche nella gestione delle frontiere esterne, che rendeva necessario intervenire con un piano di assistenza da parte degli Stati e dell'Unione Europea; il secondo punto era la lotta contro la politica del "lasciar passare", per cui gli Stati Membri devono assumersi la responsabilità di valutare, secondo i criteri di competenza stabiliti dal Regolamento Dublino III, le domande di asilo; il terzo era la sostituzione delle scelte unilaterali di ripristino dei controlli temporanei alle frontiere con decisioni coordinate e comuni basate sul ripristino temporaneo dei controlli.

⁵¹⁹ Cfr. B. Tonoletti, *Confini, diritti, migrazioni. Catastrofe e redenzione del diritto pubblico europeo*, cit., p. 55 ss.; P. Cuttitta, *Confini territoriali e sovraterritoriali dei controlli*

l'iniquità di un sistema che addossa sugli Stati di frontiera, gli «*scudi di Europa*»⁵²⁰, l'onere della gestione dei flussi. La crisi del 2015 ha mostrato in modo palese la debolezza del criterio di primo ingresso e l'assenza di un riparto di responsabilità tra gli Stati Membri.

La crisi migratoria ha rivelato la scarsa efficienza del CEAS, che ad oggi appare sì come un sistema comune, ma costituito da “varianti nazionali”⁵²¹, da cui discende una scarsa tutela dei diritti dei richiedenti asilo. Se le esigenze di sicurezza non possono essere trascurate, esse, però, devono essere bilanciate con la garanzia dei diritti fondamentali: l'ago della bilancia è rappresentato proprio dalla solidarietà tra gli Stati, fondata e basata su un riparto di responsabilità⁵²². Questo pare, ad avviso di chi scrive, l'obiettivo da perseguire, che potrebbe e dovrebbe essere guidato da interventi politico-normativi che si fondino sull'art. 80 TFUE⁵²³. Affinché ciò avvenga la scelta più chiara, manifesta e ovvia sembrerebbe essere quella di abbandonare il principio dello Stato di primo ingresso a favore di un criterio basato sulla tendenziale libera scelta del richiedente asilo, che permetterebbe di superare l'iniquità nella ripartizione degli oneri tra Stati membri e garantirebbe una maggiore tutela dei diritti dei richiedenti.

A riguardo è stato proposto di introdurre il principio di libera scelta da parte dello straniero, ma con alcuni correttivi, ossia un “*regulated free choice model*”. Ai sensi di tale modello, presentato dall'*Expert Council of German foundation on integration and migration*, la domanda di asilo dovrebbe essere valutata nel Paese di frontiera, dove, a seguito del riconoscimento della protezione internazionale al soggetto, verrebbe data allo straniero la possibilità di spostarsi verso un altro Stato, purché vi siano alcune condizioni quali, per esempio, un legame forte con il mercato del lavoro del Paese di destinazione. Inoltre, onde

dell'immigrazione, in *Ragion Pratica*, fascicolo 2, 2009, p. 399 ss.; M. Savino, *La crisi dei confini*, in *Riv. Trim. Dir. Pubb.*, 3, 2016, p. 739 ss.; M. Borraccetti, *La politica europea della migrazione nel periodo 2017-2019: sviluppi e perplessità*, in *Dir. Imm. Citt.*, 3, 2017, p. 14 ss.; Id., *Schengen o dell'Unione europea: rafforzamento o dissolvimento?*, in *Quad. Cost.*, 1, 2016, p. 127 ss.

⁵²⁰ L'espressione, attribuibile alla Presidente della Commissione Europea, è stata pronunciata con riferimento alla Grecia, in occasione di una visita ufficiale nel marzo 2020. Sul punto si v. C. Favilli, *Nel mondo dei “non-accordi”. Protetti sì, purché altrove*, cit., p. 147.

⁵²¹ «[...]a common system of national variants»: così E. Tsourdi, *Solidarity at work? The prevalence of emergency driven solidarity in the administrative governance of the Common European Asylum system* cit., p. 9.

⁵²² I. Goldner Lang, *No solidarity without loyalty: why do Member States violate EU migration and asylum law and what can be done?*, cit., p. 9.

⁵²³ Sul punto G. Romeo, S. Penasa, *Sovereignty-based arguments and the European asylum system: searching for an European constitutional moment?*, cit., p. 12 ss.; I. Goldner Lang, *No solidarity without loyalty: why do Member States violate EU migration and asylum law and what can be done?*, cit., p. 8 ss.; L. Martin, *Waiting (and paying) for Godot: analyzing the systemic consequences of the solidarity crisis in EU asylum law*, in *European Journal of Migration and law*, 2020, p. 59 ss.

evitare che gli asilianti siano portati a muoversi verso gli Stati più ricchi, si propone di stabilire la possibilità di definire un tempo di attesa, tale da permettere allo Stato Membro, investendo nel sistema di protezione e di integrazione, di convincere il richiedente a rimanere nel proprio Paese⁵²⁴. Tale proposta, oltre ad essere eccessivamente limitante per il beneficiario di protezione internazionale, è di difficile realizzazione pratica per diverse ragioni. Al di là delle contrapposizioni esistenti tra gli Stati membri e delle spinte nazionalistiche di taluni di questi, la concreta portata applicativa di tale modello presuppone un sistema fondato su un riparto di responsabilità tra Stati ed una solidarietà, anche finanziaria, che operi come elemento strutturale del sistema; si tratta, pertanto, di una proposta idealmente risolutiva delle criticità del sistema ma inapplicabile dal punto di vista politico.

In ultima analisi, il primo passo da compiere, ad oggi, sembrerebbe il superamento della logica emergenziale e il riconoscimento del valore precettivo e costituzionale del principio di solidarietà, anche per il tramite della giurisprudenza della Corte di Giustizia⁵²⁵. L'obiettivo dovrebbe essere quello di un contemperamento tra tre esigenze fondamentali: la sicurezza interna degli Stati e dell'Europa, la solidarietà e la tutela dei diritti fondamentali dei soggetti maggiormente affetti da tali misure, ossia i richiedenti protezione internazionale.

⁵²⁴ Tale modello è stato presentato nel 2015 dall'*Expert Council of German foundation on integration and migration*, in <https://www.svr-migration.de/en/publications/annual-report-2015/>. Esso viene approfondito nel rapporto DELMI 2017, ove si presentano quattro possibili scenari fondati sulla cooperazione intergovernativa e sulla solidarietà tra Stati. Oltre all'ipotesi già definita del sistema basato sulla libera (ma condizionata) scelta del migrante, si presentano altre diverse possibilità: l'una, la meno ottimistica, è il mantenimento dello *status quo*, ossia il mantenimento dell'attuale sistema con le rispettive quote di responsabilità; che si tradurrebbe in una sempre maggiore pressione per gli Stati di frontiera; la seconda è definita come "*Dublin plus*", secondo la quale solo nel caso in cui uno Stato riceva un numero eccedente di domande di protezione internazionale potrà essere attuato un meccanismo di compensazione; la terza, invece, è basata sull'equa ripartizione di quote tra gli Stati, che comporterebbe il superamento del sistema Dublino a favore di un meccanismo di ripartizione delle quote basato su standard predefiniti, ispirato al modello delle decisioni sul ricollocazione del 2015. Ad oggi, la via seguita sembrerebbe essere quella della preservazione di Dublino a cui, solo in situazioni di emergenza, vengono accostati dei provvedimenti di stampo solidaristico. In modo più approfondito su questo tema si v. B. Parusel, J. Schneider, *Reforming the Common European Asylum System*, cit., p. 124 ss.

⁵²⁵ Per tale ragione proprio le parole dell'art. 80 TFUE sarebbero affette da un peccato originale che ne limita le sue potenzialità. Sul punto G. Morgese, *The Dublin system vis-à-vis EU solidarity before the European Court of Justice: the law, the whole law, and nothing but the law*, cit., p. 406 ss.; sul valore costituzionale del principio di solidarietà si veda anche B. Tonoletti, *Confini, diritti, migrazioni. Catastrofe e redenzione del diritto pubblico europeo*, cit., p. 55 ss.; il giudice, né quello nazionale né la Corte di Giustizia, possono risolvere tutte le questioni concernenti le violazioni dei diritti dei migranti e dei rifugiati in quanto queste, spesse volte, sono la conseguenza di una mancata risposta politica da parte degli Stati e dell'Unione, inoltre, il giudice non può in nessun modo sostituirsi al legislatore europeo: sul punto, in modo più approfondito, v. I. Goldner Lang, *No solidarity without loyalty: why do Member States violate EU migration and asylum law and what can be done?*, cit., p. 4 ss.

Nei fatti, però, gli Stati membri sembrano disposti ad agire solidalmente solo quando si opera al di fuori dello spazio comune⁵²⁶, al fine di esternalizzare i controlli e di gestire i flussi. Al di qua delle frontiere, invece, la solidarietà stenta a trovare la sua dimensione: i movimenti secondari dei migranti che dal Paese di primo ingresso si muovono verso altri Stati europei sono l'esempio più lampante dell'inefficacia dei criteri di valutazione delle domande di asilo e dell'assenza di coordinamento e solidarietà tra gli Stati.

Anche i documenti predisposti nel settembre 2020, che dovranno guidare le scelte e le modifiche alle politiche in materia migratoria dei prossimi anni, sembrano porsi in perfetta armonia con questa prospettiva. Infatti, tra gli obiettivi che l'Unione Europea si pone, vi è quello di un nuovo meccanismo di solidarietà, che permetta il superamento dell'inefficienza del sistema Dublino, e del mancato riparto di responsabilità, il quale sarà però chiamato ad operare «*(in) situations of search and rescue, pressure and crisis*»⁵²⁷. Il “nuovo” meccanismo di solidarietà prospettato, pertanto, pare ripercorrere le strade già tracciate, essendo chiamato ad operare non in modo strutturale, quale attuazione di un principio costituzionale precettivo, ma come strumento *ad hoc*, azionabile in specifiche e temporanee ipotesi: niente di nuovo, dunque, sul fronte dell'applicazione dell'art. 80 TFUE.

2. I movimenti secondari: il nodo irrisolto del Sistema comune d'asilo europeo.

Le criticità del sistema Dublino e in particolar modo del criterio del Paese di primo ingresso mostrano tutta la loro forza in uno dei fenomeni più controversi e combattuti a livello europeo, ossia i movimenti secondari.

Secondo la definizione data dalla Commissione europea, con la formula movimenti secondari si indica il fenomeno per cui i migranti, e nello specifico i

⁵²⁶ Così F. De Vittor, *Respingimenti in mare ed 'esternalizzazione' della protezione: il confine territoriale come limite agli obblighi di tutela*, in M. Meccarelli, P. Palchetti, C. Sotis (a cura di), *Ius peregrinandi. Il fenomeno migratorio tra diritti fondamentali, esercizio della sovranità e dinamiche di esclusione*, EUM edizioni Università di Macerata, 2012, p. 13, dove si rileva che, riguardo alle azioni di cooperazione e solidarietà richieste dall'Italia nel 2011, l'Europa rispose positivamente per ciò che riguarda il sostegno ai controlli alle frontiere esterne, e negativamente con riferimento all'attuazione del sistema di protezione temporanea.

⁵²⁷ Si v. COMM (2020) 609, *A new pact on migration and asylum*. Si avrà modo di analizzare le proposte di riforma presenti in questo documento nel cap. 5, par. 2.

richiedenti asilo e protezione internazionale, si spostano dal Paese di primo arrivo verso un altro per richiedere protezione o ivi stabilirsi⁵²⁸.

Come si avuto modo di mostrare (v. *supra*, cap. 3, parr. 1, 2,3,4), la “lotta ai movimenti secondari” è uno dei *leit motiv* delle politiche europee, partendo dalle Conclusioni del Consiglio europeo di Tampere del 1999 fino a giungere ai documenti più recenti, ossia le proposte di riforma del sistema Dublino del 2016 e l’agenda europea sulle migrazioni del settembre 2020. Ci si soffermerà in seguito sul nesso che lega tale fenomeno alla crisi del sistema d’asilo e alla debole attuazione del principio di solidarietà: per ora pare importante sottolineare lo sforzo che l’Europa ha compiuto nel corso del tempo per tracciare i dati al fine di limitare tale fenomeno.

Nell’impossibilità di arginare tale fenomeno, si è cercato di monitorarlo attraverso il sistema Eurodac. Il regolamento Eurodac (reg. 603/2013), infatti, è basato su sistema di comunicazione tra la banca dati centrale e gli Stati membri, e permette di raccogliere i dati dei cittadini stranieri che risiedono legalmente nel territorio di uno Stato Membro, dei richiedenti asilo e di coloro che sono stati fermati all’atto di attraversamento irregolare della frontiera⁵²⁹. Con riferimento alla lotta ai movimenti secondari, i dati EURODAC riguardano essenzialmente il numero di domande doppie o multiple di protezione internazionale presentate in uno o più Stati⁵³⁰. Nella sostanza ciò fa sì che tale sistema non permetta di ottenere informazioni riguardanti il numero dei soggetti che si muovono all’interno dell’UE da un Paese verso un altro, nel caso in cui non vengano registrati nel Paese di primo arrivo. Pertanto, è sì possibile valutare il numero di domande di protezione internazionale presentate dal singolo migrante, ma non il numero concreto di richiedenti che si muove all’interno del territorio europeo. Nel 2015 con l’instaurazione dell’approccio hotspot, il numero dei soggetti identificati è salito considerevolmente rispetto al passato, fino a giungere nel 2019 a 5.69 milioni, di cui 166 mila corrispondenti ad attraversamenti irregolari della frontiera⁵³¹; tale incremento è sicuramente riconducibile all’orientamento sempre

⁵²⁸ «the movement of migrants, including refugees and asylum seekers, who for different reasons move from the country in which they first arrived to seek protection or permanent resettlement elsewhere». Cfr. https://ec.europa.eu/home-affairs/what-we-do/networks/european_migration_network/glossary_search/secondary-movement-migrants_en.

⁵²⁹ Si ha avuto modo di soffermarsi sul regolamento EURODAC (reg. 603/2013) nel capitolo 3, par. 4.a).

⁵³⁰ Per ciò che riguarda dati delle persone che vengono colte nell’atto di attraversare irregolarmente la frontiera, questi non riguardano i soggetti i minori di 14 anni’ inoltre la loro conservazione non è superiore ai 18 mesi (dal momento del rilevamento) al termine dei quali i dati vengono cancellati. Art. 16 Reg. 603/2013 (regolamento EURODAC).

⁵³¹ Nel 2015 il dato era corrispondente a 4.07 milioni (di cui 491 mila legati ad attraversamento irregolare); nel 2016 509 (661), 2016 5.16 (301), 2018 5.35(170). I dati sono tratti da *Eurodac annual report* 2019, in <https://www.eulisa.europa.eu/Publications/Reports/Eurodac%20->

più duro che la Commissione ha adottato in materia di rilevamento delle impronte digitali⁵³². Il sistema Eurodac, dunque, è strumentale al raggiungimento di uno degli obiettivi principali del Regolamento Dublino, ossia prevenire la prassi delle domande multiple di protezione internazionale presentate in diversi Stati.

Al di là delle valutazioni e delle considerazioni che possono essere mosse sulle ragioni che importano la “mobilità” inter-europea dei richiedenti asilo, ciò che rileva è che essa rappresenta la manifestazione più chiara e forte del fallimento del regolamento Dublino, della scarsa armonizzazione dell’intero sistema, nonché della assenza di forme di responsabilità condivisa e di solidarietà tra gli Stati Membri.

Se da un lato gli elementi costitutivi del CEAS guardano all’armonizzazione come ad uno strumento di lotta ai movimenti secondari⁵³³, dall’altro essi risultano essere insufficienti e inefficaci⁵³⁴. In un sistema come quello vigente, ove il riparto di responsabilità tra gli Stati sembra un obiettivo irrealizzabile, ove gli Stati di primo ingresso subiscono una pressione superiore rispetto agli altri e talvolta presentano dei sistemi di accoglienza e di integrazione deficitari o scarsamente improntati alla tutela dei diritti, il fenomeno dei movimenti secondari diviene anch’esso ordinario. Il sistema Dublino, quindi, dovrebbe operare come deterrente per i movimenti secondari; di contro, paradossalmente, li incentiva⁵³⁵. Si pensi, un esempio fra tutti, al mutuo

[%202019%20Annual%20Report.pdf](#); sul punto si v. M. Wagner, J. Perumadan, P. Baumgartner, *Secondary movements*, in www.icmpd.com.

⁵³² «[...] l’obiettivo del 100% dei migranti in ingresso sottoposti a rilevamento delle impronte va raggiunto senza ulteriori indugi». La comunicazione – riferita allo stato degli hotspot in Italia - chiedeva un intervento chiaro e solido che permettesse l’utilizzo della forza per il corretto svolgimento delle attività negli hotspot «le autorità italiane dovrebbero accelerare gli sforzi, anche sul piano legislativo, per fornire un quadro giuridico più solido ai fini dello svolgimento delle attività presso i punti di crisi, in particolare per consentire l’uso della forza e prevedere disposizioni in materia di trattenimento a più lungo termine nei confronti dei migranti che rifiutano di fornire le impronte digitali». COMM (2015) 679, *Relazione sull’attuazione dei punti di crisi (hotspot) in Italia*.

⁵³³ Si pensi alla direttiva sulle condizioni di accoglienza ove l’armonizzazione «dovrebbe contribuire a limitare i movimenti secondari dei richiedenti dovuti alla diversità delle condizioni di accoglienza» (Dir. 2013/33/UE, considerando 12) o alla direttiva procedure ove si stabilisce che «il ravvicinamento delle norme sulle procedure per il riconoscimento e la revoca della protezione internazionale dovrebbe contribuire a limitar(li)» (Dir. 2013/32/UE, considerando 13) o ancora, alla Direttiva qualifiche che vede nel ravvicinamento dei quadri giuridici lo strumento per arginare tale fenomeno (Dir. 2011/95/UE, considerando 13).

⁵³⁴ Lo stesso Consiglio europeo di Tampere del 1999 vedeva nel sistema Dublino lo strumento atto a limitare tale fenomeno. Questa considerazione operava però in un periodo storico in cui i livelli di armonizzazione delle procedure e dei sistemi degli Stati Membri erano pressoché assenti, e si poneva inoltre come obiettivo del breve periodo.

⁵³⁵ M. Mouzourakis, *We need to talk about Dublin: responsibility under the Dublin System as a blockage to asylum burden-sharing in the European Union*, RSC working paper, 2014. p. 19 ss.

riconoscimento delle sole decisioni negative (riferibili alle domande di protezione internazionale), e non di quelle positive, che potrebbe rappresentare per il richiedente un impulso a spostarsi irregolarmente verso un altro Stato membro. Anche in questo caso il sistema Dublino sembra mostrare tutta la sua debolezza: «*Dublin system is perhaps about something fundamentally different from allocating responsibilities between Member States*»⁵³⁶.

2.1. Le proposte di riforma del Sistema Comune di asilo europeo volte a limitare i movimenti secondari.

Al fine di limitare tale fenomeno l'Unione Europea ha cercato di predisporre delle risposte legislative, attraverso dei tentativi di riforma del CEAS. Tali proposte cominciano a essere formulate nel 2015; il processo ha poi subito una battuta di arresto nel 2018, per poi acquisire nuovo vigore nel settembre 2020, con il nuovo patto europeo sull'immigrazione e sull'asilo.

Per quanto riguarda il regolamento Dublino, la proposta di riforma della Commissione proponeva un rafforzamento del criterio del Paese di primo ingresso come unico Stato competente all'esame della domanda. Infatti l'art. 3 della proposta di Regolamento Dublino IV⁵³⁷ stabiliva il venir meno delle ipotesi di cessazione della competenza nel caso di allontanamento forzato o permanenza al di fuori del territorio dell'Unione, nel caso in cui il trasferimento non avvenisse nei termini stabiliti, nel caso in cui fosse trascorso il termine di 12 mesi dall'attraverso irregolare dalla frontiera, o ancora nel caso in cui il richiedente soggiornasse per periodo di almeno 5 mesi in un altro Stato membro⁵³⁸. Tale proposta mostra sostanzialmente la volontà di rafforzare il criterio del Paese di primo ingresso, senza che rilevi in alcun modo ciò che accade al richiedente e ancor meno la sua volontà. Ciò emerge anche dalle restrizioni proposte con riferimento alle clausole discrezionali: la clausola umanitaria e la clausola di sovranità. La prima veniva ristretta alle sole ipotesi di ricongiungimento legato a vincoli di parentela, e non più per le più comprensive ragioni umanitarie; mentre la clausola di sovranità veniva limitata ai soli motivi familiari e nel solo caso in cui nessun altro Stato si fosse dichiarato competente.

Di particolare rilievo appare la parte riguardante gli obblighi gravanti sui richiedenti protezione internazionale. Tale sistema, dai connotati fortemente

⁵³⁶ M. Mouzourakis, *We need to talk about Dublin*, cit., p. 24.

⁵³⁷ COMM (2016) 270, *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)*.

⁵³⁸ Si v. ASGI, *I nuovi orientamenti politico-normativi dell'Unione Europea. La prospettiva di nuove e radicali chiusure al diritto di asilo*, in www.asgi.it, settembre 2017.

punitivi, rispondeva alla necessità di disincentivare i movimenti secondari attraverso la definizione di un apparato sanzionatorio che stabiliva la procedura accelerata nel caso in cui il richiedente non si trovasse nel Paese di primo ingresso, oltre che il venir meno del diritto alle condizioni di accoglienza, fatta eccezione per quelle ricondotte alle esigenze urgenti e sanitarie, nel caso in cui questi si trovasse in uno Stato diverso da quello competente⁵³⁹. A tali obblighi si aggiungevano quelli stabiliti dalla direttiva qualifiche, che avrebbe disposto un obbligo di soggiorno nello Stato membro che ha concesso la protezione. In tale ottica fortemente restrittiva si collocava, inoltre, la proposta di modifica della direttiva sui lungo soggiornanti: il termine di cinque anni, decorsi i quali ordinariamente si può ottenere, soddisfacendo anche altre condizioni, tale status, sarebbe dovuto decorrere nuovamente qualora il soggetto fosse stato individuato in uno Stato membro diverso da quello che gli ha concesso la protezione⁵⁴⁰.

A tale visione si è contrapposta quella del Parlamento europeo, che sottolineava come il sistema degli obblighi in capo ai richiedenti tracciato dalla Commissione non fosse lo strumento adatto per combattere il fenomeno dei movimenti secondari; inoltre, il rafforzamento del criterio del Paese di primo ingresso, non riconoscendo alcun valore alla scelta del migrante in ordine al Paese in cui chiedere asilo, avrebbe potuto rappresentare addirittura un incentivo, più che un argine a tale fenomeno.

In tre risoluzioni del 2015 e del 2016 il Parlamento europeo ha proposto di percorrere strade differenti⁵⁴¹. Nella risoluzione del settembre 2015, con riferimento alle misure di protezione internazionale per la Grecia e per l'Italia, il Parlamento ha ribadito la necessità di una maggiore informazione nei confronti dei richiedenti asilo, sia per quanto concerne l'accesso alle procedure di asilo, sia con riferimento al divieto di movimenti secondari⁵⁴²; ancora, sempre nel 2015, è stato proposto un sistema improntato al riconoscimento della scelta del migrante, alla valorizzazione dei legami familiari e sociali, quindi alla necessità di dare rilievo ai «*meaningful links of applicants with specific Member States*»⁵⁴³, visti come unica via per contenere il fenomeno.

⁵³⁹ A riguardo viene evidenziato come questa previsione si ponga in contrasto con la giurisprudenza della Corte di Giustizia, che nella causa C- 179/11 aveva ribadito la necessità di un'accoglienza minima fino al trasferimento. Sul punto si v. ASGI, *I nuovi orientamenti politico-normativi dell'Unione Europea. La prospettiva di nuove e radicali chiusure al diritto di asilo*, cit.

⁵⁴⁰ ASGI, *I nuovi orientamenti politico-normativi dell'Unione Europea. La prospettiva di nuove e radicali chiusure al diritto di asilo*, cit.

⁵⁴¹ EU Parliament Resolution of the 12 April 2016: *The situation in the Mediterranean and the need for a holistic EU approach to migration*, http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2016-0102_EN.html.

⁵⁴² EU Parliament Resolution of the 10 September 2015: *Migration and refugees in Europe*, http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2015-0317_EN.html.

⁵⁴³ ECRE 2018, *Asylum at the European Council 2018: outsourcing or reform? Policy paper*, in <https://www.ecre.org/wp-content/uploads/2018/08/Policy-Papers-04.pdf>.

Le discussioni sulla riforma del sistema Dublino, anche in ragione delle forti differenze e opposizioni tra gli Stati Membri non hanno avuto alcun seguito, ma nei documenti europei che, dal 2018 fino ad oggi, hanno definito la politica migratoria europea, l'irrisolto problema dei movimenti secondari mantiene un ruolo primario. Da ultimo, il nuovo Patto europeo sull'immigrazione e sull'asilo del settembre 2020 ipotizza molteplici strumenti volti a limitare il fenomeno dei movimenti non autorizzati. Viene ribadita la necessità di procedere ad una maggiore armonizzazione delle procedure, si propone lo sviluppo di nuove politiche di accoglienza che migliorino le prospettive di integrazione e di lavoro dei richiedenti o titolari di protezione internazionale, disincentivando consequenzialmente i movimenti non autorizzati, e si sottolinea il ruolo cruciale di Eurodac, i cui compiti e poteri dovrebbero essere incrementati. E benché si rilevi come l'assenza di un'equa ripartizione delle responsabilità tra gli Stati sia un incentivo a tale fenomeno, e si sottolinei la necessità di un superamento del sistema Dublino, nei fatti il nervo scoperto di tale sistema, il criterio di competenza basato sullo Stato di primo ingresso, verrebbe mantenuto⁵⁴⁴.

2.2. Il fenomeno dei movimenti secondari come paradigma dell'insuccesso del sistema comune di asilo europeo.

Le proposte di riforma presentate per combattere tale fenomeno paiono quindi di efficacia limitata, non andando a porre rimedio alle cause di tale "mobilità". Nonostante tendano alla valorizzazione dei legami familiari e sociali (come si evince dal patto europeo del settembre 2020⁵⁴⁵), nei fatti ciò che pare assente in tali proposte è un'effettiva armonizzazione delle procedure ed un effettivo rafforzamento della cooperazione tra Stati. Fintanto che l'art. 80 TFUE non opererà come principio direttivo delle politiche europee, ponendosi alla base di interventi strutturali e non emergenziali, i movimenti irregolari dei migranti difficilmente saranno limitati o combattuti⁵⁴⁶. Emblematico in questo senso è il

⁵⁴⁴ «While the current criteria for determining responsibility will continue to apply, the rules on responsibility for examining an application for international protection should be refined to make the system more efficient, discourage abuses and prevent unauthorized movements». Si v. COMM (2020) 609, *A new pact on migration and asylum*.

⁵⁴⁵ Ove tra i criteri del sistema Dublino si riconosce la titolarità del diploma di uno Stato Membro, dunque – come detto – la valorizzazione dei legami sociali, dando in parte seguito alle indicazioni presentate dal Parlamento nel 2017. Si v. C. Favilli, *Il patto europeo sulla migrazione e l'asilo: "C'è qualcosa di nuovo, anzi d'antico"*, 2 ottobre 2020, in <https://www.asgi.it/asilo-e-protezione-internazionale/il-patto-europeo-sulla-migrazione-e-lasilo-ce-qualcosa-di-nuovo-anzi-dantico/>; COMM (2020) 609 *A new pact on migration and asylum*. In modo più approfondito si v. cap. 5, par. 2.

⁵⁴⁶ Si pensi, tra tutti, al ripristino delle frontiere interne in deroga al sistema Schengen verificatosi nel 2015.

caso degli accordi bilaterali che nel 2018 la Germania ha stipulato con alcuni Paesi del Sud Europa (Grecia, Francia, Spagna e Portogallo⁵⁴⁷), al fine di limitare il fenomeno dei movimenti secondari e di stabilire un rapido rientro nei Paesi di primo ingresso. Si tratta di accordi *ad hoc*: quelli conclusi con Francia e del Portogallo sono stati conclusi in base all'art. 36 del Regolamento Dublino⁵⁴⁸; quelli con Grecia e Spagna sono accordi informali perfezionati attraverso uno scambio di lettere. All'interno dell'area Schengen, pertanto, si stabiliscono procedure di rimpatrio attraverso l'introduzione di controlli ai confini tedeschi e austriaci, finalizzati al rimpatrio dei migranti che, dal Paese di primo ingresso, si muovono verso diversi Stati europei⁵⁴⁹. Anche l'utilizzo di queste «*bricolage solutions*»⁵⁵⁰ è espressione della paralisi del sistema e della tendenza degli Stati ad arginarne l'inefficienza attraverso soluzioni contingenti e limitate.

Invero, la riduzione dei movimenti secondari può attuarsi solo nel momento in cui si giunge ad una maggiore armonizzazione delle procedure, e a paritarie condizioni di accoglienza tra i diversi sistemi degli Stati membri⁵⁵¹. Al contempo, però, tale modifica, benché importante al fine di limitare tale fenomeno, dovrebbe legarsi inscindibilmente alle scelte del migrante e alle motivazioni personali che lo portano muoversi⁵⁵², che sono differenziate, complesse e di difficile valutazione a priori. Infatti, il fenomeno migratorio, così come la “scelta” del Paese di destinazione, è influenzata da fattori differenti e controversi, solitamente distinti tra *push factors* e *pull factors*. Nel primo caso si tratta delle cause che portano i soggetti a muoversi e a emigrare, si pensi ai conflitti, alle guerre, alle condizioni di povertà estrema; mentre i *pull factors* sono quelle ragioni che spingono i soggetti a scegliere uno Stato più che un altro, quali, le condizioni di accesso al mercato del lavoro e al *welfare* statale, la presenza di vincoli familiari o di una rete di conoscenze, l'esistenza di legami culturali, linguistici o di legami post-coloniali tra i Paesi. Invero, si discute fortemente sulla portata e sulla loro rilevanza non solo nella scelta di migrare, ma anche nell'elezione dello Stato di destinazione, e se quest'ultimo elemento sia in una

⁵⁴⁷ La Germania tentò di concludere tale accordo anche con l'Italia, incontrando però l'opposizione del Governo Conte I.

⁵⁴⁸ Secondo tale articolo, gli Stati membri possono concludere tra loro accordi bilaterali relativi alle modalità pratiche di attuazione del Regolamento per garantirne l'attuazione.

⁵⁴⁹ In modo più approfondito si v. L. Marin, *Waiting (and Paying) for Godot: Analyzing the Systemic Consequences of the Solidarity Crisis in EU Asylum Law*, cit., p. 63 ss.

⁵⁵⁰ Cfr. L. Marin, *Waiting (and Paying) for Godot: Analyzing the Systemic Consequences of the Solidarity Crisis in EU Asylum Law*, cit., p. 64.

⁵⁵¹ M. Takle, M. L. Seeberg, *All European countries are not the same! The Dublin Regulation and onward migration*, in *Europe rapport 2015*, p. 22.

⁵⁵² «*An interplay of various factors*»: così M. Wagner, J. Perumadan, P. Baumgartner, *Secondary movements*, cit., p. 15 ss.

scelta consapevole o meramente casuale⁵⁵³. Tra questi fattori, a titolo esemplificativo, un ruolo fondamentale è sicuramente svolto dai legami familiari, definiti come *social networks*. Questi vengono solitamente distinti in legami diretti (*personal networks*), ossia familiari, amici, parenti e legami indiretti (*distant relations*), dati dall'appartenenza ad una data etnia o nazione, e acquistano importanza non solo nella "scelta" del Paese di destinazione, ma anche come un importante sistema di raccolta delle informazioni per i migranti, addirittura più rilevante delle fonti ufficiali⁵⁵⁴. Dare comprovata importanza a l'uno più che all'altro fattore pare complesso. Le ragioni che portano il singolo soggetto a individuare un potenziale Stato di destinazione sono fin troppo differenti e difficilmente catalogabili: talvolta è l'esistenza di legami familiari a rilevare; talaltra il ruolo ricoperto dai trafficanti, oppure il tempo trascorso nei Paesi di transito e le differenti informazioni raccolte.

Proprio per tale ragione sarebbe necessario valorizzare la cooperazione tra gli Stati membri e i richiedenti protezione internazionale, all'interno di un sistema che prenda in considerazione la scelta del singolo richiedente asilo e che dia rilievo alla sua volontà. Allo stesso modo opererebbe in senso positivo l'introduzione del diritto di richiedere protezione altrove o del mutuo

⁵⁵³ Vedi P. James, L. Mayblin, *Factors influencing asylum destination choice: a review of the evidence*, in *The University of Sheffield, working paper 04/16.1*, 2016, in <https://asylumwelfarework.files.wordpress.com/2015/03/factors-influencingasylumdestinationchoice-working-paper.pdf>; H. Crawley, *Chance or choice? Understanding why asylum seekers come to UK*, in *refugee council.org*, 2010, p. 13 ss.; M. Boyde, *Family and personal networks in international migration*, in *The International Migration Review*, Vol. 23, No. 3, autumn 1989, p. 638 ss.; A. Gilbert, K. Koser, *Coming to UK: what do asylum seekers know about the UK before arrival?*, in *Journal of ethics and migration*, 20 August 2006, p. 1209 ss.; K. Kuschminder, J. Waider, *At Europe frontline: factors determining migrants decision making for onward migration from Greece and Turkey*, in *Migration and development*, 23 April 2019, p. 188 ss.; A. Munteanu, *Secondary movements in Romania: the asylum migration nexus*, in <https://www.unhcr.org/research/working/4766521e2/secondary-movement-romania-asylum-migration-nexus-alison-munteanu.html>; E. Neumayer, *Asylum destination choice: what makes some European Western countries more attractive than others?*, in *European Union Politics*, Vol. 5, n. 2, p. 155 ss.; M. Collyer., *The Dublin regulations influences on asylum destinations and the exception of Algerians in the UK*, *Journal of Refugee Studies* 17(4), 2004, p. 375 ss.

⁵⁵⁴ Sebbene i *social networks* non operino come fattore determinante nella individuazione dello Stato, essi rappresentano sicuramente la migliore fonte di informazione che può influire sul profilo decisionale (*migration decision making*) sotto tre aspetti: *migration selectivity*, dunque come *pull factor*, un criterio per scegliere se migrare o meno; *migration timing*, ossia la scelta del momento in cui migrare, l'esempio proposto è il caso del padre che decide di far partire prima il figlio ed eventualmente raggiungerlo in un momento successivo; e infine, il *migration channelling*, ossia influenzare la scelta della destinazione sulla base della presenza di una rete di conoscenze e/o legami. In modo più approfondito si v. K. Koser, C. Pinkerton, *The social networks of asylum seekers and the dissemination of information about countries of asylum*, cit., p. 10 ss.

riconoscimento delle decisioni positive⁵⁵⁵, così come il riconoscimento ai beneficiari di protezione internazionale del diritto di muoversi liberamente all'interno dell'Unione Europea. Si tratterebbe, in tal caso, di una variante “moderata” della direttiva per i soggiornanti di lungo periodo, per cui il beneficiario di protezione internazionale otterrebbe il permesso UE di lungo periodo dopo tre invece che cinque anni, e ciò permetterebbe ai beneficiari di circolare liberamente nel territorio dell'Unione Europea; inoltre si garantirebbe al contempo un concreto riparto di responsabilità tra Stati, in quanto su quelli di frontiera permarrebbe l'obbligo di accoglienza e di integrazione, ma per un periodo di tempo più limitato. Tale sistema potrebbe essere infine completato da un sistema di solidarietà finanziaria a sostegno dei Paesi di frontiera, o si potrebbe pensare all'attribuzione ai beneficiari di una libertà di movimento “ultra-trimestrale”, subordinata ad un'offerta di lavoro in uno Stato membro diverso da quello di protezione⁵⁵⁶. Ad oggi, tale possibilità non è riconosciuta ai beneficiari di protezione internazionale, e ciò oltre che indirettamente mostrare la «*riluttanza dell'Unione a sostenere un sistema di asilo uniforme*»⁵⁵⁷, pare qualificarli come cittadini di terza classe, destinatari di forme di inclusione minore rispetto – per esempio – ai migranti altamente qualificati⁵⁵⁸.

Dunque, al fine di limitare tale fenomeno, le strade percorribili sembrerebbero ricondursi sempre al principio di solidarietà di cui all'art. 80 TFUE, nonché ad una concezione più umanitaria della protezione internazionale, dove la volontà del beneficiario di protezione internazionale acquista un rilievo pregnante e diviene essa stessa strumento di maggiore armonizzazione del sistema.

⁵⁵⁵ Ad oggi il mutuo riconoscimento avviene solo nel caso di decisione negativa: si v. G. Morgese, *La riforma del sistema Dublino: il problema della condivisione delle responsabilità*, cit., p. 113 ss.

⁵⁵⁶ In modo più approfondito si v. A. Morgese, *La riforma del sistema Dublino: il problema della condivisione delle responsabilità*, cit., p. 113 ss.; ECRE, *Mutual recognition of positive asylum decisions and the transfer of international protection status within the EU*, novembre 2014, in www.erce.org; V. Mitsilegas, *Humanizing solidarity in European refugee law: the promise of mutual recognition*, in *Maastricht Journal of European Comparative Law*, 2017, p. 721 ss.

⁵⁵⁷ «[...]the Union's reluctance to endorse a uniform asylum status» (traduzione mia). Così. M. Mouzourakis, *We need to talk about Dublin*, cit., p. 20.

⁵⁵⁸ M. Mouzourakis, *We need to talk about Dublin*, cit., p. 20 ss.

3. *La ricollocazione come misura solidaristica in situazioni di crisi.*

In questo paragrafo si analizzerà la misura della ricollocazione, espressione di una solidarietà *ad hoc* nata come risposta alla crisi del 2015 e che ha poi trovato applicazione, a partire dal 2018, in occasione degli sbarchi nei Paesi del Sud Europa, in particolar modo in Italia. Si verificherà se tale misura sia efficace al fine di gestire la singola e limitata situazione emergenziale, o se essa possa essere attuata come uno strumento di equa ripartizione delle responsabilità tra gli Stati, che potrebbe portare al superamento del sistema Dublino.

Come si è avuto già modo di analizzare, nel 2015 la crisi migratoria ha chiamato l'Unione Europea ad un intervento emergenziale a sostegno dell'Italia e della Grecia, ossia i Paesi di frontiera maggiormente sottoposti alla pressione migratoria. In tale contesto si colloca l'Agenda europea sull'immigrazione del 2015, che disponeva diverse soluzioni, tra le quali – appunto - la ricollocazione di quote di migranti dai Paesi sotto pressione verso gli altri Stati Membri. La misura ha poi acquistato una forza giuridica vincolante attraverso due decisioni: la n. 1573 e la n. 1601 del 2016. Quest'ultima ha seguito di poco la n. 1573 apportando, però, alcune modifiche: la n. 1573 era legata infatti ad un riparto di quote basato sulla volontaria disponibilità degli Stati membri, e poneva come obiettivo la ricollocazione di 40.000 richiedenti; la decisione n. 1601, invece, si basava su un meccanismo automatico e riguardava 120.000 richiedenti⁵⁵⁹.

Si procederà quindi all'analisi del provvedimento, per poi focalizzare l'attenzione sulle sue criticità e sulle ragioni del suo insuccesso.

La ricollocazione è definita come una misura temporanea, il cui fondamento giuridico è rappresentato dall'art. 78, paragrafo 3 e dall'art. 80 TFUE, e opera in deroga ad alcune disposizione dal Regolamento Dublino⁵⁶⁰ al fine di «*aiutare gli Stati membri ad affrontare meglio una situazione di emergenza caratterizzata da un afflusso improvviso di cittadini di paesi terzi*»⁵⁶¹.

Per quanto attiene all'ambito di applicazione si è assistito ad una sorta di predeterminazione basata sulla nazionalità, per cui hanno potuto essere ammessi alla ricollocazione solo i richiedenti appartenenti ad una nazionalità per la quale le percentuali di decisioni di riconoscimento è pari o superiore a 75% delle decisioni totali dello Stato Membro. Si tratta, ovviamente, di soggetti che hanno presentato

⁵⁵⁹ Prima del 2015 l'UE aveva già sperimentato lo strumento della ricollocazione: ci si riferisce ai progetti pilota EUREMA I (2009-2011), e EUREMA II (2012-2014), volti alla ricollocazione non di richiedenti bensì di titolari di protezione internazionale da Malta verso altri Stati membri. Tale progetto permise di ricollocare 255 persone verso dieci Stati membri. Sul punto v. <http://www.resettlement.eu/page/intra-eu-relocation>.

⁵⁶⁰ L'art. 13, par. 1, del regolamento, che stabilisce il criterio del Paese di primo ingresso, nonché gli artt. 21, 22, 29 riguardanti la presa a carico e la sua procedura.

⁵⁶¹ Art. 1 dec. n. 1573/2015.

domanda di protezione internazionale in uno dei due Stati beneficiari delle misure, ed erano stati sottoposti al prelievo delle impronte digitali⁵⁶². Tale criterio pare limitante e restrittivo, in quanto fonda la ricollocazione sull'effettiva possibilità che ai soggetti sia riconosciuta la protezione internazionale, in ragione della nazionalità. I richiedenti asilo di nazionalità non "eleggibili" facilmente potrebbero tentare di sottrarsi all'identificazione e muoversi irregolarmente verso altri Stati, incrementando il volume dei movimenti secondari. Una modalità così restrittiva, limitata a talune nazionalità necessiterebbe, infatti, di un maggior grado di armonizzazione delle procedure di riconoscimento delle domande a livello europeo, ove, invece, i tassi di riconoscimento della protezione operano a geografia variabile e presentano differenze tra nazionalità⁵⁶³.

Per quanto attiene alla procedura, la ricollocazione comporta l'obbligo per gli Stati membri di individuare un punto di contatto nazionale, che deve essere comunicato agli Stati e ad EASO (*European Asylum Support Office*), e l'obbligo di indicare ogni tre mesi il numero di soggetti che possono ricollocare nel proprio territorio. L'Italia e la Grecia, ossia gli Stati beneficiari, devono procedere all'identificazione dello straniero, e a seguito di tale individuazione provvedono con la "massima tempestività" alla ricollocazione del singolo migrante. Il trasferimento deve concludersi entro due mesi dal momento in cui lo Stato di destinazione fornisce le informazioni sul numero di soggetti da ricollocare; una volta completato il trasferimento, lo Stato di destinazione acquista la competenza a valutare la domanda di protezione internazionale del soggetto⁵⁶⁴. Nella sua prima fase di attuazione tale procedura ha risentito dell'urgenza con cui le decisioni sono state assunte, per cui le procedure e le modalità di realizzazione delle strutture necessarie per la ricollocazione sono state definite solo in un

⁵⁶² Art. 3.1 e 3.2 dec. n. 1601/2015. Per quanto attiene la ripartizione delle quote, invece essa avviene sulla base di criteri oggettivi, che tengono conto della popolazione complessiva, del PIL totale, del tasso di disoccupazione e del numero di domande di asilo presentate.

⁵⁶³ I dati del 2018 sono al riguardo emblematici: a dispetto dei 160.000 posti disponibili (40.000 stabiliti dalla decisione 1573 e 120.000 dalla decisione 1601), il numero di ricollocazioni nel 2018 corrisponde a 34.500. Cfr. <https://eea.iom.int/relocation>. Nel 2020 il programma di ricollocazione, a causa dell'emergenza sanitaria, ha subito una sospensione. *Supra* cap. 3, par. 3. Si v. *Asylum, relocation, and return of migrants: Time to step up action to address disparities between objectives and results*, 2019, p. 22 ss., in <https://www.eca.europa.eu/en/Pages/DocItem.aspx?did=51988>; sul punto si veda inoltre G. Morgese, *La riforma del sistema Dublino: il problema della condivisione delle responsabilità*, cit., p. 101; M. Di Filippo, *Le misure sulla ricollocazione dei richiedenti asilo adottate dall'Unione Europea nel 2015, considerazioni critiche e prospettive*, in *Dir. Imm. Citt.*, n. 3-4, 2015, p. 37 ss.; S. Peers, *Relocation of asylum-seekers in the EU: law and policy*, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2015/09/relocation-of-asylum-seekers-in-eu-law.html>.

⁵⁶⁴ Artt. 4 e 5 dec. n. 1601/2015. Vengono anche disposte delle misure di sostegno finanziario (art.10) sia a favore degli stati di destinazione, i quali riceveranno 6000 euro per ogni soggetto ricollocato, sia a favore degli stati beneficiari, che riceveranno una somma forfettaria pari a 500 euro.

momento successivo (nell'estate del 2016), comportando un rallentamento nell'attuazione della misura. Al di là di questo *deficit* originario, la procedura pare comunque particolarmente complessa e farraginosa: all'obbligo di definire ogni tre mesi la capacità di ricollocamento corrisponde una forte discrezionalità statale in merito all'ammissione dei soggetti, e ciò ha reso il procedimento, teoricamente tempestivo e rapido, lento e macchinoso⁵⁶⁵.

La decisione produce effetti obbligatori per tutti gli Stati, pur se in modo differente: da un lato fa sorgere un obbligo di risultato per la Grecia e per l'Italia, che devono presentare al Consiglio e alla Commissione una tabella di marcia (*roadmap*) riguardante la predisposizione delle misure necessarie a garantire l'attuazione della decisione, *in primis* quelle inerenti all'identificazione dei migranti (art.8); dall'altro, sugli altri Stati grava un obbligo di ricollocazione sanzionabile con la procedura di infrazione, pur se mitigato da alcune previsioni derogatorie (per esempio, nell'ipotesi in cui uno di questi Stati versi in una situazione emergenziale derivante da un afflusso eccessivo, la sua partecipazione all'attuazione della misura potrà essere sospesa)⁵⁶⁶. Il mancato ottemperamento di tali obblighi comporta l'applicazione di sanzioni: gli Stati beneficiari che non predispongono la tabella di marcia potranno andare incontro alla sospensione della misura per tre mesi, prorogabile per altri tre a seguito della decisione della Commissione; di contro, gli Stati di ricollocazione che non rispettino l'obbligo della ripartizione delle quote di migranti saranno sottoposti alla sola procedura di infrazione. Tale sistema pare sbilanciato: il mancato rispetto della decisione ad opera degli Stati beneficiari comporta conseguenze immediate e più gravose rispetto alla procedura di infrazione stabilita per gli Stati destinatari di ricollocazione. Ciò parrebbe risolversi in una asimmetria a favore di questi ultimi, nei cui confronti è stabilita una sanzione blanda e i cui tempi di attuazione appaiono lunghi, tali da permettere allo Stato interessato – nelle more della sua attuazione – di perpetuare la condotta censurata⁵⁶⁷.

⁵⁶⁵ La maggior parte delle domande respinte presenta motivazioni spesso generiche e basate sull'ordine pubblico e sulla sicurezza nazionale. Si v. *Asylum, relocation, and return of migrants: Time to step up action to address disparities between objectives and results*, 2019, cit., p. 26.

⁵⁶⁶ Art. 9 dec. n. 1601/2015. Inoltre, al considerando 27, viene riconosciuta la possibilità per uno Stato membro di sospendere o ridurre la collaborazione fino al 30% dei richiedenti ad esso assegnati in presenza di circostanze eccezionali, quale una situazione caratterizzata da un improvviso e massiccio afflusso di cittadini dei Paesi terzi.

⁵⁶⁷ Sull'inefficacia del sistema sanzionatorio v. I. Goldner Lang, *No Solidarity without Loyalty: Why Do Member States Violate EU Migration and Asylum Law and What Can Be Done*, cit., p. 4 ss.; M. I. Papa, *Crisi dei rifugiati e principio di solidarietà ed equa ripartizione delle responsabilità tra gli Stati membri dell'Unione Europea*, cit., p. 313 ss.; *Contra* v. M. Di Filippo, *Le misure sulla ricollocazione dei richiedenti asilo adottate dall'Unione Europea nel 2015*, cit., p. 51. L'autore riconosce l'esistenza di uno sbilanciamento nel riparto degli obblighi tra Stati beneficiari e Stati di ricollocazione, per cui i primi hanno come interlocutore la Commissione, che valuta le tabelle di marcia, mentre le sospensioni o le variazioni delle quote per i secondi vengono

3.1. Il fallimento della misura della ricollocazione.

È proprio l'assenza di sanzioni gravi e immediate, ad avviso di chi scrive, ad aver contribuito in maniera pregnante all'insuccesso di questa misura, rendendo sostanzialmente facoltativo l'obbligo di ricollocazione delle quote di migranti. Al riguardo pare paradigmatica l'opposizione slovacca e ungherese, che muovendo da argomentazioni politiche, ha prima votato in senso contrario alla decisione n. 1601/2015, e poi ne ha contestato la legittimità in sede giudiziale. L'opposizione del "blocco Visegrad" si muove sia su un piano ideologico, adducendo le difficoltà di ricollocazione per gli Stati culturalmente e ideologicamente omogenei, i quali «*dovrebbero effettuare sforzi e sopportare oneri ben più rilevanti rispetto a quelli ricadenti su altri Stati membri ospitanti*»⁵⁶⁸, sia su un binomio "responsabilità-solidarietà", basato sulla necessità che gli Stati di frontiera dimostrino il pieno rispetto del sistema Dublino, prima di poter beneficiare di misure di ricollocazione⁵⁶⁹. Come è stato già evidenziato, la Corte di Giustizia⁵⁷⁰ ha rigettato la questione e ha condannato gli Stati all'adempimento dell'obbligo di ripartizione delle quote, ribadendo il fondamento solidaristico posto alla base della ricollocazione. Nonostante ciò, gli Stati interessati hanno continuato a manifestare la propria ferma opposizione alla misura, attraverso la pressoché totale astensione dal rispetto degli obblighi sanciti dalla decisione n. 1601/2015, quali l'obbligo di indicare periodicamente il numero di soggetti che si è in grado di ricollocare e il conseguente obbligo di

valutate dal Consiglio dell'UE (in cui essi stessi sono rappresentati). L'assenza di sanzioni specifiche verso gli Stati di destinazione, continua l'autore, non deve essere drammatizzata in quanto l'obbligo di ricollocazione, pur con la possibilità di sospensione, permane a carico di tali Stati, tant'è che nel caso di inadempimento dell'obbligo di ricollocazione sarà esperibile la procedura di infrazione. Nonostante ciò, viene comunque riconosciuto come tale sanzione sia sicuramente sbilanciata rispetto a quelle gravanti sugli Stati beneficiari.

⁵⁶⁸ Le argomentazioni sono state ovviamente respinte dalla Corte in quanto basate su una discriminazione etnica contraria al diritto dell'UE e all'art. 21 della Carta dei diritti. Sentenza *Slovacchia e Ungheria v. Consiglio*, nelle cause riunite C-643/15 e C-647/, punti 302, 303, 304. si v. A. Morgese, *La riforma del sistema Dublino: il problema della condivisione delle responsabilità*, cit., p. 103.

⁵⁶⁹ Si v. P. De Bruycker, E. Tsourdi, *The Bratislava Declaration on migration: European irresponsability instead of solidarity*, in *Asylum, institutions, solidarity*, in <https://eumigrationlawblog.eu/the-bratislava-declaration-on-migration>. A queste argomentazioni fanno poi seguito le proposte presentate dal gruppo Visegrad nel 2017, durante la presidenza slovacca: gli Stati che non vogliono partecipare al riparto di quote di migranti, possono contribuire economicamente (la cosiddetta "solidarietà flessibile"). Si approfondiranno i tentativi di riforma nel cap. 5, parr. 1, 2.

⁵⁷⁰ Sentenza *Slovacchia e Ungheria v. Consiglio*, nelle cause riunite C-643/15 e C-647/15.

ricollocazione; per tale condotta, infatti, sono stati oggetto di un ricorso per inadempimento⁵⁷¹. Con riferimento all'esito di quest'ultima procedura rilevano le conclusioni formulate nel 2019 dall'avvocato generale Eleanor Sharpston, che ha ribadito la centralità di tre principi del sistema europeo: lo stato di diritto, il dovere di leale collaborazione e il principio di solidarietà. Il concetto di stato di diritto viene definito come "valore universale", il cui rispetto implica l'osservanza degli obblighi giuridici: per l'avvocato generale, la mancata osservanza di questi ultimi «*in ragione del fatto che, in un determinato caso, sono sgraditi o impopolari, è un pericoloso primo passo verso l'annichilimento della società ordinata e strutturata, governata dallo Stato di diritto delle cui comodità e sicurezza beneficiamo in qualità di cittadini. Il cattivo esempio è particolarmente dannoso se proviene da uno Stato membro*»⁵⁷². Al mancato rispetto di tale valore si accompagna l'assenza di leale collaborazione tra gli Stati e tra questi ultimi e l'Unione Europea, stabilito dall'art. 4, par. 4 TUE, e il mancato rispetto del principio di solidarietà, definito come «*la linfa vitale del progetto europeo*»⁵⁷³. È su quest'ultimo punto che la condanna nei confronti del blocco Visegrad si è fatta più dura: il rispetto delle "regole del gioco" e l'attuazione del principio di solidarietà non può essere fondata su «*un'avara analisi costi-benefici*»⁵⁷⁴, ma

⁵⁷¹ Con il ricorso per inadempimento la Commissione ha contestato la violazione dell'art. 5.3 della dec. 1601/2015 (relativo alle informazioni da fornire ogni tre mesi sulla "capacità" di ricollocazione dello Stato) e l'art. 5. par. 4-11 (che disciplina gli altri obblighi di ricollocazione). La Slovacchia, l'Ungheria e la Polonia hanno riaffermato la propria responsabilità a garantire l'ordine pubblico e la sicurezza interna. Con riferimento a questi ultimi due elementi l'avv. Generale ha sostenuto come la necessità di salvaguardia dell'ordine pubblico e della sicurezza nazionale sia presente nella decisione europea, sia per quanto attiene alla procedura di trasferimento, sia per ciò che concerne la possibilità per lo Stato di rifiutare la ricollocazione di un migrante se questo può rappresentare, per l'appunto, una minaccia all'ordine pubblico e alla sicurezza nazionale. Pertanto, le argomentazioni così presentate risponderebbero alla mera volontà, per gli Stati coinvolti, di giustificare il proprio inadempimento. Si v. Avv. gen. Sharpston, 31 ottobre 2019, c. C-715/17; *Commissione c. Polonia*, C-718/17; *Commissione c. Ungheria*, C-719/17; *Commissione c. Repubblica ceca*; E. Colombo, *Le conclusioni dell'Avvocato Generale Sharpston sulle Relocation Decisions: la condanna dei Paesi convenuti per preservare lo Stato di diritto e il principio di solidarietà*, in <http://rivista.eurojus.it/le-conclusioni-dellavvocato-generale-sharpston-sulle-relocation-decisions-la-condanna-dei-paesi-convenuti-per-preservare-lo-stato-di-diritto-e-il-principio-di-solidarieta/>.

⁵⁷² Avv. gen. Sharpston, 31 ottobre 2019, c. C-715/17, *Commissione c. Polonia*, C-718/17, *Commissione c. Ungheria*, C-719/17, *Commissione c. Repubblica ceca* punti 239- 254.

⁵⁷³ *Ibidem*.

⁵⁷⁴ Avv. gen. Sharpston, 31 ottobre 2019, c. C-715/17, *Commissione c. Polonia*, C-718/17, *Commissione c. Ungheria*, C-719/17, *Commissione c. Repubblica ceca*, punto 255. L'importanza della cooperazione tra Stati e del rispetto del principio solidaristico è metaforicamente rappresentata da una storia della tradizione ebraica: «*Un gruppo di uomini viaggiano insieme su una barca. Improvvisamente, uno di loro estrae una trivella e inizia a forare lo scafo sotto di sé. I suoi compagni protestano: «Perché lo stai facendo?», gridano. «Di cosa vi state lamentando?», risponde, «Non sto forse forando lo scafo sotto il mio sedile?». «Certo», rispondono i compagni, «Ma entrerà acqua e affonderà la barca con tutti noi a bordo*».

deve basarsi su una condivisione interna degli oneri che, ai sensi dell'art. 78.3 TFUE, importa l'obbligo di agire solidalmente se uno o più Stati membri versano in una situazione emergenziale.

Accanto alle criticità del sistema e all'opposizione politica di alcuni Stati membri, un'altra possibile causa dell'insuccesso di tale misura sembrerebbe essere l'assenza di tutela nei confronti dei richiedenti asilo. L'art. 6 della decisione, infatti, stabilisce l'obbligo per la Grecia e per l'Italia di informare il richiedente, in una lingua a lui comprensibile, sulla procedura di ricollocazione e sull'obbligo di comunicazione scritto della decisione di ricollocazione, nonché sul diritto dello straniero al ricongiungimento familiare. Nonostante ciò, nessuna disposizione della decisione fa riferimento alla partecipazione del migrante al processo decisionale o prevede il suo consenso al trasferimento⁵⁷⁵. La mancata valutazione del *genuine link* tra richiedente asilo e Stato di destinazione e la scarsa valorizzazione dei legami familiari produce effetti negativi a cascata: in primo luogo per il richiedente asilo, il cui processo di integrazione potrebbe divenire ancora più difficile; in secondo luogo per lo Stato, per il quale la mancata integrazione del migrante comporta dei costi assistenziali; e in terzo luogo per l'Unione Europea, in quanto possono venire in essere comportamenti elusivi, in particolare la nota prassi dei movimenti secondari⁵⁷⁶.

3.2. Il meccanismo della ricollocazione come tentativo di superamento del Regolamento Dublino e come strumento ad hoc nelle operazioni di Search and Rescue (SAR).

Nonostante le numerose criticità di tale sistema, nel 2015, in correlazione alle iniziative di riforma, si propose una modifica del regolamento Dublino basata sull'introduzione di un meccanismo di ricollocazione, operante in caso di crisi, ma

⁵⁷⁵ Solo il considerando 34 della decisione, infatti, si riferisce alla possibilità di tener conto nella scelta dello Stato di destinazione e delle caratteristiche e delle qualifiche dei richiedenti, quindi delle competenze linguistiche, dei legami familiari, culturali e sociali che potrebbero facilitarne il processo di integrazione. Come è noto, i considerando sono degli enunciati privi di carattere normativo, con un valore meramente esplicativo delle disposizioni e ciò, nel caso di specie, parrebbe ridurre considerevolmente il valore delle indicazioni presentate. Sul punto M.I. Papa, *Crisi dei rifugiati e principio di solidarietà ed equa ripartizione delle responsabilità tra gli Stati membri dell'Unione Europea*, cit., p. 310 ss.

⁵⁷⁶ Sul punto M. Di Filippo, *Le misure sulla ricollocazione dei richiedenti asilo adottate dall'Unione Europea nel 2015*, cit., p. 54 ss.; S. Carrera, E. Guild, *Can the new refugees relocation system work? Perils in the Dublin logic and flawed reception conditions in the EU*, n. 334, ottobre 2015, p. 1 ss., in <https://www.ceps.eu/ceps-publications/can-new-refugee-relocation-system-work-perils-dublin-logic-and-flawed-reception/>.

a carattere permanente⁵⁷⁷; tale tentativo venne presto abbandonato quando, nel 2016, si aprirono le porte ad una proposta di modifica dell'intero sistema⁵⁷⁸. In quest'ultimo progetto si proponeva la sostituzione del meccanismo dell'art. 33 del Regolamento Dublino con un "meccanismo di assegnazione" basato sul sistema di ricollocazione delle decisioni del 2015. Tale meccanismo si sarebbe attivato nei confronti di uno Stato interessato da un numero sproporzionato di domande di asilo (superiore al 150% della quota di riferimento, calcolata per il 50% sulla popolazione e per l'altro 50% sulla base del PIL); inoltre si disponeva che, nel caso in cui la soglia fosse scesa sotto il 150%, lo Stato avrebbe perso il diritto all'assegnazione. Tale proposta andò incontro all'opposizione del Parlamento europeo che nella sua relazione chiedeva, in applicazione del principio solidaristico, l'abbassamento delle due soglie: sia quella necessaria per richiedere l'applicazione del meccanismo (da 150% a 100%), sia quella che comporta il venire meno del diritto di assegnazione (da 100% a 75%). La risoluzione della Commissione LIBE del Parlamento si poneva, infatti, in senso opposto, proponendo il superamento del criterio del Paese di primo ingresso attraverso un meccanismo permanente di ricollocazione da applicarsi, sulla base di criteri predeterminati, tutte quelle volte in cui non sussistessero dei "legami autentici" tra lo Stato e il richiedente asilo, e basato sull'individuazione di quattro Stati di ricollocazione, scelti tra i Paesi che avessero esaminato il minor numero di domande di protezione internazionale⁵⁷⁹.

Le proposte di riforma del 2016 andarono incontro alla netta opposizione di numerosi Stati membri e si possono, ad oggi, considerare definitivamente abbandonate.

Tale situazione di stallo, durante la quale si è assistito ad un proliferare di atti *ad hoc* volti a gestire situazioni emergenziali e caratterizzati da un'adesione volontaria e mai obbligatoria, pare superarsi il 22 settembre 2020, il giorno in cui la Presidente della Commissione Europea Ursula Von Der Leyen ha presentato il nuovo patto europeo sull'immigrazione e sull'asilo. In tale patto il sistema della ricollocazione mantiene il suo carattere temporaneo e volontario; anche i

⁵⁷⁷ In modo più approfondito si v. COMM (2015) 450.

⁵⁷⁸ COMM (2016) 270.

⁵⁷⁹ Tale sistema presentava inoltre un apparato sanzionatorio efficace: nel caso in cui gli Stati di primo ingresso non avessero rispettato l'obbligo di registrazione dei richiedenti, essi andavano incontro alla sospensione del meccanismo a loro favore; per gli Stati di ricollocazione, che fossero venuti meno a tale obbligo, era stabilita una sanzione di 250.000 euro per ogni richiedente asilo: si v. A. Morgese, *La riforma del sistema Dublino: il problema della condivisione delle responsabilità*, cit., p. 105 ss.; L. Rizza, *La riforma del sistema Dublino: laboratorio per esperimenti di solidarietà*, in *Dir. Imm. Citt.*, 2018, p. 6 ss.; E. Tsourdi, *Solidarity at work? The prevalence of emergency driven solidarity in the administrative governance of the Common European Asylum system*, cit., p. 667 ss.; M. Wagner, P. Baumgartner, *Past, present and future solidarity: which relocation mechanisms work and which not?*, 2017, in www.icmpd.com.

documenti più recenti, pertanto, paiono indirettamente riconoscere la portata limitata di tale misura.

Nonostante l'insuccesso di tale meccanismo, a partire dal 2018 esso ha trovato attuazione attraverso forme di «ricollocazione ad hoc»⁵⁸⁰, operanti nell'ambito delle attività di *Search and Rescue* (SAR). Poiché le operazioni di *Search and Rescue*, rappresentano una fonte di continuo conflitto tra gli Stati (in particolar modo lo è l'individuazione dello Stato responsabile per lo sbarco)⁵⁸¹, si propose un *boat by boat approach*, basato su dei *temporary agreements on disembarkation*⁵⁸², che riguardavano un gruppo ristretto di Stati, i quali si impegnavano a ricollocare i richiedenti asilo a vantaggio di Spagna, Italia e Malta. Le finalità di tali interventi sono essenzialmente due: da un lato, limitare la mobilità secondaria, dall'altro, filtrare il flusso dei richiedenti asilo attraverso un approccio gestionale al fenomeno migratorio nella dimensione europea⁵⁸³.

⁵⁸⁰ A. Morgese, *La riforma del sistema Dublino: il problema della condivisione delle responsabilità*, cit., p. 107.

⁵⁸¹ Tale contrasto ha acquistato toni più forti a seguito dell'annuncio da parte dell'ex Ministro dell'interno Salvini, nell'estate 2018, della politica dei "porti chiusi", per cui nessuna imbarcazioni non governativa, destinata ad operazioni di ricerca e soccorso, sarebbe potuta attraccare nei porti italiani. Gli elementi caratterizzanti tale politica erano già presenti nel cosiddetto *Codice di condotta per le Ong* che il Ministro dell'interno Minniti del Governo Gentiloni aveva predisposto nell'estate 2017: il rafforzamento della diffidenza verso le ONG rispetto ai presunti legami con i trafficanti, nonché il riconoscimento dell'autorità della guardia costiera libica, sottolineato dall'impegno a non ostacolarne l'operato nelle operazioni di SAR. Sul punto si v. L. Gennari, C.L. Cecchini, G. Crescini, *Esternalizzazione delle frontiere e gestione della rotta mediterranea tra esigenze di sicurezza e tutela dei diritti fondamentali*, cit., p. 144 ss.

⁵⁸² Tali accordi sono stati definiti in modo diverso: la Commissione europea nel 2019 li ha definiti *temporary arrangements on disembarkation*, la presidenza rumena del Consiglio europeo nel 2015 li ha qualificati misure temporanee o transitorie, in quanto limitate nel tempo e circoscritte a date circostanze. Si v. Council of the EU (2019), *Guidelines on Temporary Arrangements for Disembarkation*, WK 7219/2019 INIT, Brussels, 12 June 2019; Council of the EU (2019), *Informal meeting of the strategic committee on immigration, frontiers and asylum* (SCIFA), Bucharest, March 13 – 14, 2019; Discussion paper. "Transitory measures – update and future actions. Sul punto, in modo più approfondito, v. S. Carrera, R. Cortinovis, *Search and rescue, disembarkation and relocation arrangements in the Mediterranean Sailing Away from Responsibility?*, cit., p. 23.

⁵⁸³ Nel corso del tempo si è inverteo un approccio gestionale finalizzato al controllo dei flussi più che al sostegno umanitario. Se a seguito del tragico naufragio di Lampedusa del 2013 il governo Letta diede vita ad un'operazione umanitaria, volta essenzialmente al salvataggio di vite umane, dal 2014, ossia quando tale operazione si concluse, vi fu la sua sostituzione con l'operazione *Triton*, sostituita a sua volta da *Themis* e poi integrata con l'operazione *Sophia* con l'obiettivo fondamentale di porre fine al traffico di migranti e alla lotta ai trafficanti, in una visione securitaria caratterizzata da un sistema di controlli (le operazioni di SAR non sono formalmente incluse nell'operazioni *Sophia*, nonostante ciò attraverso quest'ultima sono stati comunque salvati all'incirca 45.000 migranti). Nel marzo 2020 questa operazione si è conclusa ed è sostituita dall'operazioni *Irini* che ha come scopo primario attuare l'embargo sulle armi imposte dall'ONU nei confronti della Libia; a tale fine si aggiungono altri fini di carattere secondario quali, fra tutti, la lotta contro il traffico dei migranti e l'immigrazione illegale. Si v.

Per chiarire il contesto è necessario ricostruire in modo sintetico le norme che disciplinano tali operazioni. In tale ambito vi è una forte interazione tra diritto internazionale del mare, diritto dell'Unione europea e diritti umani. Per quanto attiene al diritto internazionale, esso stabilisce l'obbligo di prestare soccorso in mare⁵⁸⁴, a cui si aggiunge il compito di coordinare e assistere le navi nella propria area SAR attraverso centri di coordinamento del soccorso in mare⁵⁸⁵, i quali dovranno poi individuare il porto sicuro⁵⁸⁶ (POS, ossia *place of safety*)⁵⁸⁷. A seguito dell'individuazione del porto sicuro e del relativo sbarco dei soggetti, l'obbligo di accoglienza delle persone soccorse in mare opera in combinato disposto con le norme riguardanti l'accesso alla protezione internazionale e la tutela dei diritti umani, in particolar modo il divieto di *refoulement* (art. 33 della Convenzione di Ginevra)⁵⁸⁸; il diritto alla vita (art. 2 CEDU); il divieto di trattamenti inumani e degradanti (art. 3 CEDU)⁵⁸⁹.

<https://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2020/03/31/eu-launches-operation-irini-to-enforce-libya-arms-embargo/>.

⁵⁸⁴ Art. 98 UNCLOS; art. 33/V SOLAS. Tale normativa deriva dalla Convenzione sul salvataggio delle persone in mare (nota come Convenzione SAR) del 1948 che dispone l'obbligo di garantire assistenza a tutti i soggetti soccorsi in mare, in qualsiasi circostanza e prescindendo dalle loro condizioni o dalla nazionalità.

⁵⁸⁵ I quali sono definiti come MRCC dalla Convenzione SOLAS, cap. V, reg. 7. È bene rammentare che all'obbligo di coordinamento delle operazioni non corrisponde un obbligo di assistenza, le attività di cooperazione e coordinamento sono infatti volte a garantire l'ingresso della nave in un porto sicuro.

⁵⁸⁶ È sull'individuazione di quest'ultimo luogo che le tensioni tra Stati si sono fatte sempre più accese, importando dei ritardi e delle situazioni di stallo che si ripercuotono sulle persone che dovrebbero essere soccorse in mare. Il par. 2.9.1 della Convenzione SAR stabilisce, inoltre, che il soccorso deve effettuarsi anche nell'ipotesi in cui la nave trasporti immigrati irregolari.

⁵⁸⁷ Il diritto internazionale non definisce il concetto di *place of safety* in maniera esaustiva. In tal senso rilevano però il reg. EU 656/2014 e il codice delle frontiere Schengen, il cui art. 2, par. 12 definisce tale concetto: «un luogo in cui si ritiene che le operazioni di soccorso debbano concludersi e in cui la sicurezza per la vita dei sopravvissuti non è minacciata, dove possono essere soddisfatte le necessità umane di base e possono essere definite le modalità di trasporto dei sopravvissuti verso la destinazione successiva o finale tenendo conto della protezione dei loro diritti fondamentali nel rispetto del principio di non respingimento». In tal senso si v. L. Gennari, C. L. Cecchini, G. Crescini, *Esternalizzazione delle frontiere e gestione della rotta mediterranea tra esigenze di sicurezza e tutela dei diritti fondamentali*, cit., p. 136 ss.

⁵⁸⁸ Su tali questioni si v. M. Carta, *Il criterio dello Stato di primo ingresso*, cit., p. 10 ss., che analizza nello specifico le modalità di ingresso dei migranti in occasione delle operazioni di SAR; F. De Vittor, *Soccorso in mare e rimpatri in Libia: tra diritto del mare e tutela internazionale dei diritti dell'uomo*, *Riv. Dir. Int.*, 2009, p. 800 ss.; T. Scovazzi, *La tutela della vita umana in mare, con particolare riferimento agli immigrati clandestini diretti verso l'Italia*, in *Riv. Dir. Int.*, 2005, p. 106 ss.; I. Papapnicolopulu, *Immigrazione irregolare via mare, tutela della vita umana e organizzazioni non governative*, in *Dir. Imm. Citt.*, 3, 2017, p. 7 ss.; S. Trevisanut, *The principle of non refoulement at sea and effectiveness of asylum protection*, in *Max Planck UNYB*, 2008, p. 205 ss.; Ead,

A partire dal 2018, come detto, gli sbarchi conseguenti ad operazioni di soccorso in mare in acque internazionali ad opera di ONG vengono gestiti attraverso accordi *ad hoc* di sbarco e ricollocazione⁵⁹⁰: si tratta di atti intergovernativi, non vincolanti e volontari, stipulati da un numero ristretto di Stati.

Questi vengono stipulati in modo informale, senza alcun documento scritto che definisca le misure e le regole, e sono basati sulla volontaria adesione degli Stati⁵⁹¹. Tra le varie operazioni oggetto di questi accordi di sbarco e di ricollocazione vi è la nota vicenda riguardante la nave *Aquarius*, guidata dalle organizzazioni *Medici senza Frontiere (MSF)* e *SOS Méditerranée*, che nel giugno 2018, dopo aver soccorso 629 migranti in sei diverse operazioni di ricerca e soccorso, guidate dalla guardia costiera italiana in prossimità delle coste libiche, è stata bloccata dalle autorità italiane a 35 miglia dalle coste italiane e a 27 miglia da quelle maltesi. Il Governo italiano ha negato l'accesso alle acque italiane, sostenendo la responsabilità del Governo maltese per le operazioni di sbarco. Quest'ultimo, di contro, ha denunciato la manifesta contrarietà della decisione italiana al diritto internazionale e ha rifiutato l'approdo nel porto della Valletta. Come è noto, la situazione di stallo diplomatico è stata risolta grazie alla decisione del Governo spagnolo di concedere lo sbarco a Valencia. Tale episodio rappresenta il primo di una lunga serie di dispute e di conseguenti accordi *hoc* sullo sbarco e sulla ricollocazione⁵⁹², che a partire dal 2019 vengono sostenute

Immigrazione irregolare via mare, diritto internazionale e diritto dell'Unione europea, Jovene, Napoli, 2012, p. 140 ss.

⁵⁸⁹ Si v. L. Gennari, C. L. Cecchini, G. Crescini, *Eternalizzazione delle frontiere e gestione della rotta mediterranea tra esigenze di sicurezza e tutela dei diritti fondamentali*, cit., p. 136 ss.

⁵⁹⁰ Nel Consiglio Europeo del giugno 2018, infatti, era stata prefigurata la costituzione di “*regional disembarkation platforms*”, per cui i migranti soccorsi in acque territoriali dei Paesi terzi da navi battenti bandiera di uno Stato membro sarebbero stati ricondotti non nei porti degli Stati, ma in queste strutture site presso i Paesi terzi. La *ratio* di tale scelta era quella di evitare lo sbarco negli Stati europei, e implementare gli attuali hotspot, attraverso la predisposizione di *controlled centers* presso gli Stati Membri. Tali accordi non si sono ancora concretizzati, ma sono già andati incontro a numerose critiche in quanto espressione di una visione intergovernativa che riporterebbe l'orologio delle politiche europee indietro di trent'anni. Sul punto S. Carrera, R. Cortinovis, *Search and rescue, disembarkation and relocation arrangements in the Mediterranean sailing away from Responsibility?*, cit., p. 20 ss.

⁵⁹¹ Dalle interviste condotte è stato riportato che gli Stati coinvolti non volessero nessun accordo scritto o responsabilità pubblica. Sul punto S. Carrera, R. Cortinovis, *Search and rescue, disembarkation and relocation arrangements in the Mediterranean Sailing Away from Responsibility?*, cit., p. 24.

⁵⁹² Si possono citare, a mero titolo esemplificativo, gli accordi di sbarco del periodo intercorrente tra giugno e ottobre 2018: oltre alla vicenda *Aquarius*, la *Lifeline* con sbarco a la Valletta, *Open Arms* ad Algeciras (Spagna), l'*Aquarius* nell'agosto 2018 e poi nell'ottobre 2018 con sbarco, in entrambi i casi, a la Valletta.

dall'Unione Europea⁵⁹³ e che sono espressione di una deriva politica improntata alla criminalizzazione delle operazioni di salvataggio in mare e dell'operato delle ONG⁵⁹⁴.

Non potendocisi soffermare su tali problematiche, ci si limiterà a constatare come queste tipologie di accordi, non vincolanti e basati sulla mera volontà degli Stati, si collocano alla perfezione nello “schema” politico che l'Unione sta attuando in tale periodo: un approccio *day by day*⁵⁹⁵ in attesa di modifiche più ampie e radicali, che pone concrete problematiche per ciò che attiene alla conformità alla disciplina europea sull'asilo, al diritto dei trattati e ai diritti umani. Lo scopo primario di questi accordi dovrebbe essere quello di perseguire una rapida allocazione delle responsabilità al fine di assicurare ai migranti lo sbarco, l'identificazione e l'accesso alle procedure di asilo, in linea con l'*aquis* comunitario e con il sistema comune di asilo europeo. Nei fatti, però, le lesioni dei diritti fondamentali dei soggetti sbarcati sono frequenti: l'*European Council on Refugees and Exiles* (ECRE) - nel 2019 – ha denunciato situazioni irregolari a Malta, dove i migranti sono trattenuti illegalmente, senza la possibilità di presentare domanda di asilo fino al trasferimento verso altri Stati, e in Spagna, dove vengono trasferiti senza poter prima presentare domanda di asilo⁵⁹⁶.

Per quanto riguarda l'Italia, invece, la visione conflittuale e oppositiva verso gli altri Stati membri e verso l'UE, espressa dalla politica italiana dei “porti chiusi”, ha ceduto il passo – con il passaggio dal Governo Conte I al Governo

⁵⁹³ A partire dal 2019 tali operazioni sono avvenute con il supporto della Commissione europea che ha svolto il ruolo di facilitatore o “*deal broker*” tra gli Stati. Di fronte alle resistenze di alcuni Paesi, la Commissione organizzava un gruppo di Stati UE disposti a prendersi carico delle persone sbarcate. Gli accordi svolti con il sostegno dell'UE nel periodo intercorrente tra Gennaio e giugno 2019 sono: *Sea WATCH 3* e *Sea Eye*, nota “*Alan Kurdi*” nel gennaio 2019 il porto di sbarco è la Valletta e l'agenzia europea interessata è EASO; *SEA WATCH 3* a fine gennaio, il porto è Catania e le agenzie interessate sono Frontex e EASO; *Sea Eye*, nota “*Alan Kurdi*” ad aprile, il porto è Catania e l'agenzia interessata è EASO; *Stromboli* a maggio, il porto di sbarco è Catania e le agenzie interessate sono EASO e Frontex; *Cigala Fulgosi* che sbarca a Genova nel giugno 2019 con la collaborazione di EASO e Frontex. Si v. S. Carrera, R. Cortinovis, *Search and rescue, disembarkation and relocation arrangements in the Mediterranean Sailing Away from Responsibility?*, cit., p. 26.

⁵⁹⁴ Limitatamente al caso italiano, si possono citare le politiche del Governo Conte I, espresse dall'allora Ministro dell'interno Salvini: si pensi alla circolare ministeriale n. 14100/141(8), che vietava alle navi commerciali e ai privati di attraccare nei porti italiani, in <https://www.interno.gov.it/it/amministrazione-trasparente/disposizioni-general/atti-general/atti-amministrativi-general/direttive-e-altri-documenti>; e inoltre al cosiddetto *Decreto Sicurezza Bis* che disponeva delle sanzioni amministrative ingenti nei confronti delle imbarcazioni che si occupavano di soccorso in mare (art. 2 l. della l. n. 77/2019 di conversione del d.l. n. 53/2019).

⁵⁹⁵ L. Marin, *Waiting (and Paying) for Godot: Analyzing the Systemic Consequences of the Solidarity Crisis in EU Asylum Law*, cit., p. 73.

⁵⁹⁶ ECRE (2019). *Relying on relocation. ECRE's proposal for a predictable and fair relocation arrangement following disembarkation.* <https://www.ecre.org/wpcontent/uploads/2019/01/Policy-Papers-06.pdf>.

Conte II - ad un atteggiamento più collaborativo e cooperativo. In tale ottica si colloca l'accordo stipulato alla Valletta tra cinque Stati membri (tra cui l'Italia), i cui punti fondamentali riflettono le criticità riguardanti le operazioni di SAR. In tale *meeting* si è assistito ad una maggiore, quantomeno teorica, disponibilità e collaborazione tra Stati⁵⁹⁷. Infatti si è stabilito il meccanismo della rapida individuazione del porto sicuro più vicino ove effettuare lo sbarco, non più basato su accordi *ad hoc*, come fino a questo momento era avvenuto, ma su un sistema di ricollocazione fondato su dati numerici predefiniti; inoltre, al fine di ridurre gli oneri gravanti su tali Stati, si è disposta una rotazione dei porti sicuri, operante sempre su base volontaria. Nei fatti, tale accordo non ha incontrato il sostegno della maggior parte degli Stati membri e si è tradotto in una mera dichiarazione di intenti, a cui non ha fatto seguito un'applicazione pratica⁵⁹⁸.

Prescindendo da tali valutazioni, ciò che pare poter essere messo in luce è che tale *meeting*, così come gli accordi di sbarco *ad hoc*, e il sistema di ricollocazione stabilito nel 2015, sono meccanismi in cui la solidarietà e il riparto di responsabilità operano sì come criteri guida, ma solo di strumenti emergenziali e temporanei, e comunque su base volontaria. La solidarietà e il riparto di oneri e responsabilità operano come principi meramente discrezionali e azionabili in situazioni contingenti e limitate, e non come criteri sovraordinati, che dovrebbero orientare le politiche migratorie e europee e indirizzare le relazioni tra gli Stati membri, nonché tra gli Stati membri e l'Unione Europea.

4. L'esternalizzazione delle frontiere.

Se sotto il profilo della dimensione interna la solidarietà tra gli Stati e il riparto di responsabilità non guidano le scelte politiche europee, se non attraverso provvedimenti temporanei, limitati e a carattere volontario, la situazione pare, almeno apparentemente, mutare con riferimento alle relazioni esterne, al partenariato con i Paesi terzi e alla solidarietà verso questi ultimi. È in tale ambito che rileva ed acquista un'importanza sempre maggiore il meccanismo

⁵⁹⁷ Il numero di Stati membri che ha partecipato al *meeting* è comunque limitato, si tratta dell'Italia, Malta, Germania, Francia e Finlandia.

⁵⁹⁸ L'accordo di Malta è stato presentato nel Consiglio dei Ministri degli affari interni il 7 e 8 ottobre 2019: si v. <https://www.consilium.europa.eu/it/meetings/jha/2019/10/07-08/>; A. Morgese, *La riforma del sistema Dublino: il problema della condivisione delle responsabilità*, cit., p. 107 ss.; L. Marin, *Waiting (and Paying) for Godot: Analyzing the Systemic Consequences of the Solidarity Crisis in EU Asylum Law*, cit., p. 70 ss.; S. Carrera, R. Cortinovis, *The Malta declaration on SAR and relocation: A predictable EU solidarity mechanism?*, 2019, p. 2 ss., in www.ceps.eu.

dell'esternalizzazione delle frontiere. In questo paragrafo si analizzerà quindi tale fenomeno, che trova la sua massima espressione in due noti accordi, quello dell'Italia con la Libia, e quello dell'UE con la Turchia, per poi soffermarsi sulle problematiche che sottendono a tale approccio gestionale, con particolare riferimento al diritto di asilo.

L'esternalizzazione delle frontiere può essere definita come il complesso di operazioni giuridiche, economiche, culturali, nonché di pratiche di carattere extraterritoriale, volte ad impedire o a rendere più complesso per i migranti l'ingresso nel territorio dello Stato di destinazione, al fine di usufruire di garanzie che potrebbero spettare loro. Tali operazioni sono compiute da diversi attori, statali e sovrastatali, quali le istituzioni UE, i singoli Stati membri, l'UNHCR, l'OIM, e sono sostanzialmente volte a trasferire la competenza verso gli Stati di origine o di transito, sottraendo il soggetto alla giurisdizione dello Stato di destinazione⁵⁹⁹. La ratio dichiarata di tali scelte politiche è quella di bilanciare le finalità securitarie con le esigenze umanitarie, combinando la lotta nei confronti dell'immigrazione irregolare con la necessità, che pare essere retorica, di prevenire i pericolosi viaggi in mare. Invero, la finalità delle politiche di esternalizzazione è quella di una gestione esterna dei confini, che prevenga l'arrivo dei migranti nei Paesi di destinazione⁶⁰⁰.

Si assiste, dunque, ad una «trasformazione narrativa»⁶⁰¹ del fenomeno migratorio, che ha perso il suo rilievo umanitario⁶⁰². La strategia è infatti quella

⁵⁹⁹ La definizione del fenomeno dell'esternalizzazione è stata tratta da ASGI, *L'esternalizzazione delle frontiere e della gestione dei migranti: politiche migratorie dell'Unione Europea ed effetti giuridici*, in www.asgi.it, dicembre 2019; una definizione affine la ritroviamo inoltre in B. Frelick, *The impact of externalisation of migration controls on the rights of asylum seekers and other migrants*, in *Journal on migration and human security*, 4, 2016, p. 191 ss.

⁶⁰⁰ Così B. Frelick, *The impact of externalisation of migration controls on the rights of asylum seekers and other migrants*, cit., p. 193 ss. Tutto ciò si traduce in un'esternalizzazione delle procedure di asilo che appare come conseguenza o come fine di tali politiche, in un contesto di «commercialisation of sovereignty» per cui gli Stati delegano responsabilità riconducibili alla propria giurisdizione a Paesi terzi. All'interno di tale conflitto tra accesso agli strumenti della protezione internazionale e controllo dei flussi migratori, si colloca il sistema Dublino che, lungi dall'essere uno strumento di garanzia per l'accesso alla protezione internazionale, pare «(a) broader arsenal of migration control devices»: v. M. Mouzourakis, *We need to talk about Dublin*, cit., p. 9 ss.

⁶⁰¹ I. Tani, *Ricerca e soccorso nel mediterraneo centrale tra diritto internazionale e nuove (discutibili) qualificazioni del fenomeno migratorio*, in *Dir. Imm. Citt.*, 3, 2019, p. 6.

⁶⁰² Con riferimento al rapporto tra politiche dell'immigrazione e confini, si rileva come gli attori operino in due modalità: da un lato, operando sui propri confini (nella dimensione europea ciò rileva soprattutto per i suoi confini esterni), dall'altro, utilizzando gli status dei migranti e la loro condizione, tracciando i confini di questi ultimi e modificandoli. Tale analisi si inserisce nella concezione di «mondo - frontiera», ossia una società globale dove i confini non scompaiono, bensì mutano nella forma e nei luoghi, con modalità operative variabili. In modo più approfondito, P. Cuttitta, *Confini territoriali e sovraterritoriali dei controlli dell'immigrazione*, cit., p. 398 ss. Sul concetto di *de-territorialized borders* si veda S. Trevisanut, *The Principle of Non-Refoulement And*

del *pullback*, ossia del trattenimento nei Paesi di transito (qualificati come sicuri), che pare di poco discostarsi dal modello *pushback*, contrario al principio di *non refoulement* e sanzionato dalla Corte di Strasburgo⁶⁰³. Attraverso tali scelte politiche si va incontro ad una deresponsabilizzazione degli Stati Membri e dell'Unione Europea, che utilizza come scudo il concetto di Paese terzo sicuro al fine di aggirare il divieto di respingimento⁶⁰⁴.

4.1. I criteri guida dell'esternalizzazione: il concetto di Paese di origine o di transito sicuro e gli accordi con i Paesi terzi.

I principi alla base delle politiche dell'esternalizzazione, infatti, sono essenzialmente due: il concetto di Paese sicuro, e la cooperazione, in forma di accordi o dichiarazioni, con i Paesi terzi.

Si è avuto già modo di analizzare la nozione di Paese terzo sicuro e le sue criticità, ci si concentrerà pertanto sugli accordi con i Paesi terzi, che spesso si collocano ai margini del diritto europeo, incrementando la palude della *soft law*⁶⁰⁵,

the De-Territorialization of Border Control at Sea, in *Leiden journal of international law*, vol. 27, 2014, p. 662 ss.

⁶⁰³ La contrarietà delle politiche di *pushback* rispetto al diritto europeo trova la sua più nota espressione nella sentenza della Corte di Strasburgo *Hirsi Jamaa e altri v. Italia*. Il fatto è noto, ma merita una breve ricostruzione: nel maggio del 2009 duecento persone furono intercettate dalle motovedette italiane in acque internazionali (nello specifico, nella zona SAR di competenza maltese). Senza alcuna identificazione, né informativa sulla destinazione, queste persone vennero riportate in Libia. Si tratta dell'emblema della politica dei respingimenti attuata dall'Italia in quegli anni. Tre anni dopo, a seguito del ricorso di 24 cittadini somali ed eritrei, la Corte di Strasburgo ha condannato l'Italia per la violazione del divieto di respingimenti collettivi (art.4, prot. 4 CEDU) e per trattamenti inumani e degradanti (art. 3 CEDU). Ha inoltre affermato che qualora lo Stato, tramite i suoi agenti, eserciti un controllo sull'individuo al di fuori del suo territorio, si parla di giurisdizione extraterritoriale. Nel caso di specie, i soggetti sono stati intercettati in acque internazionali da motovedette battenti bandiera italiana, pertanto, la giurisdizione *de iure e de facto*, dal momento in cui i soggetti vengono caricati fino allo sbarco in Libia, è italiana. Si v. *Sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 23 febbraio 2012 - Ricorso n. 27765/09 - Hirsi Jamaa e altri c. Italia*.

⁶⁰⁴ «Pullbacks are remote control pushback» così T. Spijkerboer, *Afterword: From the Iron Curtain to Lampedusa*, in P. Cuttitta, T. Last (a cura di), *Border Deaths. Causes, Dynamics and Consequences of Migration-related Mortality*, Amsterdam University press, 2020, p. 164. Sul "passaggio" dalle politiche di *pushback* a quelle di *pullback* si v. D. Vitiello, *Il diritto di cercare asilo ai tempi dell'Aquarius*, in <http://www.sidiblog.org/2018/06/29/il-diritto-di-cercare-asilo-ai-tempi-dellaquarius/>, in cui si parla di una sorta di appalto a terzi di attività in violazione dei diritti umani; ASGI, *L'esternalizzazione delle frontiere e della gestione dei migranti: politiche migratorie dell'Unione Europea ed effetti giuridici*, cit., p. 20.

⁶⁰⁵ «[...] dilaga però una zona paludosa di *soft law* dove i diritti sprofondano e le persone annegano»: così A. Algostino, *L'esternalizzazione soft delle frontiere e il naufragio della Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2017, p. 181.

guida delle scelte politiche europee, soprattutto in materia migratoria. L'esigenza di spostare le frontiere al di fuori dell'UE e di delegare il controllo e la gestione ai Paesi terzi è un approccio che caratterizza da sempre la visione delle politiche europee e dei Paesi membri, anche in periodi precedenti alle note crisi migratorie o ai grandi afflussi dal Nord Africa. Già nel 2005, infatti, l'allora Premier inglese Tony Blair propose un documento, intitolato "A new vision for refugees", volto a promuovere la creazione – ad opera dell'Unione Europea - di *Regional Protection Areas* (RPAs) nei Paesi terzi dove inviare i migranti, rifugiati o richiedenti asilo giunti in UK, e la costituzione di "transit processing centres" all'esterno dei confini europei, dove intercettare migranti e valutare le loro domande. Tale modello fu riproposto con alcune modifiche dalla Commissione europea, attraverso i cosiddetti *Programmi di protezione regionale* volti - nella teoria - a rafforzare le capacità di garantire protezione nelle Regioni terze, nella pratica, a rimpatriare migranti e richiedenti asilo in Paesi dove tale protezione non è certo che venga garantita⁶⁰⁶. In tale contesto si collocano i numerosi accordi di riammissione stipulati nel corso del tempo con i Paesi terzi⁶⁰⁷. Tra questi si è scelto di concentrare l'attenzione su due atti: l'accordo dell'Unione Europea con la Turchia nel marzo 2018, e il cosiddetto *Memorandum* tra la Libia e l'Italia del 2017.

4.2. L'accordo tra la Turchia e l'Unione Europea per il contenimento dei flussi irregolari.

Nel 2016, a seguito di un negoziato, il Presidente turco Erdogan e l'Unione Europea stipularono un accordo volto a frenare l'immigrazione irregolare dalla Turchia: in base a questo atto tutti gli immigrati provenienti dalla Turchia e giunti nelle isole greche avrebbero dovuto fare ritorno in Turchia. La finalità dichiarata è quella di «colpire il modello di business dei trafficanti di esseri umani ed eliminare gli incentivi a percorrere rotte irregolari per raggiungere l'UE, nel pieno rispetto della legislazione dell'UE e internazionale»⁶⁰⁸. Sebbene l'allora presidente della Commissione Junker avesse ribadito la conformità dell'accordo alle norme europee e internazionali, il rispetto del divieto di respingimento,

⁶⁰⁶ In senso critico rispetto a tale accordo si rimanda alla posizione di *Human Right Watch* in <https://www.hrw.org/legacy/backgrounder/refugees/uk/newion.pdf>; sui programmi di protezione regionale si v. B. Frelick, *The impact of externalisation of migration controls on the rights of asylum seekers and other migrants*, cit., p. 206.

⁶⁰⁷ ASGI, *L'esternalizzazione delle frontiere e della gestione dei migranti: politiche migratorie dell'Unione Europea ed effetti giuridici*, cit., p. 20 ss.; A. Tagliapietra, *The European Migration Crisis: A Pendulum between the Internal and Dimensions*, in *Istituto Affari Internazionali (IAI)*, 2019, p. 2 ss.

⁶⁰⁸ https://ec.europa.eu/italy/node/1184_it.

nonché la valutazione delle singole domande di protezione internazionale⁶⁰⁹, sono tuttavia molteplici le criticità e i motivi di illegittimità.

In primo luogo, non è chiara la natura giuridica di tale atto, cioè se si tratti di un accordo internazionale o una dichiarazione tra le parti, *ergo* un atto di *soft law*. Come è noto, gli accordi internazionali sono conclusi dall'Unione europea attraverso una procedura definita dall'art. 218 TFUE, in base alla quale il Consiglio avvia i negoziati, la Commissione invia raccomandazioni e il Parlamento europeo fornisce la sua approvazione preventiva⁶¹⁰; la dichiarazione tra Turchia e Unione, invece, è stata semplicemente conclusa tra i membri del Consiglio europeo e la controparte sulla base di negoziati già avviati nel 2015 e presentata, poi, attraverso un semplice comunicato stampa⁶¹¹. Concretamente, si tratta di un atto informale senza la partecipazione dell'Assemblea parlamentare⁶¹². Ciò era stato ribadito anche da una pronuncia della Corte di Giustizia europea del 2016, con cui è stato rigettato per incompetenza⁶¹³ un ricorso di alcuni cittadini pakistani e afgani, richiedenti asilo in Grecia. La Corte, infatti, ha sostenuto che tale dichiarazione non è stata adottata dall'Unione Europea, e pertanto essa non può essere considerata come un atto adottato dal Consiglio europeo, ma dagli esecutivi dei singoli Stati membri in quanto tali. Quindi, non vi è nessun atto dell'Unione o di una sua istituzione, indipendentemente dalla sua qualificazione come accordo o come documento di *soft law*⁶¹⁴.

Invero, ai sensi di tale atto non sussiste per la Turchia nessun obbligo di riammissione di cittadini non turchi, né di trattenimento al fine di non abbandonare il Paese. Poiché tale atto si pone in un'ottica di *do ut des*, l'unica concreta conseguenza in cui parrebbe poter incorrere la Turchia è il venir meno delle concessioni europee a suo favore, non sussistendo alcun sistema sanzionatorio⁶¹⁵.

⁶⁰⁹ https://ec.europa.eu/italy/node/1184_it.

⁶¹⁰ Art. 218 TFUE.

⁶¹¹ Si v. <https://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2016/03/18/eu-turkey-statement/>.

⁶¹² Sui dubbi inerenti la natura giuridica di tale dichiarazione si v. <http://www.asgi.it/notizia/laccordo-tra-turchia-e-consiglio-europeo-e-illegale/>; A. Ciervo, *Ai confini di Schengen, la crisi dell'Unione Europea tra "approccio hotspot" e Brexit*, in *Costituzionalismo.it*, 3, 2016, p. 96 ss.; A. Algostino, *L'esternalizzazione soft delle frontiere e il naufragio della Costituzione*, cit., p. 148 ss.

⁶¹³ I cittadini stranieri avevano adito la Corte ai sensi dell'art. 263 TFUE, poiché temevano di essere rinviiati in Turchia, secondo quanto stabilito dalla dichiarazione del 2016.

⁶¹⁴ Tribunale UE, ordinanza 28 febbraio 2017. In modo approfondito su questa sentenza: A. Algostino, *L'esternalizzazione soft delle frontiere e il naufragio della Costituzione*, cit., p. 150 ss.; E. Cannizzaro, *Denialism as the Supreme Expression of Realism A Quick Comment on NF v. European Council*, in *European Papers*, 2, 2017, p. 251 ss.

⁶¹⁵ Sul punto S. Peers, E. Romano, *The EU, Turkey and the refugee crisis: What could possibly go wrong?*, in <http://eulawanalysis.blogspot.it/2016/02/the-eu-turkey-and-refugee-crisis-what.html>.

Nonostante tali valutazioni, sia che lo si qualifichi come un atto di *soft law*, sia che lo si consideri come un accordo internazionale stipulato in modo informale, esso deve operare, indipendentemente dalle normative dei singoli Stati membri, nel rispetto dei principi fondamentali del diritto internazionale, tra tutti il divieto di respingimenti collettivi⁶¹⁶.

Per chiarire questi aspetti è bene analizzarne il contenuto, espressione quanto più emblematica delle reali finalità delle politiche dell'esternalizzazione: una gestione esterna dei flussi migratori che si traduce in un tentativo di arginare *ab origine* il fenomeno, comportando conseguentemente una contrazione del diritto di asilo e dei diritti fondamentali dei migranti.

Tale atto, infatti, dispone la riammissione in Turchia degli immigrati giunti irregolarmente in Grecia e dà vita al meccanismo del “reinsediamento”, previsto dall'agenda europea del 2015, in forza del quale per ogni cittadino siriano inviato nuovamente in Turchia si avrà la ricollocazione in uno Stato europeo di un altro cittadino siriano che si trova in Turchia. Dunque, nell'ottica dell'esternalizzazione si demanda la gestione della situazione emergenziale a tale Paese. A tali oneri fanno da corrispettivo alcune importanti concessioni dell'Unione Europea: lo stanziamento di tre miliardi di euro volti alla gestione del sistema dei rimpatri e del reinsediamento e, inoltre, la riapertura degli accordi riguardanti l'ammissione del Paese all'Unione Europea, nel caso del raggiungimento dei risultati stabiliti dall'accordo⁶¹⁷.

Per quanto riguarda la riammissione degli immigrati giunti irregolarmente in Grecia verso la Turchia, tale misura prende avvio nel momento in cui la domanda di protezione internazionale, da questi presentata in Grecia, viene respinta o chiusa poiché i soggetti provengono da un Paese terzo sicuro, ossia la Turchia. Si è già avuto modo di analizzare la normativa sui Paesi terzi sicuri e le sue criticità⁶¹⁸, pertanto ci si concentrerà sul nodo cruciale di tale atto, ovvero se la Turchia possa o meno essere considerata un Paese terzo sicuro. Quest'ultima ha sì ratificato la convenzione di Ginevra del 1951, ma con delle specifiche limitazioni geografiche e con un regime peculiare per i siriani. Per quanto riguarda le limitazioni geografiche, lo status di rifugiato viene limitato ai soli eventi verificatisi in Europa, mentre con riferimento ai siriani, a questi non viene riconosciuto tale status, ma solo una protezione temporanea. Dal 2016 le vicende

⁶¹⁶ Così A. Algostino, *L'esternalizzazione soft delle frontiere e il naufragio della Costituzione*, cit., p. 148 ss.; A. Spagnolo, *Un gioco delle parti sulla pelle delle persone. L'insostenibilità delle ragioni greche, turche ed europee nella crisi migratoria in corso*, in <http://www.sidiblog.org/2020/03/14/un-gioco-delle-parti-sulla-pelle-delle-persone-linsostenibilita-delle-ragioni-greche-turche-ed-europee-nella-crisi-migratoria-in-corso/>.

⁶¹⁷ Nel 2016 è stato aperto l'ultimo, in ordine di tempo, dei 33 capitolati negoziali che però ad oggi restano bloccati; non pare che nel breve periodo ci siano le condizioni per una ripresa dei negoziati in tal senso. Nonostante ciò, la Turchia rimane sempre uno Stato candidato all'ingresso nell'Unione Europea.

⁶¹⁸ *Supra*, cap. 3, parr. 1,2,3,4.

che riguardano la Turchia sono mutate velocemente: nel 2018 il Governo di Erdogan ha costruito un muro lungo il confine siriano, e nel febbraio 2020 ha utilizzato l'accordo del 2016 come strumento di pressione sui partner europei, annunciando l'apertura delle frontiere verso l'Europa, conseguentemente spalancando le porte all'immigrazione irregolare verso il vecchio continente⁶¹⁹.

Inoltre, se il concetto di Paese sicuro appare già di per sé controverso, è proprio l'attuale contesto politico turco a generare ulteriori problematiche. Già nel 2016 *Human rights watch* ha denunciato le lesioni dei diritti fondamentali in Turchia, i trattamenti inumani e degradanti nei confronti dei soggetti in stato di detenzione, nonché la costante violazione del divieto di respingimento⁶²⁰. Tale clima repressivo permane ancora: ad oggi, in assenza di dati ufficiali, è impossibile quantificare in modo esatto il numero di siriani rimpatriati illegalmente in Siria. Ciò che rileva è che tali rimpatri vengono effettuati in violazione del principio di *non refoulement*, e quest'ultimo elemento sarebbe di per sé sufficiente ad escludere la qualificazione della Turchia come Paese terzo sicuro⁶²¹. Per tale ragione, le riammissioni dei migranti giunti irregolarmente in

⁶¹⁹ In un incontro svoltosi tra il presidente del Consiglio europeo, del Parlamento europeo e della Commissione è stata ribadita la contrarietà delle scelte politiche turche del 2020 rispetto alle finalità della accordo del 2016. In tal senso rilevano sia le parole del Presidente del Consiglio greco Kyriakos Mitsotakis («*Turkey, in full breach of the EU-Turkey statement, has systematically encouraged and assisted tens of thousands of refugees and migrants to illegally enter Greece*»), sia quelle dei tre presidenti delle istituzioni europee che richiamano la Turchia al rispetto dell'accordo (definito tale dai presidenti, si parla infatti di «*agreement*»). Cfr. <https://primeminister.gr/en/2020/03/03/23458>. Al contempo lo stesso Governo turco, nell'imputare alla Grecia e all'Unione europea la violazione dei diritti umani e della normativa internazionale («*the EU is acting in contradiction with its own principles and values, by backing up Greece, who is violating international law and human rights, and deeming all sorts of maltreatment acceptable for innocent people reaching at their borders*»), ha richiamato al rispetto dell'accordo del 2016 da parte dell'Unione Europea, incapace di riconoscere gli sforzi turchi, nonché la forte pressione migratoria a cui il Paese è stato sottoposto. Si v. http://www.mfa.gov.tr/no_68_-ab-dis-iliskiler-konseyi-nin-bildirisi-hk.en.mfa. Per un'analisi dettagliato a riguardo si v. A. Spagnolo, *Un gioco delle parti sulla pelle delle persone. L'insostenibilità delle ragioni greche, turche ed europee nella crisi migratoria in corso*, in <http://www.sidiblog.org/2020/03/14/un-gioco-delle-parti-sulla-pelle-delle-persone-linsostenibilita-delle-ragioni-greche-turche-ed-europee-nella-crisi-migratoria-in-corso/>.

⁶²⁰ Con riferimento a tali report si v. S. Peers, E. Romano, *The EU, Turkey and the refugee crisis: What could possibly go wrong?*, in <http://eulawanalysis.blospot.it/2016/02/the-eu-turkey-and-refugee-crisis-what.htm>.

⁶²¹ Nel report 2019-2020 di *Amnesty International* vengono riportate le repressioni attuate dal Governo turco nei confronti di giornalisti, attivisti, difensori dei diritti umani, oltre che le violazioni della libertà di espressione e del diritto al lavoro; inoltre, viene rappresentata la critica posizione dei cittadini siriani. Prima dell'incursione militare turca nel Nord-Ovest del Paese, la polizia turca ha percosso, minacciato e costretto cittadini siriani a firmare il "modulo per i rimpatri volontari" verso la Siria. Alle accuse di respingimenti collettivi, la polizia ha risposto dichiarando che 315000 siriani avevano volontariamente fatto ritorno nel proprio Paese. Si v. <https://www.amnesty.it/rapporti-annuali/rapporto-2019-2020/europa-e-asia-centrale/turchia/>.

Grecia verso la Turchia assumono le vesti di respingimenti collettivi, attuati in violazione dell'art. 38 della direttiva procedure⁶²², nonché dell'art. 33 della Convenzione di Ginevra.

La seconda misura è il reinsediamento stabilito dalla racc. 2015/914. Esso è uno strumento emergenziale che stabilisce «*il trasferimento di singoli profughi con evidente bisogno di protezione internazionale, effettuato su richiesta dell'Alto commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati, da un Paese terzo in uno Stato membro consenziente, allo scopo di proteggerli dal respingimento e di riconoscere loro il diritto di soggiorno e tutti gli altri diritti analoghi a quelli riconosciuti ai beneficiari di protezione internazionale*»⁶²³. Nel caso specifico, il sistema definito come "1:1" stabilisce che per ogni migrante irregolare di nazionalità siriana riammesso in Turchia, un cittadino siriano, che si trova in Turchia, verrà reinsediato in uno Stato membro. La *ratio* dell'accordo, come è noto, è quella di disincentivare l'immigrazione irregolare che, però - paradossalmente - opera come presupposto per dare avvio alla procedura di reinsediamento; solo attraverso l'arrivo di immigrati irregolari in Grecia, un siriano che si trova in Turchia potrà essere reinsediato in Europa. Tale misura, inoltre, solleva forti perplessità con riferimento all'effettività della protezione internazionale: in primo luogo, solo i cittadini siriani possono accedervi; in secondo luogo, essa prescinde dalla valutazione individuale della domanda e della condizione del singolo migrante; infine, cela una volontà di colpevolizzare colui che, irregolarmente, è giunto in Grecia, e di premiare colui che, invece, non avendo intrapreso il viaggio, è destinatario della suddetta misura⁶²⁴. Invero, la protezione internazionale in nessun modo può operare come concessione o come premialità, poiché essa è un diritto riconosciuto al singolo⁶²⁵. La misura del reinsediamento, inoltre, ha natura volontaria, in quanto gli Stati membri non hanno un obbligo di reinsediare nel proprio territorio i cittadini siriani, né l'Unione europea è chiamata ad incrementare il numero dei soggetti da accogliere o a definire le conseguenze nell'ipotesi in cui tale numero massimo venisse raggiunto (nel 2016 si poneva come limite massimo quello di 72000 persone da accogliere). Pertanto, sulla base di tali valutazioni, la portata pratica di tale strumento appare limitata.

⁶²² L'art. 38 della dir. 2013/32/UE, infatti, ribadisce che gli Stati membri nell'applicare il concetto di Paese terzo sicuro devono accertare che il soggetto possa richiedere protezione internazionale nel suddetto Paese, e possa ricevere un trattamento che non importi una minaccia per la propria vita e libertà, rispettoso - fra tutti i criteri - del principio di *non refoulement*, sancito dalla convenzione di Ginevra all'art. 33.1. *Supra*, Cap. 3, par. 4.

⁶²³ Art. 2 racc. 2015/914.

⁶²⁴ Si genererebbe la contrapposizione tra «*rifugiato buono vs. rifugiato cattivo*»: così E. Roman, *Le criticità di un accordo a tutti i costi*, in <http://www.sidiisil.org/sidiblog/?p=1736>.

⁶²⁵ Sulle misure stabilite dall'accordo si v. COM (2016) 166, *Prossime fasi operative della cooperazione UE-Turchia in materia di immigrazione*.

Se fin dal momento della sua adozione tale accordo ha suscitato forti critiche e perplessità, l'attuale contesto geopolitico sembra rafforzare la sua natura controversa. Come è stato già anticipato, nel gennaio 2020 la Turchia ha occupato militarmente il Nord-Ovest della Siria, causando 900 mila sfollati, che si sono aggiunti a quelli già presenti in Turchia⁶²⁶. La situazione ha raggiunto il suo culmine a marzo, quando il Governo turco ha permesso agli sfollati di giungere ai propri confini e di transitare verso la Grecia. La risposta dello Stato europeo è stata la sospensione della valutazione delle domande di protezione internazionale, la richiesta di attivazione di misure temporanee per fronteggiare l'emergenza di cui all'art. 78, par. 3 TFUE⁶²⁷, e l'attuazione di trattamenti inumani nei confronti dei profughi siriani⁶²⁸. Al di là delle valutazioni riguardanti le scelte politiche attuate dal Governo greco, che si pongono in netta opposizione con l'intero sistema comune di asilo europeo e con la tutela dei diritti fondamentali, limitatamente alla nostra analisi, ciò che rileva è la concreta portata dell'accordo stipulata nel 2016 per ciò che concerne la scelta europea di cooperare con un Paese come la Turchia, le cui condotte paiono porsi in contrasto con i principi fondamentali dell'intero sistema europeo.

È questo il secondo rilievo problematico di tale accordo, ossia la lesione dei diritti fondamentali dei richiedenti asilo e il mancato rispetto del principio di *non refoulement*. La misura della riammissione presuppone la qualificazione della Turchia come Paese terzo sicuro, ma nonostante la ratifica della Convenzione di Ginevra, tale Stato difficilmente può essere qualificato come tale, per cui le riammissioni oggetto dell'accordo acquistano la veste di respingimenti collettivi vietati dal diritto europeo e dal diritto internazionale⁶²⁹.

⁶²⁶ Su tale occupazione militare si v. <https://www.limesonline.com/siria-idlib-turchia-erdogan-russia-assad-iran-hezbollah/116923?prv=true>.

⁶²⁷ Art. 78, par. 3 TFUE «*Qualora uno o più Stati membri debbano affrontare una situazione di emergenza caratterizzata da un afflusso improvviso di cittadini di paesi terzi, il Consiglio, su proposta della Commissione, può adottare misure temporanee a beneficio dello Stato membro o degli Stati membri interessati. Esso delibera previa consultazione del Parlamento europeo*».

⁶²⁸ Si può citare l'avvenimento che ha avuto il rilievo mediatico maggiore, il lancio dei lacrimogeni da parte del Governo greco nei confronti dei profughi siriani. Fra tutti si v. <https://www.avvenire.it/mondo/pagine/lacrimogeni-contro-i-profughi-siriani-in-grecia>; un reportage sulle condizioni a Lesbo nei primi mesi del 2020 in <https://www.internazionale.it/reportage/annalisa-camilli/2020/03/03/lesbo-naufragio-migranti-turchia>. La criticità della situazione greca, nonché le condizioni precarie dei richiedenti che si stanziano nel Paese, sono confermate anche dagli eventi più recenti: si pensi all'incendio del campo profughi di Moira, nell'isola di Lesbo, che, volendo fornire un mero dato esemplificativo, aveva una capienza pari a tre mila persone e ne ospitava invece 13 mila. Si v. <https://www.internazionale.it/reportage/annalisa-camilli/2020/09/11/lesbo-moria-incendio>; <https://www.avvenire.it/mondo/pagine/incendio-devasta-il-campo-profughi-di-moria-a-lesbo>; <https://www.nytimes.com/2020/03/10/world/europe/greece-migrants-secret-site.html>.

⁶²⁹ Sulle criticità di tale accordo si v. <http://www.asgi.it/notizia/laccordo-tra-turchia-e-consiglio-europeo-e-illegale/>; E. Roman, *Le criticità di un accordo a tutti i costi*, in

Le criticità ora esaminate mostrano come tale misura, benché formalmente finalizzata a gestire i flussi e a combattere l'immigrazione irregolare nel rispetto dei diritti dei richiedenti asilo, sia funzionale a limitare gli ingressi nel territorio europeo, con una costante violazione del diritto di asilo. A sostegno di tale visione europea possono essere citate le parole che il Presidente del Consiglio greco ha pronunciato con riferimento alle politiche turche del 2020, e dalle quali pare evincersi il fulcro delle intere politiche migratorie europee: «*this is no longer a refugee and migration problem. It is an asymmetrical threat against Greece's Eastern borders, which are also European borders. [...]we respond in order to protect our borders and to ensure the safety of all of Europe*»⁶³⁰.

4.3. Il Memorandum Italia – Libia del febbraio 2017.

La finalità della lotta contro l'immigrazione irregolare e il traffico dei migranti è inoltre perseguita dal secondo atto oggetto della nostra analisi: il *Memorandum* che l'Italia ha stipulato con la Libia nel febbraio 2017⁶³¹, rinnovato automaticamente e senza alcuna modifica⁶³² nel febbraio 2020⁶³³. Nel rispetto

<http://www.sidi-isil.org/sidiblog/?p=1736>; C. Favilli, *La cooperazione UE-Turchia per contenere il flusso dei migranti e richiedenti asilo: obiettivo riuscito?*, in *Dir. umani e dir. intern.*, 2, 2016, p. 406 ss.

⁶³⁰ <https://primeminister.gr/en/2020/03/03/23458>.

⁶³¹ A livello nazionale sono frequenti gli accordi con i Paesi del Nord Africa (in particolar modo la Libia), caratterizzati da operazioni di respingimento in mare e rimpatrio. Per ciò che riguarda la Libia, tali operazioni hanno avuto inizio nel 2009 attraverso il trattato di amicizia tra Italia e Libia, sospeso poi a causa del conflitto libico. Nel 2011, anche a seguito del numero ingente di sbarchi sulle coste italiane, è stata siglata un'intesa tra il Ministro dell'interno italiano e il Governo tunisino volta a conseguire il controllo delle frontiere; nel medesimo anno è stato siglato un *Memorandum* con la Libia volto alla cooperazione finalizzata alla lotta contro l'immigrazione irregolare e il rimpatrio dei migranti. È bene sottolineare che l'originario trattato di amicizia del 2009 non prevedeva esplicitamente delle operazioni di riammissione in Libia dei migranti, ma stabiliva solo un sistema di pattugliamento delle coste; nei fatti le operazioni di riammissione si sono verificate attraverso delle intese stipulate contestualmente a tale partenariato. In modo più approfondito si v. F. De Vittor, *Universalità dei diritti e controllo delle frontiere*, cit., p. 186 ss.

⁶³² Numerose associazioni avevano infatti chiesto al Governo Conte II di non rinnovare l'accordo o di apportare delle modifiche: si v. <https://www.avvenire.it/attualita/Pagine/litalia-non-firmi-lintesa-libia-caos-sui-profughi>.

⁶³³ Nell'agosto 2017 l'Italia ha approvato una missione di sostegno alla guardia costiera libica caratterizzata anche dal distacco di unità navali italiane nel mare territoriale libico. Il sostegno italiano è, oltre che finanziario, anche militare: le strumentazioni fornite dall'Italia possono essere utilizzate dalla guardia costiera libica (GLB) per bloccare le partenze delle navi di soccorso delle ONG, rendendo così ancora più gravose le condizioni dei migranti. È necessario sottolineare che la controparte libica, benché sia un Governo riconosciuto dall'Onu, non ha

degli obblighi internazionali e dei patti sui diritti umani di cui i due Paesi sono parti⁶³⁴, questi ultimi si impegnano alla lotta all'immigrazione illegale, al traffico degli esseri umani e al rafforzamento della sicurezza delle frontiere tra i due Paesi. Nello specifico anche in questo accordo, come in quello dell'UE con la Turchia, lo schema è quello del sostegno finanziario volto al trattenimento delle persone. Infatti da un lato la Libia, attraverso la sua guardia costiera, si è impegnata a incentivare i controlli via mare e a incrementare i controlli via terra nel confine Sud del Paese, ad adeguare i centri di identificazione (grazie ai finanziamenti europei e italiani), a formare il personale che opera nei centri di identificazione libici⁶³⁵; dall'altro, l'Italia si è impegnata a fornire sostegno finanziario ed economico per lo sviluppo e ad assicurare supporto tecnico ed economico agli organismi libici incaricati della lotta contro l'immigrazione irregolare⁶³⁶, tra cui figura la guardia costiera libica.

Così come nel caso della Turchia, anche in questa ipotesi i dubbi di legittimità sono molteplici. La finalità, benché sottesa, pare lampante: bloccare gli arrivi nei Paesi di frontiera europei, limitando *ab origine* la possibilità di richiedere la protezione internazionale.

L'accordo tra Italia e Libia è controverso e presenta diversi profili di criticità. In primo luogo, il *Memorandum* è un accordo politico che non è stato autorizzato con legge dalle Camere in base all'art. 80 Cost.; inoltre l'esistenza di un conflitto bellico in Libia e la sua mancata ratifica della Convenzione di Ginevra rendono quanto meno controversa la sua qualificazione come Paese sicuro per i migranti e per i richiedenti protezione internazionale.

I due nervi scoperti di tale accordo sono rappresentati dai centri di identificazione, che invero sono dei centri di detenzione, e dal ruolo della cosiddetta guardia costiera libica, entrambi finanziati dal Governo italiano con il sostegno europeo. Con riferimento alla detenzione degli stranieri, è bene rammentare che la Libia è il principale Paese di transito per i migranti che si muovono dall'Africa per giungere nel continente europeo⁶³⁷. Lo Stato libico detiene al contempo una scarsa e frammentaria legislazione in materia di asilo, in forza della quale i richiedenti asilo e gli immigrati irregolari vengono equiparati e

giurisdizione sull'intero territorio. Sul punto si v. ASGI, *L'esternalizzazione delle frontiere e della gestione dei migranti: politiche migratorie dell'Unione Europea ed effetti giuridici*, cit., p. 24.

⁶³⁴ Art. 5 *Memorandum Italia- Libia*, 2 febbraio 2017.

⁶³⁵ Art. 2, *Memorandum Italia- Libia*, 2 febbraio 2017. È stato notato come, con riferimento agli obblighi attribuibili alla parte libica, la dichiarazione presenti una generica indicazione di entrambe le parti (si usa la formula "le parti si impegnano"); di contro gli obblighi finanziari ed economici sono, anche dal punto di vista letterale, chiaramente imputabili e riferibili all'Italia (art. 1 lett. b e lett. c) "la parte italiana"; art. 4 "la parte italiana").

⁶³⁶ Nel *Memorandum* l'aggettivo utilizzato è "illegale".

⁶³⁷ L'organizzazione internazionale per le migrazioni (OIM) nel 2019 ha stimato la presenza di 800 mila migranti in Libia, 45 mila dei quali avrebbero diritto allo status di rifugiato: v. <https://humanitariancompendium.iom.int/appeals/libya-2019>.

considerati responsabili di immigrazione illegale, che costituisce un reato ed è punibile con la reclusione. Ciò fa sì che tutti i migranti che transitano per la Libia sono detenuti nei centri di detenzione⁶³⁸, nei quali sono note le ordinarie violazioni dei diritti umani e i trattamenti inumani e degradanti⁶³⁹. In riferimento ai finanziamenti e alle strumentazioni che l'Italia fornisce alla Guardia costiera libica, deve essere evidenziato che la natura della guardia costiera è fortemente dibattuta e da più parti se ne sostiene la collusione con gli stessi trafficanti e con la criminalità organizzata. La guardia costiera libica svolge il compito di intercettare i migranti in mare per poi trasferirli in Libia, ove questi vengono trattenuti sia nei centri detentivi ufficiali, sia in quelli non ufficiali. Per quanto riguarda l'intercettazione dei migranti in mare, il riconoscimento della zona SAR libica fa sì che sia quest'ultimo Paese ad essere competente per le operazioni di soccorso e salvataggio in tale area e possa richiedere il ritiro dei mezzi di soccorso europeo⁶⁴⁰. Ciò si traduce in una sostanziale cessione delle attività di ricerca e soccorso da parte dell'UE alle autorità libiche, che sono definite a livello europeo come *autorità competenti*, le cui attività non devono essere ostacolate⁶⁴¹.

⁶³⁸ Questi sono gestiti dal Dipartimento per la lotta contro l'immigrazione illegale del Ministero dell'interno del Governo di accordo nazionale di Al- Sarraj, che è esso stesso parte di quello che giornalmicamente viene definito come il "business dei migranti", a cui prende parte anche la guardia costiera libica. In modo più approfondito A. Riccardi, *Esternalizzazione delle frontiere italiane in Libia e Niger: una prospettiva di diritto internazionale*, in *Quest. Giust.*, 1, 2020, p. 165 ss.

⁶³⁹ Sono numerosi i report che denunciano le condizioni delle carceri libiche, luoghi di violenza, torture, trattamenti inumani e degradanti. Si v. <https://www.amnesty.org/download/Documents/MDE1930842020ENGLISH.pdf>; <https://www.wsj.com/articles/aid-groups-report-abuse-torture-in-libyas-off-the-grid-detention-centers-11594649292>; <https://www.famigliacristiana.it/articolo/libia-voci-dall-inferno.aspx>. In particolar modo le condizioni dei centri detentivi libici hanno acquisito rilevanza in Italia a seguito della sentenza della Corte di appello di Milano del marzo 2019 che condanna Osman Matammud all'ergastolo per i reati compiuti in Libia, nella gestione del campo di detenzione di Bani Walid. Tale sentenza acquista valore pregnante in quanto fornisce una ricostruzione delle condizioni disumane a cui i migranti sono sottoposti in Libia e nei campi detentivi (ci si riferisce espressamente a violenze sessuali, scariche elettriche, lesioni con bastoni) e alle responsabilità libiche, italiane e europee. Si v. sent. corte Ass. app. Milano, sez. I, n. 9/2019; inoltre G. Mentasti, *Campi di detenzione per migranti in Libia: il caso Matammud*, in *Dir. Imm. Citt.*, 1, 2020, p. 215 ss.

⁶⁴⁰ Demandando tale compito alle autorità libiche, viene meno il dovere di cooperazione per gli Stati europei. Infatti, i migranti intercettati nell'area SAR dalla guardia costiera libica vengono - attraverso respingimenti collettivi - riportati in Libia, che per lo svolgimento di tali attività ottiene il sostegno finanziario e strumentale dell'Italia e dell'Unione Europea. Per tale ragioni da associazioni e studiosi di diritto internazionale è stata chiesta all'OIM la revoca della zona SAR libica: si v. <https://www.statewatch.org/media/1203/imo-letter-29-6-20.pdf>. Per una puntuale analisi sul diritto internazionale del mare si v. A. Riccardi, *Esternalizzazione delle frontiere italiane in Libia e Niger: una prospettiva di diritto internazionale*, cit., p. 165 ss.

⁶⁴¹ La necessità di non ostacolare l'operato della guardia costiera libica viene ribadito sia nell'accordo di Malta del settembre 2018, sia nel patto europeo sull'immigrazione del 2020.

4.4. Considerazioni finali sul fenomeno dell'esternalizzazione delle frontiere.

La finalità di controllo dei flussi e degli ingressi viene dunque perseguita dall'Unione europea in modo indiretto, non più attraverso le politiche di *pushback* – su cui si è già pronunciata la Corte di Strasburgo – ma attraverso le politiche di *pullback*, il cui è obiettivo è quello di evitare che i migranti soccorsi in mare ricadano nella giurisdizione europea. In un'ottica di deresponsabilizzazione, il divieto di *refoulement* viene aggirato attraverso l'appalto a terzi di attività contrarie al diritto europeo e ai diritti fondamentali⁶⁴². L'obiettivo teorico di tali operazioni di respingimento effettuate dalla Libia, per esempio, è quello di bloccare dei soggetti che non hanno diritto alla protezione internazionale e che, giunti in Italia, sarebbero rimpatriati. Nei fatti, l'obiettivo – sia a livello nazionale che europeo – è quello di spostare la frontiera verso luoghi estranei alla giurisdizione statale ed europea, ed eludere dunque il rispetto degli obblighi costituzionali e internazionali⁶⁴³.

L'esternalizzazione, in ultima analisi, produce due ordini di conseguenze: la violazione del principio di *non refoulement* e la lesione del diritto di asilo. Il divieto di *refoulement* proibisce il rimpatrio di un soggetto verso uno Stato nel quale potrebbe essere esposto a torture, trattamenti inumani, persecuzioni, lesioni dei suoi diritti fondamentali. Come è noto, tale obbligo è stabilito sia dalla Convenzione di Ginevra all'art. 33, sia dalla CEDU all'art. 4, protocollo 4. Nel caso dei due accordi, che abbiamo posto come paradigma delle pratiche dell'esternalizzazione, invero non è né l'Unione Europea, né l'Italia ad effettuare direttamente tali respingimenti, cedendo tali attività a Stati terzi e celandosi dietro il concetto di Paese terzo sicuro.

Gli Stati terzi, in tali casi, non si limitano solo a cooperare al fine di limitare l'immigrazione irregolare, ma intercettano e bloccano i migranti nel proprio territorio o, nel caso della Libia, anche nelle acque territoriali, non permettendo loro di giungere in Europa; ciò – come ampiamente detto – avviene

⁶⁴² D. Vitiello, *Il diritto di cercare asilo ai tempi dell'Aquarius*, in <http://www.sidiblog.org/2018/06/29/il-diritto-di-cercare-asilo-ai-tempi-dellaquarius/>; I. Tani, *Ricerca e soccorso nel mediterraneo centrale tra diritto internazionale e nuove (discutibili) qualificazioni del fenomeno migratorio*, cit., p. 6 ss.; C. Favilli, *Nel mondo dei "non-accordi". Protetti sì, purché altrove*, cit., p. 147 ss.; ASGI, *L'esternalizzazione delle frontiere e della gestione dei migranti: politiche migratorie dell'Unione Europea ed effetti giuridici*, cit., p. 20 ss.; A. Pijnenburg, *From Italian Pushbacks to Libyan Pullbacks: Is Hirsi 2.0 in the Making in Strasbourg?*, in *European Journal of migration and law*, 2018, p. 396 ss.

⁶⁴³ F. De Vittor, *Respingimenti in mare ed 'esternalizzazione' della protezione: il confine territoriale come limite agli obblighi di tutela*, cit., p. 186.

con il sostegno finanziario, e con le strumentazioni fornite dalla “controparte”, le cui responsabilità sono difficilmente dimostrabili. I fondi che, per esempio, vengono stanziati dall’Italia a favore della Libia, sono volti anche all’«*adeguamento e finanziamento dei centri di accoglienza*»⁶⁴⁴: tale destinazione non è di per sé vietata; ciò che è illegittimo sono le modalità con cui tali centri detentivi (e non di mera identificazione) vengono gestiti, e nei quali le violazioni dei diritti fondamentali vengono costantemente denunciate⁶⁴⁵.

Al di là della difficoltà di individuare una chiara responsabilità europea, è bene rammentare che l’esternalizzazione è l’effetto di una cooperazione tra Stati, in cui tutte le parti coinvolte sono vincolate al rispetto delle norme e dei Trattati internazionali, per ciò che riguarda l’Italia anche in forza degli artt. 10 e 117 Cost.⁶⁴⁶. Con riferimento alle conseguenze delle politiche di esternalizzazione, nello specifico con riferimento ai rapporti Italia - Libia, ci si può riferire al ricorso contro l’Italia, pendente presso la Corte di Strasburgo (caso *S.S. and others v. Italy*), relativo alle operazioni di salvataggio al largo della Libia che coinvolsero la nave ONG *Sea Watch* e un’imbarcazione della guardia costiera libica (donata dall’Italia), nel novembre 2017. Anche in tal caso, pertanto, si sono evidenziate le conseguenze negative delle politiche di esternalizzazione con riferimento alla tutela dei diritti umani delle persone coinvolte (vengono infatti messe in luce le condotte illegali della guardia costiera libica) e ai profili di responsabilità degli Stati che concludono accordi e cooperano con Stati terzi non sicuri⁶⁴⁷. Nel caso di specie, così come nel caso della Turchia, si assiste ad un respingimento “per delega”, per cui è lo Stato terzo che evita che il migrante ricada nella giurisdizione europea⁶⁴⁸. Ad avviso di chi scrive, la corte EDU potrebbe condannare l’Italia per i crimini compiuti dalla guardia costiera libica, autrice di violazioni sistematiche

⁶⁴⁴ Art. 2, comma 3 *Memorandum Italia- Libia*, 2 febbraio 2017.

⁶⁴⁵ F. De Vittor, *Respingimenti in mare ed ‘esternalizzazione’ della protezione: il confine territoriale come limite agli obblighi di tutela*, cit., p. 201 ss. A riguardo si può fare riferimento alla lettera aperta inviata al Governo da numerose associazioni italiane che chiedono, per le criticità esaminate, l’annullamento del *Memorandum* con la Libia (e dei precedenti accordi di cooperazione), si v. *Lettera aperta al Governo sul Memorandum con la Libia*, reperibile online.

⁶⁴⁶ ASGI, *L’esternalizzazione delle frontiere e della gestione dei migranti: politiche migratorie dell’Unione Europea ed effetti giuridici*, cit., p. 20; B. Frelick, *The impact of externalisation of migration controls on the rights of asylum seekers and other migrants*, in *Journal on migration and human security*, cit., p. 198 ss.

⁶⁴⁷ Durante il naufragio 20 persone persero la vita, 49 migranti vennero riportati in Libia e 52 furono soccorsi dalla *Sea Watch*. Per un’analisi dettagliata di tale caso si v. A. Frazzini, *Il caso S.S. and others v. Italy nel quadro dell’esternalizzazione delle frontiere in Libia: osservazioni sui possibili scenari al vaglio della Corte di Strasburgo*, in *Dir. Imm. Citt.*, 2, 2020, p. 87 ss.

⁶⁴⁸ ASGI, *L’esternalizzazione delle frontiere e della gestione dei migranti: politiche migratorie dell’Unione Europea ed effetti giuridici*, cit., p. 20 ss.; E. Papastavridis, *Recent “Non-Entrée” Policies in the Central Mediterranean and Their Legality: A New Form of “Refoulement”?*, in *Dir. uman. e dir. intern.*, 2, 2018, p. 493 ss.

dei diritti fondamentali, che, come si è visto, viene materialmente sostenuta dall'Italia e dall'Unione Europea.

La seconda conseguenza delle operazioni di esternalizzazione è la lesione del diritto di asilo: lo spostamento della frontiera al di fuori dell'Unione Europea riduce e rende infatti più gravoso l'accesso agli strumenti di protezione internazionale.

Ciò comporta l'esternalizzazione del diritto di asilo, definita come «*il processo in base al quale uno Stato utilizza il territorio di un altro Stato, con o senza l'esistenza di organizzazioni internazionali, al fine di decidere su una richiesta di asilo che il richiedente ha già presentato sul suo territorio o avrebbe presentato se non fosse stato intercettato lungo il percorso*»⁶⁴⁹. Tali operazioni, infatti, paiono perseguire il fine securitario di controllo dei confini e di riduzione dei flussi migratori dell'immigrazione (il cosiddetto *stemming the flows*), ponendo in subordine le esigenze umanitarie e di accesso alla protezione internazionale⁶⁵⁰.

Dunque, alla finalità di controllo degli arrivi e di limite agli sbarchi nei Paesi di frontiera si accompagna una manifesta riduzione dell'effettività del diritto di asilo. Per ovviare a tale carenza, con riferimento al caso libico, l'Unione ha proposto lo strumento del reinsediamento, integrandolo con l'*Emergency transit Mechanism* (ETM): i migranti, considerati come potenziali rifugiati dall'UNHCR, possono essere trasferiti dalla Libia al Niger, per poi lì accedere al programma di reinsediamento.

Tali strumenti, che sono volti a compensare la carenza dell'esercizio del diritto di asilo nelle operazioni di esternalizzazione, presentano numerose criticità e in nessun modo possono considerarsi sostitutivi dell'asilo e del rifugio.

In primo luogo, tali operazioni sono su base volontaria e hanno natura umanitaria, e in questo differiscono radicalmente dall'asilo, il quale non è una mera concessione discrezionale ma un diritto soggettivo perfetto.

Ancora, si tratta di strumenti che operano nel contesto delle carceri libiche dove i soggetti, spesse volte sottoposti a trattamenti inumani e degradanti, si

⁶⁴⁹ ASGI, *L'attività delle organizzazioni internazionali in Libia e le problematiche ripercussioni sull'esternalizzazione del diritto di asilo*, in *Quest. Giust.*, 1, 2020, p. 179.

⁶⁵⁰ Il prevalere della visione securitaria delle politiche europee, a discapito delle esigenze umanitarie, è evidente anche nelle operazioni di soccorso in mare. Fatta eccezione per l'operazione *Mare Nostrum*, voluta e coordinata dal governo italiano, che prendeva avvio a seguito del tragico naufragio di Lampedusa del 2013 e rispondeva ad esigenze umanitarie, le operazioni successive da *Trithon* fino a giungere a *Sophia* e alla più recente *Irni* nascono con esigenze di controllo, di polizia e di coordinamento. In particolar modo viene evidenziata la *trasformazione narrativa* che accompagna il passaggio dall'operazione *Mare Nostrum* alle operazioni successive: in ragione della sua efficienza dal punto di vista umanitario, tale operazione venne vista come un incentivo per i migranti ad intraprendere il viaggio, come concausa dell'aumento del numero degli sbarchi. A partire da tale momento, si va incontro ad una modifica della *qualificazione discorsiva* che importa una diffidenza e dubbiosità verso l'operato delle ONG, conseguenza quest'ultima evidente ancora oggi. Sul punto I. Tani, *Ricerca e soccorso nel mediterraneo centrale tra diritto internazionale e nuove (discutibili) qualificazioni del fenomeno migratorio*, cit., p. 19 ss.

presume non possano liberamente aver accesso agli stessi, né ai colloqui che vengono effettuati con l'UNHCR, la cui attivazione dipende essenzialmente da chi assume le decisioni all'interno di tali centri. Infine la presenza dell'UNHCR, che svolge un ruolo fondamentale per l'applicazione di tali strumenti in Libia e poi, nella fase successiva, in Niger, rischia di divenire un'arma a doppio taglio: da un lato, come garanzia del rispetto del diritto di asilo in tali luoghi, e dall'altro, come giustificazione delle politiche di esternalizzazione, volte nei fatti a negare l'accesso al territorio europeo per presentare domanda di asilo⁶⁵¹.

Tali meccanismi paiono una sorta di correttivo alla lesione del diritto di asilo prodotta dall'esternalizzazione, ma in nessun modo possono considerarsi tali da rendere il diritto effettivo. Infatti, l'asilo è un diritto soggettivo perfetto, e la sua dimensione legislativa è data dal sistema di protezione internazionale e umanitaria previsto dalle norme europee e interne (*ex plurimis*, Corte cost. 194/2019). L'EMT e il reinsediamento, invece, sono l'esito dell'esercizio di poteri discrezionali, che contraggono fortemente le garanzie e le tutele del richiedente asilo, e che per questo non possono in alcun modo sostituire i vigenti istituti di protezione internazionale.

Il complesso e controverso legame tra operazioni di esternalizzazione, lesione del diritto di asilo e principio di *non refoulement*, nella sua accezione negativa e positiva, è presentato in modo chiaro da una recente sentenza del tribunale di Roma del novembre 2019. La sentenza si riferisce ai fatti verificatisi nel giugno 2009, quando 89 persone vennero intercettate in mare dalla marina militare italiana e furono respinte, senza atti formali e con l'uso della forza, in Libia, ossia il Paese da cui questi erano partiti per richiedere protezione internazionale in Italia. Il tribunale di Roma, applicando direttamente l'art. 10, comma 3 della Costituzione, ha riconosciuto il diritto all'ingresso nel territorio italiano al fine di formalizzare la domanda di protezione internazionale e ha riconosciuto ai ricorrenti un diritto al risarcimento di 15.000 euro.

Se già nella nota sentenza *Hirsi* era stata riconosciuta la portata extraterritoriale del principio di non respingimento, la sentenza in esame fa un passo in avanti in quanto collega il principio di *non refoulement* al diritto di accedere al territorio di uno Stato per presentare domanda di asilo. In tale pronuncia, il diritto di asilo si sostanzia non solo nell'obbligo negativo del divieto di respingimento in un luogo ove il soggetto possa essere minacciato, ma nell'obbligo positivo di garantire l'accesso al territorio al fine di presentare domanda di protezione internazionale. Ponendo il diritto di accesso all'asilo come coordinato e complementare al principio di *non refoulement*, tale sentenza apre potenzialmente le porte ad una visione più garantista dei diritti fondamentali, soprattutto nel caso controverso del soccorso in mare. Ciò che rileva in tale sede è

⁶⁵¹ ASGI, *L'attività delle organizzazioni internazionali in Libia e le problematiche ripercussioni sull'esternalizzazione del diritto di asilo*, cit., p. 183.

che attraverso la sentenza n. 22917/2019 il diritto di accesso al territorio (finalizzato alla presentazione della domanda di protezione internazionale) potrebbe essere riconosciuto a coloro che, non trovandosi nel territorio italiano per cause a loro non imputabili, siano sotto la giurisdizione dello Stato e corrano il rischio di essere respinti. Tale assunto acquista una rilevanza pregnante di fronte alle spinte sovraniste di numerosi Stati membri, espresse soprattutto attraverso la prassi del divieto di sbarco per le navi delle ONG. Poiché queste ultime non rappresentano il luogo idoneo per valutare le possibili domande di protezione, essi devono poter avere accesso al territorio dello Stato ai fini della valutazione della loro condizione personale e per l'eventuale presentazione della domanda di asilo⁶⁵². Per ciò che concerne il legame tra esternalizzazione dell'asilo, principio di *non refoulement* e diritto di asilo, tale pronuncia rileva e potrebbe rilevare in futuro sia per tutti coloro che vengono intercettati alle frontiere o nelle zone di transito e poi respinti senza che venga formalizzata la domanda di protezione internazionale, sia per i migranti trattenuti a bordo di navi in attesa dell'autorizzazione allo sbarco, in condizioni degradanti e disumane.

Tale sentenza, così come l'analisi fin qui svolta, paiono invero mettere in luce un elemento fondamentale: benché ogni Stato membro e la stessa Unione Europea abbiano diritto di attuare strumenti volti alla lotta all'immigrazione irregolare e alla gestione dei flussi, tali meccanismi non possono giungere a negare al soggetto il diritto di lasciare il proprio Paese, o il diritto di accedere nel territorio europeo al fine di presentare domanda di protezione internazionale⁶⁵³.

⁶⁵² Un'analisi attenta di questa sentenza è fornita da M. Giuffrè, *Esternalizzazione delle frontiere e non-refoulement: accesso al territorio e alla procedura di asilo alla luce della sentenza n. 22917/2019*, in *Quest. Giust.*, 1, 2020, p. 190 ss. Con riferimento alle conseguenze delle politiche di esternalizzazione, si rimanda al ricorso contro l'Italia pendente presso la Corte di Strasburgo (caso *S.S and others v. Italy*): v. A. Frazzini, *Il caso S.S and others v. Italy nel quadro dell'esternalizzazione delle frontiere in Libia: osservazioni sui possibili scenari al vaglio della Corte di Strasburgo*, in *Dir. Imm. Citt.*, 2, 2020, p. 87 ss.

⁶⁵³ In modo più approfondito sul fenomeno dell'esternalizzazione si v. ASGI, *L'esternalizzazione delle frontiere e della gestione dei migranti: politiche migratorie dell'Unione Europea ed effetti giuridici*, cit., p. 2 ss.; ASGI, *L'attività delle organizzazioni internazionali in Libia e le problematiche ripercussioni sull'esternalizzazione del diritto di asilo*, cit., p. 179 ss.; A. A. Algostino, *L'esternalizzazione soft delle frontiere e il naufragio della Costituzione*, cit., p. 148 ss.; C. Favilli, *Nel mondo dei "non-accordi". Protetti sì, purché altrove*, cit., p. 143 ss.; A. Riccardi, *Esternalizzazione delle frontiere italiane in Libia e Niger: una prospettiva di diritto internazionale*, cit., p. 163 ss.; F. Schimmelfennig, *Europeanisation Beyond the Member States*, in *Nomos*, 3, 2010, p. 319 ss.; A. Elliot, *Mediterranean distinctions: Forced migration, forceful hope and theanalytics of desperation*, in E. Fiddian-Qasmiyeh (a cura di), *Refuge in a Moving World. Tracing refugee and migrant journeys across disciplines*, UCL press, 2020, p. 111 ss.; P. Cuttita, *I confini d'Europa a sud del Mediterraneo, strumenti e incentivi per l'esternalizzazione dei confini*, in P. Cuttita, F. Vassallo Paleologo (a cura di), *Migrazioni, frontiere, diritti*, Napoli, edizioni scientifiche italiane, 2006, p. 13 ss.; E. Papastavridis, *Recent "Non-Entrée" Policies in the Central Mediterranean and Their Legality: A New Form of "Refoulement"?*, cit., p. 493 ss.; A. Tagliapietra, *The European Migration Crisis: A Pendulum between the Internal and Dimensions*,

Anche in questo caso, pertanto, parrebbe necessario un contemperamento e bilanciamento tra esigenze di controllo e di sicurezza da un lato, e tutela dei diritti fondamentali dall'altra. La tendenza sempre più forte verso le politiche di esternalizzazione sembra, invece, improntata a una riduzione delle possibilità di accesso alla protezione internazionale, schiacciata dall'esigenza primaria di gestione esterna dei confini, di un controllo *ab origine* del fenomeno migratorio.

A parere di chi scrive, l'importanza preponderante che la dimensione esterna del fenomeno migratorio sembra aver acquistato, pur se in modo indiretto, è riconducibile a quella *defectio* di solidarietà esistente tra gli Stati. A fronte di un contesto in cui il riparto di responsabilità pare difficoltoso, oltre che facoltativo, gli Stati sono disposti a sostenersi e ad agire solidalmente solo quando si opera al di fuori dello spazio comune⁶⁵⁴: il sostegno ai Paesi di frontiera giunge solo ove è finalizzato a limitare l'accesso al territorio europeo. In tal senso pare esistere una sorta di discrasia tra il formale riconoscimento dei diritti fondamentali, la presenza di strumenti atti a tutelarli e a garantirli e l'attuazione di politiche, come quelle di esternalizzazione, volte a limitare il ricorso a tali strumenti e a stabilire barriere che non permettono ai richiedenti di accedere al territorio⁶⁵⁵.

In conclusione, il bilanciamento tra sicurezza, solidarietà e diritti fondamentali pare di difficile attuazione, stante una contrazione di questi ultimi a favore delle finalità di controllo dei flussi e degli ingressi. Di fronte alle difficoltà di gestire i flussi a livello sovranazionale, tale fine viene perseguitato attraverso meccanismi che paiono discostarsi dai propositi del noto consiglio di Tampere: «L'obiettivo è un'Unione europea aperta, sicura, pienamente impegnata a rispettare gli obblighi della Convenzione di Ginevra relativa allo status dei rifugiati e di altri importanti strumenti internazionali per i diritti dell'uomo, e capace di rispondere ai bisogni umanitari con la solidarietà»⁶⁵⁶. Tali finalità, ad oggi, stante la preponderante importanza che le politiche di esternalizzazione

cit., p. 2 ss.; F. De Vittor, *Respingimenti in mare ed 'esternalizzazione' della protezione: il confine territoriale come limite agli obblighi di tutela*, cit., p. 12 ss.; Ead, *Soccorso in mare e rimpatri in Libia: tra diritto del mare e tutela internazionale dei diritti dell'uomo*, cit., p. 800 ss.; I. Tani, *Ricerca e soccorso nel Mediterraneo centrale tra diritto internazionale e nuove (discutibili) qualificazioni del fenomeno migratorio*, cit., p. 6 ss.; A. Betts, J. Milner, *The Externalisation of EU Asylum Policy: The Position of African States*, in *Dansk Institut for Internationale Studier, DIIS*, 2007, p. 2 ss.; G. Goodwin-Gill, *The Right to Seek Asylum: Interception at Sea and the Principle of Non-Refoulement*, in *International Journal of Refugee Law*, 3, 2011, p. 443 ss.; B. Frelick, *The impact of externalisation of migration controls on the rights of asylum seekers and other migrants*, cit., p. 192 ss.

⁶⁵⁴ F. De Vittor, *Respingimenti in mare ed 'esternalizzazione' della protezione: il confine territoriale come limite agli obblighi di tutela*, cit., p. 12.

⁶⁵⁵ In tal senso F. De Vittor, *Respingimenti in mare ed 'esternalizzazione' della protezione: il confine territoriale come limite agli obblighi di tutela*, cit., p. 22; B. Frelick, *The impact of externalisation of migration controls on the rights of asylum seekers and other migrants*, cit., p. 191 ss.

⁶⁵⁶ Conclusioni del Consiglio europeo di Tampere, 1999, punto 4.

acquistano nel sistema europeo, paiono una vera e propria chimera più che una guida, o, metaforicamente, una stella polare da seguire⁶⁵⁷.

⁶⁵⁷ «[...] (gli obiettivi di Tampere) Dovranno essere adattati al mutato contesto e alle nuove istanze dell'elettorato europeo, ma, essendo obiettivi ispirati a un ragionevole pragmatismo, continueranno a rappresentare una stella polare da seguire o, se si preferisce, una chimera da realizzare». Con riferimento all'importanza dei principi di Tampere nel disegno di una nuova Europa non fortezza, arroccata su sé stessa, ma ispirata ai valori di democrazia e tolleranza, si v. M. Savino, *La chimera di Tampere*, in *Dir. Pubbl.*, 1, 2020, p. 14.

CAPITOLO V

IL DIRITTO D'ASILO ALLA PROVA DELL'ATTUALE CONTESTO POLITICO EUROPEO

Sommario: 1. Il regolamento Dublino da pietra angolare del CEAS ad atto normativo da superare: i tentativi di riforma del 2016. – 1.1. La proposta della Commissione Europea. – 1.2. La proposta del Parlamento Europeo. – 2. «*Se vogliamo che tutto rimanga come è, bisogna che tutto cambi*»: il nuovo patto europeo sull'immigrazione e asilo. – 2.1. Le attività di screening alla frontiera. – 2.2. Il meccanismo comune di solidarietà tra Stati membri. - 2.3. Il terzo pilastro del patto europeo sull'immigrazione e sull'asilo: la cooperazione con i Paesi terzi. 3. Il contemperamento tra esigenze di regolamentazione dei flussi e tutela del diritto di asilo: possibili scenari e strumenti alternativi al Regolamento Dublino. – 3.1. Il primo strumento di accesso legale e sicuro: il reinsediamento. – 3.2. Il secondo strumento di accesso legale e sicuro: l'ammissione umanitaria. – 3.3. Il terzo strumento di accesso legale e sicuro: i visti umanitari. - 4. Il diritto d'asilo nel sistema normativo europeo e degli Stati Membri tra rinascita dei nazionalismi e spinte all'accoglienza. Confini aperti, politiche restrittive o «*controlled borders and open doors*»? Considerazioni conclusive.

1. Il regolamento Dublino da pietra angolare del CEAS ad atto normativo da superare: i tentativi di riforma del 2016.

L'analisi svolta ha messo in evidenza la crisi del sistema Dublino. Il pilastro del sistema comune di asilo europeo ha mostrato negli anni la sua debolezza. I principi di solidarietà e di riparto delle responsabilità non operano come principi costituzionali e sovraordinati, ma come criteri attuati in singole e determinate situazioni emergenziali. Inoltre, nonostante l'esistenza dei criteri gerarchici al fine dell'individuazione dello Stato competente a valutare la domanda di protezione internazionale, il criterio principe è sempre quello del Paese di primo ingresso. Ciò importa un'iniqua ripartizione di responsabilità e di richiedenti asilo a carico dei Paesi di frontiera, oltre che un *vulnus* nella tutela dei diritti dei migranti.

La crisi dei rifugiati del 2015 ha rappresentato un momento di apparente rottura di questo sistema, mostrando in modo chiaro e manifesto tutte le sue falle.

È proprio a partire da tale periodo che hanno preso avvio i tentativi di riforma del Regolamento Dublino, che subiranno una battuta d'arresto a seguito dell'opposizione di taluni Stati membri, che non ha permesso di raggiungere una convergenza politica sulle modifiche.

Nonostante tali proposte di riforma non risultino essere più pendenti, è bene fornirne una ricostruzione, poiché queste si inseriscono nella narrazione politica europea sull'immigrazione, improntata a dichiarati tentativi di superamento degli strumenti vigenti, e di ridefinizione dell'intero apparato, che paiono celare, ad avviso di chi scrive, la volontà di mantenimento dello *status quo*.

Si procederà, pertanto, con un'analisi dei tentativi di riforma del 2016 presentati dalla Commissione e dal Parlamento, per poi soffermarsi in modo approfondito sul nuovo patto europeo sull'immigrazione e sull'asilo del settembre 2020.

Le linee su cui si muovono i tentativi di modifica del 2016 sono due: quella della Commissione, che era volta ad applicare correttivi al sistema Dublino, nell'ottica esclusiva dell'Unione Europea e degli Stati membri, e quella del Parlamento europeo, e in particolare della commissione LIBE, che invece proponeva un concreto superamento dei criteri del Regolamento, al fine di dare valore al cosiddetto "legame autentico" tra richiedente asilo e Stato membro.

1.1. La proposta della Commissione Europea.

La proposta presentata dalla Commissione nel maggio 2016 era improntata ad un rafforzamento del regolamento Dublino attraverso la costruzione di un sistema che permettesse facilmente di individuare lo Stato competente a valutare la domanda di protezione internazionale. In tale proposta i criteri di competenza non venivano modificati, anzi si assisteva ad un rafforzamento del criterio del Paese di primo ingresso, che si sarebbe potuto però tradurre in un sovraccarico di responsabilità e di domande di protezione internazionale nei confronti degli Stati di frontiera. In base alle modifiche proposte all'art. 3, lo Stato chiamato ad esaminare la domanda di protezione internazionale sarebbe stato competente a valutare anche le eventuali domande reiterate, senza che rilevasse in alcun modo la posizione del richiedente; per esempio, l'ipotesi in cui questi avesse abbandonato il territorio europeo. Ancora, a carico degli Stati di primo ingresso veniva predisposta una sorta di "*procedura nella procedura*"⁶⁵⁸, una fase preliminare al sistema Dublino basata su una valutazione anticipata della domanda

⁶⁵⁸ L. Rizza, *La riforma del sistema Dublino: laboratorio per esperimenti di solidarietà*, in *Dir. Imm. Citt.*, 1, 2018, p. 8.

di protezione internazionale. Questa fase preliminare constava di due procedure: quella anticipata e quella accelerata. Con la procedura anticipata, lo Stato membro di primo ingresso avrebbe dovuto valutare se il richiedente fosse giunto in Europa passando per un Paese terzo sicuro, o un Paese di primo asilo e – nel caso di valutazione positiva – dichiarare inammissibile la domanda. La procedura accelerata avrebbe invece trovato applicazione tutte le volte in cui il cittadino straniero avesse precedentemente soggiornato in un Paese considerato come Paese terzo sicuro, o venisse considerato un pericolo per l'ordine pubblico. A conclusione di tale valutazione preliminare, lo Stato membro sarebbe stato chiamato a valutare le altre dichiarazioni e le eventuali altre domande, indipendentemente dalla posizione del richiedente o dal fatto che questi avesse lasciato il territorio europeo⁶⁵⁹.

La previsione di una fase preliminare alla valutazione della domanda di protezione internazionale, più che rendere agevole l'individuazione dello Stato competente, pareva risolversi in oneri maggiori nei confronti degli Stati di primo ingresso, già gravati dall'obbligo di identificazione nei centri hotspot⁶⁶⁰. Inoltre, tali procedure non sembravano rispettose dei diritti dei richiedenti asilo, per quanto attiene, per esempio, al diritto alla difesa.

La scarsa, o pressoché assente, attenzione rivolta verso i diritti dei richiedenti asilo si palesava anche nel sistema di obblighi e sanzioni disposti agli artt. 4 e 5 della proposta di modifica⁶⁶¹.

Nel concepire la mobilità in un'ottica repressiva, l'apparato di obblighi e sanzioni proposti era volto a ridurre il ricorso a domande di protezione multiple e a porre fine ai movimenti irregolari in Europa, attraverso un sistema punitivo nei confronti del richiedente asilo che non avesse rispettato le disposizioni del sistema Dublino. Si è già avuto modo di analizzare tali obblighi con riferimento alla lotta ai movimenti secondari⁶⁶², in questa sede – pertanto – si porrà l'accento solo due elementi che paiono in modo pregnante sottolineare la finalità repressiva di tali politiche, volte a rendere difficoltosa e più complessa la procedura per ottenere protezione internazionale.

Il primo elemento previsto dal comma 2 dell'art. 4, stabiliva l'obbligo per il migrante di trasmettere tempestivamente, o al più tardi durante "il colloquio Dublino", ogni elemento utile e pertinente per la determinazione dello Stato competente, quale – un esempio fra tutti – la presenza di un parente in uno Stato

⁶⁵⁹ Art. 3, comma 3 COMM (2016) 270, *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)*.

⁶⁶⁰ «[...]Il tentativo è quello di fare dei Paesi di primo arrivo, Grecia e Italia in particolare, degli enormi Centri hotspot di smistamento dei richiedenti asilo». L. Rizza, *La riforma del sistema Dublino: laboratorio per esperimenti di solidarietà*, cit., p. 9.

⁶⁶¹ COMM (2016) 270.

⁶⁶² V. *supra* cap. 4, par. 2.

membro. Poiché è assai improbabile che il richiedente, appena giunto, posseda queste informazioni o sia in grado, in un arco di tempo così limitato, di raccoglierle, tale previsione teoricamente rivolta a dare rilievo al legame tra l'aspirazione del richiedente asilo e l'individuazione dello Stato competente, sembrava rispondere a logiche meramente restrittive.

Il secondo elemento, in questo caso di natura sanzionatoria, era caratterizzato dal venir meno delle condizioni di accoglienza, fatta eccezione per quelle sanitarie e di prima necessità, in Stati diversi rispetto a quello in cui il richiedente doveva essere presente⁶⁶³. Tale previsione, oltre che ingiusta e sproporzionata, pareva mostrare le finalità della proposta. Essa risultava essere contraria ai principi della CEDU e del diritto Europeo, nonché alla Direttiva accoglienza che specifica le ipotesi in cui le condizioni di accoglienza possono venir meno, ma tra queste non vi è menzione dell'ipotesi di allontanamento dal centro di accoglienza⁶⁶⁴.

Accanto alla lotta ai movimenti secondari, l'ulteriore finalità perseguita da questo progetto di modifica era quella di incentivare la solidarietà tra Stati. Al di là dell'enfasi dei proclami, tuttavia, anche in questo caso i tentativi di attuazione del principio di solidarietà si riferivano all'eventuale introduzione di un meccanismo emergenziale ma permanente per la ripartizione dei richiedenti asilo, nell'ipotesi di crisi migratoria o di un ingente numero di domande di protezione internazionale⁶⁶⁵.

In ultima analisi, nonostante tale proposta risulti ad oggi superata⁶⁶⁶, rileva ai fini della nostra analisi per sottolineare come la Commissione, già al tempo, non mirasse al superamento del sistema attuale, ma all'introduzione di meri correttivi. I punti cardine di tale proposta erano, infatti, il rafforzamento dell'intero sistema Dublino (con la conservazione dell'iniquo criterio del Paese di primo ingresso), e una politica repressiva e stigmatizzante verso i richiedenti asilo, chiamati ad assolvere ad obblighi stringenti e colpiti da un sistema sanzionatorio sproporzionato. In tale tentativo di riforma è come se la Commissione avesse diretto lo sguardo altrove, ignorando il nucleo centrale del problema, rappresentato proprio dal sistema Dublino: «*the EU Commission has tried to tame the elephant instead of throwing him out of the room*»⁶⁶⁷.

⁶⁶³ Art. 5, comma 3, COMM (2016) 270.

⁶⁶⁴ L. Rizza, *La riforma del sistema Dublino: laboratorio per esperimenti di solidarietà*, cit., p. 11 ss.

⁶⁶⁵ *Supra*, cap. 4, par. 3.

⁶⁶⁶ La proposta di un nuovo regolamento sulla gestione dell'asilo e dell'immigrazione (sostitutivo del Regolamento Dublino) importa un espresso superamento delle proposte di modifica della Commissione nel 2016. Si v. COMM (2020) 609, *Un nuovo patto sull'immigrazione e sull'asilo*.

⁶⁶⁷ M. Savino, *Creating a European market for refugees?*, in *Saggi DPCE on line*, 2, 2017, p. 311.

1.2. La proposta del Parlamento europeo.

Se la proposta della Commissione era improntata ad una logica repressiva e fortemente lesiva delle posizioni degli Stati di primo ingresso, di contro la proposta della Commissione LIBE del Parlamento sembrava basarsi su due principi fondamentali: la garanzia dei diritti fondamentali e dei ricongiungimenti familiari⁶⁶⁸.

In un'ottica che considera il richiedente come parte del procedimento e non come mero destinatario passivo della decisione, il Parlamento europeo proponeva il rafforzamento del criterio del cosiddetto "legame autentico" (*genuine link*) tra il richiedente e lo Stato di destinazione, dato dalla presenza di un familiare, o da una precedente residenza o esperienza lavorativa. L'applicazione di tale criterio, più che il sistema sanzionatorio definito dalla proposta della Commissione, sembrerebbe essere un concreto strumento di lotta ai movimenti irregolari e di integrazione dei richiedenti. Sempre al fine di limitare i movimenti secondari e di dare maggiore rilievo alle scelte dei migranti, la proposta prevedeva altresì un'estensione del mutuo riconoscimento delle domande di protezione internazionale positive, ossia di accoglimento. Inoltre il Parlamento proponeva il superamento definitivo del criterio del Paese di primo ingresso, attraverso l'introduzione di un meccanismo di riparto equo e solidale tra Stati che operasse in modo permanente, e non emergenziale: lo Stato competente sarebbe stato così individuato sulla base di criteri di destinazione, e non sulla base della regola del primo ingresso. Al fine di garantire una forma di controllo e di identificazione nella fase di ingresso nel territorio europeo, si proponeva, infine, un sistema di controllo e di verifica dell'accesso senza che la valutazione della successiva domanda di protezione fosse a carico del Paese di primo ingresso. La risoluzione del Parlamento pare, dunque, muoversi su binari differenti rispetto a quelli della Commissione: si prospettava un superamento del Regolamento Dublino, che oramai aveva mostrato la sua inadeguatezza, a favore di un sistema nel quale la posizione del migrante e i suoi legami con il Paese di destinazione parevano acquisire una veste fondamentale, non solo in un'ottica umanitaria ma anche come efficace limite ai movimenti irregolari in Europa. Si trattava, in ultima analisi, di

⁶⁶⁸ Ris. COMM (2016) 0270-c8 0175/2016. Notoriamente il Parlamento presenta una posizione più umanitaria nei confronti delle questioni migratorie rispetto alla Commissione e allo stesso Consiglio. Qualcuno ha evocato una metafora ispirata al noto film "Il buono, il brutto e il cattivo" di Sergio Leone. Il Parlamento per questo suo approccio alle problematiche migratorie ricoprirebbe il ruolo de "il buono", il Consiglio – in cui siedono i Ministri degli Stati membri – quello de "il cattivo", e la Commissione, invece, quella de "il brutto": si v. D. Acosta, *The Good, the Bad and the Ugly in EU migration Law: is the European Parliament becoming bad and ugly? (the adoption of directive 2008/15: the Returns directive)*, in *European Journal of Migration and Law*, 2009, p. 19 ss.

una forma di attuazione del principio di solidarietà di cui all'art. 80 TFUE: attraverso il riparto equo di quote si perseguiva il fine della solidarietà e della condivisione di responsabilità tra Stati, riducendo la pressione sugli Stati di frontiera⁶⁶⁹.

Come è noto, tale tentativo di modifica è andato incontro all'opposizione degli Stati membri, in un clima di forte divisione all'interno dell'Unione Europea: a prevalere sono gli egoismi nazionali mossi da politiche populiste, cui fanno seguito risposte contingenti e limitate dell'Unione alla crisi dei migranti. Nel dicembre 2017 l'Europa era divisa in due: da una parte, le spinte all'accoglienza improntate a uno spirito solidaristico, volto al riparto delle quote dei migranti; dall'altro, la linea dura espressa dal fronte Visegrad, sintetizzata dalla proposta del Presidente bulgaro della cosiddetta "solidarietà flessibile"⁶⁷⁰, per cui ogni Stato membro può decidere la propria forma di contribuzione. Nel giugno 2018 nel Consiglio dei Ministri dell'interno la proposta di modifica del Regolamento Dublino è stata respinta non solo dal blocco dei Paesi dell'est Europa, ma anche dagli stessi Stati di frontiera, ovvero l'Italia, la Spagna e la Grecia. Ai massicci afflussi dovuti alle precarie condizioni geopolitiche nel Nord Africa e nel Mediterraneo, l'Unione risponde con strumenti *ad hoc* i quali paiono riflettere più le finalità proposte dalla Commissione nel 2016 che quelle del Parlamento, e in senso lato la generale posizione europea sulle questioni migratorie.

Dal 2015 ad oggi, pertanto, le problematiche più rilevanti in materia migratoria sono state affrontate attraverso provvedimenti puntuali e contingenti, volti ad aggirare la difficoltà di giungere a un consenso condiviso tra gli Stati. Infatti, l'unico elemento delle politiche migratorie europee sui cui la stessa Unione e tutti gli Stati membri sembrano convenire è la necessità di implementare il controllo dei confini esterni, in particolar modo attraverso la prassi dell'esternalizzazione⁶⁷¹. Tale visione tradisce la reale finalità delle politiche europee, improntate ad una visione securitaria più che ad un bilanciamento tra le esigenze di sicurezza e di controllo da un lato, e la tutela dei diritti fondamentali e il diritto di asilo dall'altro.

⁶⁶⁹ Sui tentativi di riforma del sistema Dublino nel periodo 2016/2017 si v. L. Rizza, *La riforma del sistema Dublino: laboratorio per esperimenti di solidarietà*, cit., p. 8 ss.; ASGI, *I nuovi orientamenti politico – normativi dell'Unione Europea. La prospettiva di nuove e radicali chiusure al diritto di asilo*.

⁶⁷⁰ Eunews, *Consiglio Ue cerca consenso su solidarietà flessibile, Italia furiosa: "Preso in giro"*, in <http://www.eunews.it/2016/11/17/consiglio-ue-cercaconsenso-su-solidarieta-flessibile-italia-furiosa-pres-a-giro/72263>.

⁶⁷¹ Si v. L. Rizza, *La riforma del sistema Dublino: laboratorio per esperimenti di solidarietà*, cit., p. 8 ss; A. Geddes, M. Ruhs, *Reforming Asylum and Migration Policies in Europe: Attitudes, Realism and Values*, in RSACS PP, 2019, reperibile online; M. Savino, *Creating a European market for refugees?*, cit., p. 311 ss.; A. Morgese, *La riforma del sistema Dublino: il problema della condivisione delle responsabilità*, cit., p. 97 ss.

Il superamento definitivo di tale progetto di riforma è però sicuramente rappresentato dal nuovo patto europeo sull'immigrazione e sull'asilo, presentato nel settembre 2020, ove viene espressamente stabilita la necessità di superare le proposte di riforma del 2016.

2. «Se vogliamo che tutto rimanga come è, bisogna che tutto cambi»: il nuovo patto europeo sull'immigrazione e asilo.

Il 23 Settembre 2020 la Commissione Europea ha presentato il nuovo Patto sull'immigrazione e sull'asilo⁶⁷². Si tratta di un documento fondamentale che rappresenta il punto di partenza per definire le politiche migratorie europee in futuro, e che apre le porte ai negoziati sugli strumenti da attuare.

«Le migrazioni sono sempre state un fatto in Europa e lo saranno sempre, [...] il patto offre un nuovo inizio per l'Ue. Ora è tempo di alzare la sfida per gestire la migrazione in modo congiunto, col giusto equilibrio tra solidarietà e responsabilità»⁶⁷³: queste le parole pronunciate dalla Presidente Ursula Von Leyen alla presentazione di tale documento. Tale patto dovrebbe dunque rappresentare un nuovo inizio, stante la grave inefficienza del sistema vigente, rivelata in modo chiaro dalla crisi dei rifugiati del 2015-2016. Esso apre la strada delle riforme, evidenziando la necessità di un approccio condiviso, dell'interdipendenza tra le decisioni e le politiche degli Stati membri e dell'Unione, al fine di creare un nuovo «quadro europeo»⁶⁷⁴ che contemperi le esigenze di gestione del fenomeno con l'approccio umanitario. Tuttavia, ponendo da parte la retorica degli annunci, tale patto più che un documento che si discosta dalle politiche del passato, anche da quelle più recenti, pare essere un *continuum* dell'approccio volto al mero contenimento dei flussi migratori, unico elemento di vera condivisione e convergenza tra gli Stati Membri.

Il patto è strutturato su tre pilastri fondamentali: il primo costituito dalle attività di *screening* alla frontiera, il secondo dal meccanismo di solidarietà tra Stati membri, e il terzo dalla cooperazione con i Paesi terzi⁶⁷⁵.

⁶⁷² COMM (2020) 609, *Un nuovo patto sull'immigrazione e sull'asilo*.

⁶⁷³ In modo approfondito <http://www.rainews.it/dl/rainews/articoli/migranti-dubli-no-patto-fiducia-c5fe7a9a-a6be-4461-b65f-00f1fa49fc10.html>.

⁶⁷⁴ COMM (2020) 609, *Un nuovo patto sull'immigrazione e sull'asilo*.

⁶⁷⁵ Il vicepresidente della Commissione si riferisce alla struttura del nuovo patto come quella di un "palazzo a tre piani": il piano terra è rappresentato dalla dimensione esterna, i partenariati con i Paesi terzi; il primo piano è costituito dal sistema di *screening* alla frontiera; il secondo piano, infine, dal meccanismo rigoroso di solidarietà tra Stati. Si v. <https://www.eureporter.co/frontpage/2020/09/23/a-fresh-start-on-migration-building-confidence->

2.1. Le attività di screening alla frontiera.

Procedendo con ordine, si analizzerà in primo luogo la nuova procedura volta a stabilire lo status del soggetto al momento dell'arrivo. A tal fine si predispongono accertamenti preliminari all'ingresso (*screening*)⁶⁷⁶, nei confronti di tutti i cittadini dei Paesi terzi che attraversano la frontiera esterna senza autorizzazioni. Essi consistono in attività di identificazione, accertamenti sanitari e di sicurezza, nel rilevamento delle impronte digitali e nella registrazione nella banca dati EURODAC. Tale procedimento, che pare non dissimile da quello implementato negli hotspot, è finalizzato all'accertamento dello status del soggetto e apre la strada a due seguiti: la procedura accelerata e la procedura ordinaria di asilo.

La procedura accelerata è da applicarsi nel caso di ingresso irregolare alla frontiera esterna o a seguito di operazioni di ricerca e soccorso in mare, nell'ipotesi in cui i richiedenti provengano da Paesi terzi con una percentuale di riconoscimento del diritto di asilo inferiore al 20%, quando questi rappresentano una minaccia per l'ordine pubblico o per la sicurezza nazionale, quando tentano di ingannare le autorità, per esempio fornendo informazioni o documenti falsi, oltre che nell'ipotesi in cui i soggetti stessi provengano da Paesi di origine sicuri o Paesi terzi sicuri. Negli altri casi, invece, si procede con la procedura ordinaria. Nel caso in cui la domanda alla frontiera fosse respinta, invece, si applicherebbe una "*procedura unionale di rimpatrio alla frontiera*", vista dalla Commissione come uno strumento di lotta nei confronti degli spostamenti non autorizzati, oltre che come un chiaro segnale per i trafficanti. La procedura, inoltre, prevede la possibilità di ricollocare i richiedenti asilo già durante il suo svolgimento alla frontiera, in modo da far sì che il proseguo della stessa si svolga presso un altro Stato membro.

La Commissione sottolinea che le procedure saranno poste in atto in modo da garantire ai richiedenti la valutazione individuale della propria domanda, il rispetto dei diritti fondamentali e del principio di *non refoulement*, garantendo – al contempo – una procedura semplice, chiara e più fluida a vantaggio dell'Unione Europea e degli stessi Stati membri.

Le criticità di tale sistema di *screening* sono numerose. Innanzitutto esso ricalca le attività svolte negli hotspot e ciò – conseguentemente – parrebbe tradursi più che in un riparto di responsabilità tra tutti gli Stati membri, in oneri

[and-striking-a-new-balance-between-responsibility-and-solidarity/](#); inoltre, sempre sullo stesso punto *Europa: un nuovo vecchio patto sulle migrazioni*, 23 settembre 2020, in <https://www.ispionline.it/it/pubblicazione/europa-un-nuovo-vecchio-patto-sulle-migrazioni-27580>.

⁶⁷⁶ COMM (2020) 612, *Una proposta di regolamento che introduce uno screening dei cittadini di Paesi terzi alle frontiere esterne*.

maggiori per gli Stati di frontiera o di primo ingresso, ove le attività di *screening* verrebbero effettuate. Questa assimilazione alla procedura dei punti di crisi ripropone poi le problematiche riferite ai luoghi (chiusi) in cui l'identificazione e l'eventuale trattenimento ha luogo⁶⁷⁷ e al deficit di garanzie e tutele dei diritti fondamentali per i soggetti sottoposti all'identificazione⁶⁷⁸.

Inoltre, le due procedure sembrano basarsi su due pregiudizi: il primo è che le domande di protezione possano essere valutate in modo celere e spedito, e il secondo è che la maggior parte delle persone che giungono in Europa non necessiti di protezione. Invero, secondo i dati riportati da ECRE, la maggior parte delle domande di protezione internazionale degli ultimi tre anni ha ricevuto un esito positivo⁶⁷⁹. Inoltre le procedure di asilo hanno dei termini relativamente brevi: tra le più celeri figurano quelle dei Paesi Bassi, ove la procedura ha una durata media di uno/due anni⁶⁸⁰.

L'esistenza di due procedure di asilo, ancora, si traduce in una lesione del diritto di asilo per i soggetti sottoposti alla procedura alla frontiera. Benché formalmente si garantisca una valutazione individuale della domanda, nonché il rispetto del principio di *non refoulement*, si stabiliscono altresì dei criteri generali basati sulla nazionalità che paiono stridere con la necessità di esaminare singolarmente e in modo approfondito le domande di protezione internazionale, e la vulnerabilità della situazione del soggetto. Inoltre, si ripresenta la problematica riferibile al concetto di Paese sicuro, utilizzato come paradigma giustificativo del rigetto delle domande di asilo. Tale procedura, così come il ricorso al concetto di Paese sicuro, paiono mostrare il motivo guida dell'intero documento: limitare le domande di protezione internazionale attraverso efficaci controlli alle frontiere. Inoltre tali procedure aggraverebbero ulteriormente la posizione dei Paesi di frontiera, nei quali l'approccio hotspot ha già mostrato la sua inadeguatezza a garantire il pieno esercizio del diritto di asilo.

2.2. Il meccanismo comune di solidarietà tra Stati membri.

Il secondo pilastro di tale progetto di riforma è rappresentato da un sistema comune per la solidarietà e la responsabilità condivisa tra Stati membri che «vada

⁶⁷⁷ Come è noto, nonostante sia stata riconosciuta una veste giuridica agli hotspot, in concreto essi paiono operare come delle strutture detentive in aperto contrasto con quanto stabilito dall'art. 13, comma 3 Cost. In modo più approfondito, si v. *supra*, cap. 2, par. 3.

⁶⁷⁸ Sul punto si v. *70 ONG sul patto migrazione e asilo: necessario modificare gli aspetti problematici e ampliare gli aspetti positivi*, in www.asgi.it.

⁶⁷⁹ Cfr. <https://www.ecre.org/ecre-analysis-of-asylum-statistics-in-europe/>.

⁶⁸⁰ <https://www.ecre.org/aida-2019-update-netherlands/>, in modo più approfondito si v. *70 ONG sul patto migrazione e asilo: necessario modificare gli aspetti problematici e ampliare gli aspetti positivi*, in www.asgi.it.

oltre i limiti» dell'attuale sistema Dublino⁶⁸¹: viene dunque presentato un approccio che dovrebbe porre alla sua base il principio di solidarietà di cui all'art. 80 TFUE, ossia il principio ispiratore delle politiche comuni in materia di immigrazione.

Tale meccanismo si muove su due linee parallele: la ricollocazione e i cosiddetti "rimpatri sponsorizzati". Ciascuno Stato membro dovrà partecipare alla ricollocazione o alla sponsorizzazione dei rimpatri in base a una chiave di distribuzione definita per il 50% dal PIL, e per l'altro 50% dalla popolazione.

Il meccanismo della ricollocazione è noto, l'elemento innovativo è invece rappresentato dalla sponsorizzazione dei rimpatri: si stabilisce un sistema per cui gli Stati membri dovranno fornire allo Stato sotto pressione il sostegno necessario affinché il soggetto che non detenga il diritto di soggiornare nel territorio europeo possa essere rimpatriato. Lo Stato membro sponsor si assumerà la piena responsabilità nel caso in cui il rimpatrio non venga effettuato entro otto mesi, e ciò fa sì che, al decorrere di tali termini, il cittadino straniero venga trasferito presso quest'ultimo Stato. Ancora, tale meccanismo di solidarietà pare rivolgersi alle sole situazioni di emergenza, ossia al caso in cui uno Stato sia sottoposto ad una forte pressione migratoria, o nell'ipotesi di sbarchi a seguito di operazioni di ricerca e soccorso (SAR). Pertanto, siamo di fronte ad un meccanismo emergenziale, obbligatorio per tutti gli Stati ma flessibile, in quanto si riconosce a questi ultimi la possibilità di decidere tra la ricollocazione o il rimpatrio, e si consente la scelta della tipologia di solidarietà con cui contribuire; vengono dunque poste sullo stesso piano le politiche di accoglienza e di ritorno, che invece dovrebbero muoversi su livelli distinti e differenti⁶⁸².

Il ricorso al rimpatrio, infatti, parrebbe leggersi come una sorta di corsa al ribasso: si preferisce rimpatriare sulla base di una procedura alla frontiera sommaria, più che incrementare o incentivare gli strumenti di accoglienza. Nonostante tali criticità, la previsione dell'obbligatorietà di tale meccanismo pare essere un elemento innovativo e positivo, tale valutazione ottimistica viene però

⁶⁸¹ Nel documento si mettono in luce le diverse problematiche a cui vanno incontro gli Stati in ragione delle differenti ubicazioni geografiche, e la necessità da parte di questi di contribuire attraverso un meccanismo di solidarietà di carattere obbligatorio, volto a garantire un riparto di responsabilità tra tutti gli Stati membri: si v. COMM (2020), 609 *Un nuovo patto sull'immigrazione e sull'asilo*.

⁶⁸² Per tale ragione a tale misura viene data un'attenzione prioritaria. Infatti, si ritiene che l'attuale esiguo numero di rimpatri (1/3 di quelli che dovrebbero lasciare il territorio) generi sfiducia da parte dei cittadini nelle politiche europee ed incentivi la migrazione irregolare; per tale ragione viene proposto un sistema comune di rimpatri, attuato grazie al sostegno operativo di Frontex, che renda tale strumento più efficiente. Si propone inoltre la nomina di un coordinatore per i rimpatri (interno alla Commissione) e di un vicedirettore esecutivo (Frontex); di contro, non sono previste nomine analoghe per i programmi di accoglienza, quali la ricollocazione. Si v. 70 *ONG sul patto migrazione e asilo: necessario modificare gli aspetti problematici e ampliare gli aspetti positivi*, in www.asgi.it.

smorzata dalla previsione di un'ampia discrezionalità statale circa le modalità di contribuzione e di riparto di responsabilità (solidarietà flessibile)⁶⁸³. Si potrebbe ipotizzare, infatti, che taluni Stati preferiscano fornire un sostegno esterno o monetario, più che ricollocare nel proprio territorio i richiedenti, e ciò - stante il mantenimento del criterio del Paese di primo ingresso - potrebbe perpetuare lo *status quo* esistente, ossia la pressione sugli Stati di frontiera. Pare ironico o quanto meno controverso l'esplicito riferimento alla sentenza della Corte di Giustizia del 2017 (*Slovacchia, Ungheria vs. Consiglio europeo*) sul rispetto della solidarietà quale principio base e fondante⁶⁸⁴ del sistema europeo e poi - nei fatti - si conceda agli Stati di contribuire "solidalmente" in modo differente, attuando, dunque, il concetto di "solidarietà flessibile" di cui il gruppo Visegrad è il più acceso sostenitore.

Il sistema di *sponsorship* appare pertanto problematico: ipoteticamente esso potrebbe permettere ad uno Stato membro che rifiuta di agire solidalmente di essere responsabile dei rimpatri di un altro Stato. Si pensi al caso in cui uno dei Paesi del gruppo Visegrad sia chiamato a rimpatriare un cittadino straniero che si trova in Italia: ciò potrebbe generare delle conseguenze per il richiedente in termini di tutela dei propri diritti. Quali garanzie in termini di procedure e di valutazione delle domande potrebbero essere assicurate?

Dunque, nonostante l'esigenza di solidarietà e di equa ripartizione di oneri tra Stati appaia un elemento fondante di questo documento, nei fatti - ancora una volta - ci si trova di fronte ad un'attuazione mutilata. Il patto, inoltre, propone la costituzione di una nuova forma di protezione internazionale, affine a quella sussidiaria, da concedere in via immediata ad un gruppo determinato di soggetti particolarmente esposti a rischi. Per tale ragione si propone l'abrogazione della direttiva sulla protezione temporanea nel caso di afflussi massicci di sfollati (dir. 2001/55/CE).

Accanto al meccanismo di solidarietà obbligatorio viene proposto un sistema di preparazione e di risposta della crisi che permetta - nel caso di eventi di forza maggiore - di rispondere con flessibilità e di passare da una «modalità reattiva ad una modalità basata sulla preparazione e sull'anticipazione»⁶⁸⁵. Tale programma viene avviato dalla Commissione di concerto con lo Stato membro in difficoltà, e consta di due fasi: una di monitoraggio e l'altra di risposta alla crisi. La fase di monitoraggio e preparazione comporta l'attivazione di una "rete" attiva

⁶⁸³ L'auspicio della Commissione è che grazie ad una maggiore capacità di programmazione e all'innovativo strumento della *sponsorship* sul rimpatrio, si stemperino le tensioni sul sistema Dublino e che questo possa finalmente funzionare in modo efficiente, senza più attriti tra gli Stati: così C. Favilli, *Nel mondo dei "non-accordi". Protetti sì, purché altrove*, cit., p. 152 ss.

⁶⁸⁴ Si v. Sentenza *Slovacchia e Ungheria v. Consiglio*, nelle cause riunite C-643/15 e C-647.

⁶⁸⁵ COMM (2020), 609 *Un nuovo patto sull'immigrazione e sull'asilo*.

24/7, volta allo scambio di informazioni, al sostegno allo Stato sotto pressione⁶⁸⁶. La seconda fase di gestione e risposta alla crisi è caratterizzata da diverse azioni, talune riguardanti i Paesi di origine e di transito (rimpatri volontari e sostegno finanziario), talaltre, ancora, riferite agli Stati di frontiera i quali dovrebbero fornire informazioni e otterrebbero un sostegno per la gestione dell'emergenza; infine, è previsto che nei confronti degli altri Stati membri sotto pressione possa essere attivato, su richiesta di questi ultimi, il *meccanismo unionale di protezione civile per fornire l'assistenza necessaria*. Per tali esigenze si riconosce la possibilità, nel rispetto dei diritti dei richiedenti nonché del principio di non respingimento, di derogare alle normali tempistiche⁶⁸⁷.

Attraverso le attività stabilite dal primo pilastro (screening alla frontiera) e dal secondo (il meccanismo obbligatorio di solidarietà) si propone un definitivo superamento del Regolamento Dublino. In realtà, esso pare tradursi in un mero gioco di parole: se è pur vero che si propone l'abolizione del regolamento Dublino e la sua sostituzione con un regolamento sulla gestione dell'asilo e dell'immigrazione avente un ambito oggettivo più ampio⁶⁸⁸, nei fatti i criteri di Dublino permangono e vengono semplicemente fatti confluire in quest'ultimo documento: paradossalmente si proclama il superamento del regolamento Dublino ma si mantiene viva la sua ossatura essenziale, poiché il principio del Paese di primo ingresso permane e sopravvive anche a questa proposta di modifica. I criteri di determinazione, dunque, sono i medesimi ma vengono inseriti in un sistema più ampio⁶⁸⁹.

⁶⁸⁶ Ciò si accompagna ad un sostegno allo sviluppo della resilienza per lo Stato sotto pressione che dovrebbe aiutare quest'ultimo a comprendere le cause della situazione e a dirigere gli sforzi ad un consolidamento delle proprie capacità nel caso di nuova crisi migratoria. Si v. RACC. (UE) 2020/1366 della Commissione del 23 settembre 2020 *su un meccanismo dell'UE di preparazione e di gestione delle crisi connesse alla migrazione (programma di preparazione e di risposta alle crisi nel settore della migrazione)*.

⁶⁸⁷ RACC. (UE) 2020/1366 della Commissione del 23 settembre 2020 *su un meccanismo dell'UE di preparazione e di gestione delle crisi connesse alla migrazione (programma di preparazione e di risposta alle crisi nel settore della migrazione)*.

⁶⁸⁸ COMM (2020) 610, *Proposta di regolamento sulla gestione dell'asilo e della migrazione*.

⁶⁸⁹ Per esempio, riconoscendo che l'attuale sistema di trasferimento di competenza tra Stati membri costituisce un possibile incentivo ai movimenti secondari, si propone un perfezionamento dei meccanismi di determinazione della domanda; il senso intrapreso, così come nel tentativo di riforma del 2016, è quello di un inasprimento degli obblighi e delle sanzioni nei confronti dei richiedenti asilo. Si v. COMM (2020) 610, *Proposta di regolamento sulla gestione dell'asilo e della migrazione*; COMM (2020), 609 *Un nuovo patto sull'immigrazione e sull'asilo*.

2.3. Il terzo pilastro del patto europeo sull'immigrazione e sull'asilo: la cooperazione con i Paesi terzi.

Il terzo obiettivo di tale patto riguarda la dimensione esterna, con riferimento alla quale si evidenzia la necessità di incentivare la cooperazione con i Paesi terzi sotto due profili: l'uno è quello dei partenariati, l'altro è quello della prevenzione dell'immigrazione illegale e della lotta ai trafficanti attraverso la presentazione di un nuovo piano europeo e la pubblicazione delle indicazioni sulle modalità di attuazione delle norme contro il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina.

Tra le varie forme di cooperazione viene fatta esplicita menzione ai partenariati con i Paesi del Nord Africa e con l'Unione africana (UA), alla necessità di incrementare i rapporti con i Paesi dei Balcani occidentali, ossia quegli Stati che si trovano in una posizione geograficamente strategica per l'UE, nonché all'accordo con la Turchia, e alla volontà di «*incrementare l'impegno e il dialogo con quest'ultimi*»⁶⁹⁰.

In tale patto, pertanto, non vengono messe in luce le criticità che i suddetti accordi o dichiarazioni di cooperazione ingenerano sul fronte della tutela del diritto di asilo e del rispetto del principio di non respingimento, né la necessità di rendere questi canali di comunicazione equi e trasparenti, affinché siano funzionali ad ingressi legali regolati, e non al controllo *tout court* dell'immigrazione⁶⁹¹. L'obiettivo primario che sottende alla cooperazione con i Paesi terzi è infatti l'esternalizzazione delle frontiere. Il fine è quello di generare e incrementare dei partenariati che siano vantaggiosi per entrambe le parti, offrendo a tali Paesi assistenza allo sviluppo e sostegno nella gestione dell'immigrazione. Nei fatti, però, la cooperazione in materia di riammissione e di rimpatri pare mossa, più che da ragioni umanitarie, dalla volontà di incentivare le politiche di controllo dei flussi, limitative del diritto di asilo. Si ripresenta, dunque, il binomio già descritto nei due accordi UE -Turchia e Italia - Libia, emblema delle politiche di esternalizzazione, ossia il sostegno finanziario ed economico in cambio del controllo, da parte degli Stati terzi, della mobilità delle persone.

Come viene evidenziato dalle raccomandazioni che settanta organizzazioni non governative hanno inviato al Parlamento europeo, tali forme di accordo, formalmente orientate a soddisfare il retorico scopo di creare opportunità vantaggiose per i Paesi terzi e per la stessa Unione, si traducono in un *vulnus* per la protezione internazionale. Come è stato già ampiamente documentato, tali accordi comportano nei fatti un sostegno a regimi repressivi e instabili, finalizzato

⁶⁹⁰ COMM (2020), 609 *Un nuovo patto sull'immigrazione e sull'asilo*.

⁶⁹¹ Questo era uno dei punti presentati da ASGI, *Iniziativa della Commissione Europea - Nuovo Patto sull'Immigrazione e sull'Asilo Il Feedback di ASGI (Associazione per gli Studi Giuridici sull'Immigrazione)*, in www.asgi.it, 16 settembre 2020.

a un'esternalizzazione delle procedure di asilo e alla riduzione delle domande di protezione internazionale in Europa⁶⁹².

Nonostante il nucleo dell'intero documento programmatico, in linea di continuità con il passato, sia quello di promuovere una gestione controllata dei flussi migratori – anche attraverso una compressione, mai dichiarata ma nei fatti attuata, del diritto di asilo - in essa vi è il formale riconoscimento dell'importanza di accrescere i percorsi legali di accesso all'Europa. Questi percorsi, visti però come funzionali alla lotta all'immigrazione irregolare, dovrebbero incentivare sia la solidarietà tra Stati membri, sia quella verso i Paesi terzi. Nello specifico, ci si riferisce ai programmi di reinsediamento, il cui accordo *ad hoc* riguarda circa 29.500 posti nel biennio 2020/2021⁶⁹³; al sostegno agli Stati europei che vogliono dare vita a forme di partenariato pubblico o privato, o a sponsorizzazioni; alla piena attuazione del codice visti; nonché ai partenariati per attirare talenti, nell'ottica – che appare positiva – di sostenere e incentivare l'immigrazione per ragioni lavorative.

Tali indicazioni, però, paiono prive della medesima forza che detengono gli altri obiettivi del documento programmatico: infatti, non pare esservi un progetto né una visione lungimirante, ma vi è – come è stato notato – un semplice invito, attraverso lo strumento delle raccomandazioni, a che gli Stati membri garantiscano un maggior impegno in tali operazioni⁶⁹⁴.

L'ultimo aspetto critico, che pare non essere stato adeguatamente affrontato in tale patto, riguarda le operazioni di ricerca e soccorso in mare. Come è stato analizzato, tali operazioni sono al centro delle politiche non solo europee, ma degli stessi Stati membri di frontiera, ed hanno spesso generato situazioni di stallo istituzionale con conseguenti criticità per i soggetti a bordo delle imbarcazioni. Tali operazioni generano una vera e propria crisi umanitaria, oltre che politica, che viene risolta con delle soluzioni *ad hoc*. Nel riconoscere il necessario rispetto delle normative internazionali in materia di soccorso in mare, e il dovere giuridico e morale di prestare soccorso alle navi in difficoltà, l'Unione propone un approccio comune alle operazioni di SAR, riconosciute come parte integrante delle politiche di controllo delle frontiere esterne. Al di là di ciò, le indicazioni paiono essere generali e finalizzate alla politica di gestione migratoria. Benché si

⁶⁹² 70 ONG sul patto migrazione e asilo: necessario modificare gli aspetti problematici e ampliare gli aspetti positivi, in www.asgi.it.

⁶⁹³ A causa dell'emergenza sanitaria, infatti, tale programma ha subito una sospensione, per cui gli impegni di reinsediamento stabiliti per il 2020 sono stati diluiti in un biennio.

⁶⁹⁴ Prima della pubblicazione del patto, ASGI aveva auspicato che tra i suoi obiettivi vi fosse l'incremento dei canali di accesso legale, affinché si evitasse di creare un sistema che incanala le persone o nel binario della protezione internazionale o in quello del rimpatrio, ponendoli dunque come alternativi. Invece il sistema delineato in tale documento pare proprio avere come fine quello di accomunare le procedure di accoglienza con quelle di respingimento. Per un'analisi sulle proposte presentate dall'associazione, si v. ASGI, *Iniziativa della Commissione Europea – Nuovo patto sull'immigrazione e sull'asilo. Il feedback di ASGI*, in www.asgi.it.

auspichi il rafforzamento della cooperazione con i Paesi terzi e tra Stati membri, un maggiore sostegno operativo di Frontex, nonché la predisposizione di «orientamenti sull'effettiva attuazione delle norme UE, sulla definizione e la prevenzione del favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali e su come evitare la criminalizzazione degli operatori umanitari»⁶⁹⁵, tali indirizzi, pur se importanti, non paiono però essere particolarmente innovativi, rifacendosi essenzialmente alla normativa e ai divieti già vigenti in ambito internazionale⁶⁹⁶.

Con riferimento a tali operazioni si potrebbe rilevare l'assenza delle indicazioni e obiettivi formulati nel *meeting* tenutosi a la Valletta nel settembre 2019. Si ricorderà che in questo incontro si era previsto un meccanismo automatico (e temporaneo) che permettesse uno sbarco dignitoso alle persone soccorse in mare, con una rotazione volontaria dei porti sicuri. La proposta di un nuovo regolamento sulla gestione dell'asilo e dell'immigrazione⁶⁹⁷, invece, stabilisce un meccanismo di ricollocazione successivo alle operazioni di SAR, volto ad evitare il ricorso a strumenti *ad hoc*, ma non pare far riferimento all'obiettivo di rotazione dei porti, né al meccanismo automatico di sbarco. Siffatti obiettivi, salutati al tempo con grande favore mediatico, ma anche con scarso sostegno da parte degli Stati membri, paiono non trovare alcun spazio nei programmi futuri dell'Unione Europea.

In conclusione, si rileva come tale documento programmatico, punto di partenza di un percorso politico e normativo complesso, nasca come un tentativo di compromesso tra gli Stati membri, al fine di garantire la salvaguardia della sovranità statale e di permettere il perseguimento del fine, europeo e statale, di controllo degli ingressi. Nei fatti, esso pare non discostarsi realmente dall'architettura fino ad oggi disegnata sia dal sistema comune di asilo, sia dai numerosi accordi e operazioni di carattere emergenziale. L'attuazione del principio di solidarietà, posta come fondamento di tale riforma, pare ancorata alla discrezionalità degli Stati e limitata a forme di condivisione flessibili, che non permettono un concreto e vero riparto di responsabilità. Di contro, infatti, il meccanismo di solidarietà ideato e le procedure di *screening* alla frontiera paiono ancora una volta tradursi in una sproporzione di pesi a carico degli Stati geograficamente esposti. Sul versante della tutela dei diritti dei soggetti, parte di tali atti ancora una volta sembra essere lontana dal riconoscimento dell'importanza della posizione del richiedente, non solo per ragioni umanitarie,

⁶⁹⁵ Si v. COMM (2020) 609, *Un nuovo patto sull'immigrazione e sull'asilo; 70 ONG sul patto migrazione e asilo: necessario modificare gli aspetti problematici e ampliare gli aspetti positivi*, in www.asgi.it.

⁶⁹⁶ Si v. 70 ONG sul patto migrazione e asilo: necessario modificare gli aspetti problematici e ampliare gli aspetti positivi, in www.asgi.it.

⁶⁹⁷ COMM (2020) 610, *Proposta di regolamento sulla gestione dell'asilo e della migrazione*.

ma anche come strumento per arginare i movimenti secondari. Al contempo, però, si saluta sicuramente con favore l'estensione della nozione di familiare o del titolo di diploma, timidi segnali del riconoscimento del valore del "legame autentico" tra Stato membro e richiedente, quale visione umanitaria delle politiche migratorie e al contempo utile strumento di lotta della migrazione irregolare.

Le dichiarate finalità di superamento di un sistema in crisi, più che mosse da un concreto intento di riforma del sistema, paiono, invece celare la volontà politica di mantenere o rafforzare gli strumenti vigenti. «*Un nuovo inizio*» che pare, invero, voler ripercorrere le strade normative e operative già intraprese fino a questo momento, senza apportarvi considerevoli modifiche, con un *modus operandi* sintetizzabile – ci si conceda il riferimento letterario – nella nota citazione: «*se vogliamo che tutto rimanga com'è, bisogna che tutto cambi*»⁶⁹⁸.

3. Il contemperamento tra esigenze di regolamentazione dei flussi e tutela del diritto di asilo: possibili scenari e strumenti alternativi.

Dallo studio del sistema comune di asilo, degli strumenti *ad hoc* utilizzati per far fronte a situazioni emergenziali e dall'analisi del documento programmatico del 2020, pare emergere il filo conduttore delle politiche migratorie europee: una gestione dei flussi e degli ingressi finalizzata alla limitazione delle domande di protezione internazionale. Tutti gli strumenti utilizzati o presentati nel patto più recente sono volti alla lotta all'immigrazione irregolare. Benché sia legittimo che l'Unione e gli stessi Stati membri attuino politiche di gestione e controllo del fenomeno, ciò che pare assente è un contemperamento tra le esigenze di sicurezza e la tutela dei diritti fondamentali. Infatti, pare limitata l'attenzione riposta verso politiche che garantiscano o permettano di avere un accesso al territorio europeo, piegate da scelte di stampo restrittivo che, invero, parrebbero accrescere più che limitare la pressione sull'intero sistema⁶⁹⁹: tutto ciò non assicura il giusto bilanciamento tra sicurezza, solidarietà e diritti⁷⁰⁰.

⁶⁹⁸ La nota citazione, tratta dal romanzo *Il Gattopardo*, è pronunciata da Tancredi Falconieri, giovane aristocratico privo di patrimonio che – nell'epoca del crollo dell'impero dei Borbone in Sicilia - vede nelle istanze repubblicane di Mazzini e dei Mille il cambiamento necessario per perpetuare i privilegi della propria classe di appartenenza. Si v. G. Tomasi Da Lampedusa, *Il Gattopardo*, Feltrinelli ed., 1958, p. 39.

⁶⁹⁹ Viene presentata la metafora dei vasi comunicanti, per cui in situazione di equilibrio il livello di liquido e di pressione esercitata su di essa dai vasi (che sarebbero i vari strumenti costitutivi della politica migratoria europea) è uguale, quando, invece, vi è una situazione di disequilibrio la pressione aumenterà su taluni, riducendo la quantità di liquido in ognuno di essi:

Si cercherà quindi di porre l'accento sulla necessità di rafforzare alcuni strumenti già esistenti e di proporre alcune modifiche, nell'ottica di una maggior tutela dei richiedenti asilo e di un'effettiva espansione del diritto di asilo, che potrebbe al contempo permetterebbe di incrementare l'efficacia delle politiche di gestione dei flussi e di controllo dell'immigrazione.

3.1. Lo strumento del reinsediamento.

Il primo strumento di accesso legale, sicuro e protetto in Europa è il reinsediamento, ossia il processo attraverso il quale un soggetto in evidente stato di bisogno di protezione internazionale viene trasferito in un Paese membro consenziente dove troverà una protezione permanente⁷⁰¹. Già nel 2004 la Commissione sottolineò l'importanza di adottare programmi di reinsediamento⁷⁰², non tanto per finalità di carattere umanitario, quanto come strumento di gestione dei flussi. A ciò hanno fatto seguito alcune concrete azioni: nel 2007, attraverso l'istituzione del Fondo europeo per l'immigrazione e l'asilo⁷⁰³; nel 2009, con l'istituzione di un programma comune per il reinsediamento nell'UE⁷⁰⁴. Il

così G. Pelacani, *Ripensare il sistema europeo comune d'asilo: alternative per far fronte alla "crisi"*, in F. Cortese, G. Pelacani (a cura di), *Il diritto in migrazione. Studi sull'integrazione giuridica degli stranieri*, editoriale scientifica, Napoli, 2017, p. 287.

⁷⁰⁰ Si parla di «asilo teorico»: F.L. Gaitta, *Vie di accesso legale alla protezione internazionale nell'Unione Europea: iniziative e risultati (insufficienti) nella politica europea di asilo*, in *Dir. Imm. Citt.*, 2, 2018, p. 3 ss; A riguardo si v. E. Cavasino, *Diritti, sicurezza, solidarietà e responsabilità nella protezione della persona migrante*, cit., p. 10 ss.

⁷⁰¹ Secondo quanto stabilito dall'UNHCR hanno diritto al reinsediamento coloro che detengono i requisiti per ottenere lo status di rifugiato, oppure – pur non detenendoli – nel caso di apolidi presenti in uno Stato in cui non abbiano il diritto di risiedere in modo sicuro e legale, né abbiano la prospettiva di acquistare tale diritto, e si trovino in una situazione di urgente bisogno a fronte della quale il reinsediamento appaia la soluzione duratura più appropriata; oppure nel caso di familiari a carico di rifugiati se il reinsediamento può garantire l'unità familiare: si v. S. Marinai, *L'Unione europea e i canali di accesso legale per i soggetti bisognosi di protezione internazionale*, *Dir. Pubbl.*, 1, 2020, p. 60 ss.

⁷⁰² Nel 2004 vengono individuate delle Regioni prioritarie e viene istituito un fondo europeo per i rifugiati, poi definito *Fondo asilo, migrazione e integrazione* a favore degli Stati che accettavano l'ingresso di rifugiati provenienti dalle suddette Regioni.

⁷⁰³ Tale fondo viene istituito con la Decisione n. 573/2007/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 maggio 2007. Sul punto si v. C. Favilli, *Nel mondo dei "non-accordi". Protetti sì, purché altrove*, cit., p. 150 ss.

⁷⁰⁴ COMM (2009) 447, *Comunicazione sull'istituzione di un programma comune di reinsediamento UE*. Per un'analisi più dettagliata sulla rilevanza del reinsediamento nelle politiche europee dal 2004 al 2018 si v. F. L. Gaitta, *Vie di accesso legale alla protezione internazionale nell'Unione Europea: iniziative e risultati (insufficienti) nella politica europea di asilo*, cit., p. 14 ss.

reinsediamento troverà poi spazio nell'agenda europea del 2015, dove viene affiancato alla ricollocazione quale strumento di risposta alla crisi che attraversava la Grecia e l'Italia. Tale strumento viene definito dalla raccomandazione n. 914/2015 e dispone il reinsediamento di circa 20000 persone in evidente bisogno di protezione internazionale⁷⁰⁵.

A partire dal 2016 tale operazione ha poi trovato attuazione in due programmi specifici: l'uno, la dichiarazione EU - Turchia del 2016; l'altro, il cosiddetto schema 50.000. Nel primo caso, il reinsediamento, attraverso lo schema 1:1 opera a fianco della riammissione, al fine di arginare l'immigrazione irregolare dei siriani verso la Grecia. Nel secondo caso, invece, si tratta di una misura introdotta nel 2017 con una raccomandazione della Commissione, con la quale si è invitato gli Stati ad intensificare gli impegni in materia di reinsediamento, e nello specifico a reinsediare e accogliere 50000 persone bisognose di protezione internazionale entro il 31 ottobre 2019, attraverso il supporto finanziario dell'Unione e la collaborazione dell'UNHCR⁷⁰⁶.

Le forme di reinsediamento attuate tra il 2015 e 2017 sono strumenti *ad hoc* nati per rispondere a situazioni emergenziali, che hanno dimostrato una forte disomogeneità nel loro funzionamento: nei fatti – essendo basati sulla volontaria adesione degli Stati - la partecipazione di questi ultimi al reinsediamento è varia e discrezionale. Inoltre, ciò che rileva è che tale strumento, più che via di accesso legale per l'Europa, venga spesso inquadrato come strumento di controllo dei flussi. Emblematica al riguardo è la dichiarazione tra UE e Turchia, dove il reinsediamento viene accostato alla riammissione e all'immigrazione irregolare, che opera quasi come *input* al reinsediamento; infatti secondo il noto schema 1:1 per ogni cittadino siriano giunto irregolarmente in Grecia e rimpatriato in Turchia, un altro cittadino siriano che si trova in quest'ultimo Paese potrà essere reinsediato.

Anche nel patto del 2020 viene ribadita la necessità per gli Stati di implementare i percorsi di accesso legale verso l'Europa. Al riguardo rileva la Raccomandazione relativa ai percorsi legali di protezione nell'UE, che ribadisce

⁷⁰⁵ Cfr. COMM 2020/ C126/02 Covid-19: linee guida sull'attuazione delle disposizioni dell'UE nel settore delle procedure di asilo e di rimpatrio e sul reinsediamento: ogni Stato riceve 10.000 euro per ogni persona reinsediata dalle zone prioritarie, i numeri del reinsediamento – benché si siano incrementati considerevolmente rispetto al passato e si sia giunti dal 2015 al marzo 2020 a circa 65000 persone - rappresentano una quota minima (il 2%) del milione di posti che l'UNHCR ritiene necessari. Ciò sarebbe espressione di uno scarso impegno europeo in tale tipo di programma, che – in vero – viene sempre ricondotto alla necessità di alleviare la pressione verso gli Stati membri, e dunque come una parte delle politiche di controllo migratorio. In modo più dettagliato si v. *supra* cap. 3 par. 4.

⁷⁰⁶ Si v. Comm. Europea, *Raccomandazione sul rafforzamento dei percorsi legali per le persone bisognose di protezione internazionale*, 3 Ottobre 2017. Si v. F.L. Gaitta, *Vie di accesso legale alla protezione internazionale nell'Unione Europea: iniziative e risultati (insufficienti) nella politica europea di asilo*, cit., p. 19 ss.

l'importanza del reinsediamento quale strumento centrale della politica migratoria europea, e della solidarietà verso i Paesi terzi⁷⁰⁷. In tale ottica gli Stati membri dovranno agevolare la transizione dai programmi *ad hoc* al quadro stabile di reinsediamento nell'Unione Europea, dando attuazione – nell'ambito dell'attuale contesto di pandemia – agli impegni assunti per il 2020 e prorogati sino al 2021: fra i vari programmi citati, un esempio fra tutti, vi è reinsediamento dei profughi siriani dalla Turchia, ai sensi della dichiarazione del 2016⁷⁰⁸.

La finalità gestionale, più che umanitaria, di tale sistema, pare emergere dalle scelte europee rispetto ai Paesi terzi a cui offrire solidarietà. Si tratta essenzialmente di Paesi di origine e di transito dei flussi migratori e non riguarda, invece, altre aree sensibili, bisognose di aiuto umanitario⁷⁰⁹.

L'obiettivo dell'accesso legale e sicuro in Europa, infatti, rileva solo qualora venga inserito in un programma più ampio di gestione e controllo del flusso migratorio. Lo scopo umanitario viene perseguito solo ove strumentale al perseguimento dello scopo primario delle politiche europee, ossia il controllo del fenomeno migratorio⁷¹⁰.

⁷⁰⁷ Considerando 4, *Commissione europea, Raccomandazione sul rafforzamento dei percorsi legali per le persone bisognose di protezione internazionale nell'UE: reinsediamento, l'ammissione umanitaria e altri percorsi complementari*, 23 settembre 2020.

⁷⁰⁸ Si fa riferimento inoltre al programma di reinsediamento in Libano e in Giordania, nonché alle esigenze di stabilizzazione del Mediterraneo attraverso il reinsediamento di persone in evidente bisogno di protezione internazionale provenienti dalla Libia, dal Niger, dal Ciad, dall'Egitto, dall'Etiopia e dal Sudan: v. Commissione europea, *Raccomandazione sul rafforzamento dei percorsi legali per le persone bisognose di protezione internazionale nell'UE: reinsediamento, l'ammissione umanitaria e altri percorsi complementari*, 23 settembre 2020.

⁷⁰⁹ Si citano, per esempio, l'Uganda o il Camerun che, non essendo Paesi di origine o di transito dei flussi migratori, non rientrano nei programmi di reinsediamento dell'Unione Europea: si v. C. Favilli, *Nel mondo dei "non-accordi". Protetti sì, purché altrove*, cit., p. 153. Al riguardo sarebbe auspicabile l'adozione del Regolamento proposto dalla Commissione e volto ad armonizzare i criteri di selezione e le procedure tra i vari Stati, prevedendo una procedura ordinaria e una per ragioni umanitarie urgenti. Si v. COMM (2016) 468, *Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un quadro dell'Unione per il reinsediamento e modifica il Regolamento (UE) n. 516/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio*. In modo più approfondito F. L. Gaitta, *Vie di accesso legale alla protezione internazionale nell'Unione Europea: iniziative e risultati (insufficienti) nella politica europea di asilo*, cit., p. 12 ss.; S. Marinai, *L'Unione europea e i canali di accesso legale per i soggetti bisognosi di protezione internazionale*, cit., p. 60 ss.

⁷¹⁰ Si v. F. L. Gaitta, *Vie di accesso legale alla protezione internazionale nell'Unione Europea: iniziative e risultati (insufficienti) nella politica europea di asilo*, cit., p. 12 ss.; C. Favilli, *Nel mondo dei "non-accordi". Protetti sì, purché altrove*, cit., p. 150 ss.

3.2. Il secondo strumento: l'ammissione umanitaria.

Un altro strumento di accesso legale al territorio europeo è rappresentato dall'ammissione umanitaria, ossia il programma di trasferimento di soggetti bisognosi di protezione internazionale verso un determinato Stato membro. In tal senso figurano le forme di sponsorizzazione che, anche nel patto del 2020, vengono incentivate e sostenute dall'Unione Europea. Tale strumento, di notevole interesse, permette infatti a soggetti che necessitano di protezione, di giungere in Europa. Si tratta di programmi attuati dai singoli Stati membri, autonomamente o attraverso il concerto di altri soggetti come l'UNHCR, o altre organizzazioni della società civile, a favore di un gruppo di soggetti appartenenti ad una determinata nazionalità o che presentano una vulnerabilità di particolare gravità. Il ruolo svolto dallo sponsor varia a seconda della tipologia di programmi e degli Stati, in alcuni casi – infatti – è limitato alla fase di accoglienza successiva all'ingresso nel Paese ospitante, in tal altri riguarda anche la fase precedente nello Stato di partenza, la preparazione e il viaggio⁷¹¹.

L'esempio sicuramente più importante di tali tipologie di ammissione è rappresentato dal caso italiano dei corridoi umanitari. Si tratta di un'esperienza che applica la normativa europea vigente (si ricordi che la base giuridica è rappresentata dall'art. 25 del Codice dei visti), e che non pone le esigenze umanitarie come strumentali o secondarie rispetto alle finalità di gestione, ma le contempera e bilancia in modo esemplare: da un lato vi sono le esigenze di solidarietà e di protezione dei richiedenti, dall'altra, il controllo e la gestione degli ingressi in un territorio, quello italiano, notoriamente esposto ai flussi migratori. Si è già avuto modo di analizzare in modo dettagliato tali programmi, in tale sede ci preme ribadire come tali tipologie di intervento permettano un concreto contemperamento tra le esigenze di sicurezza e la tutela dei diritti fondamentali dei richiedenti. Nel momento in cui si garantisce ai richiedenti asilo un percorso di accesso legale e di successiva integrazione, si ottiene consequenzialmente una riduzione degli ingressi irregolari.

3.3. Il terzo strumento di accesso legale e sicuro: i visti umanitari.

La terza via di accesso legale all'Europa è rappresentata dai visti umanitari. Si procederà fornendo una breve ricostruzione del quadro normativo,

⁷¹¹ European Commission, *Study on the feasibility and added value of sponsorship schemes as a possible pathway to safe channels for admission to the EU, including resettlement*, 2018, p. 38 ss. In modo più approfondito si v. S. Marinai, *L'Unione europea e i canali di accesso legale per i soggetti bisognosi di protezione internazionale*, cit., p. 71 ss.

per poi concentrarsi sugli orientamenti giurisprudenziali più recenti al riguardo e sulla possibilità di prevedere un visto umanitario europeo, quale strumento di contemperamento tra esigenze di controllo e tutela del diritto di asilo.

Il codice visti (reg. n. 810/2009) disciplina le procedure e il rilascio dei visti per un periodo che va dai 90 a 180 giorni. L'art. 25 disciplina il rilascio dei visti a territorialità limitata (VTL) per motivi umanitari: si tratta di visti di breve durata (90 giorni) che possono essere rilasciati per motivi umanitari, di interesse nazionale o in virtù di obblighi internazionali. Tali visti possono essere rilasciati dallo Stato membro in via eccezionale, quando si ritenga che sia necessario derogare alle condizioni di ingresso ordinariamente previste per i cittadini dei Paesi terzi ai sensi del Codice frontiere Schengen⁷¹². Dalla lettura della disposizione emerge un ampio margine discrezionale riconosciuto agli Stati nel rilascio di tali visti, nonché la sua dimensione derogatoria ed eccezionale. L'art. 25, infatti, non chiarifica se il rilascio del visto umanitario rappresenti un obbligo o una mera facoltà per gli Stati membri.

In tal senso pare necessario rifarsi alla giurisprudenza più recente, che sembra riconoscere la facoltatività del rilascio del VTL. Al riguardo possono essere presentate quattro pronunce: la sentenza *X e X vs Belgio* della Corte di Giustizia, la sentenza *M. N e altri vs. Belgio* della Corte europea dei diritti dell'uomo e infine, pur se di rilievo nazionale, un'ordinanza del tribunale di Roma del febbraio 2019 e la sentenza n. 22917/2019 del tribunale di Roma.

La sentenza *X e X vs. Belgio* riguarda il caso di una famiglia siriana che, giunta in Libano, presenta domanda di visto a territorialità limitata all'ambasciata belga. Le autorità dello Stato membro negano tale visto in quanto la sua concessione rientrerebbe tra le ipotesi di asilo diplomatico, non contemplate dal diritto europeo. La Corte di giustizia, chiamata a pronunciarsi su tale diniego, sostiene che le autorità belghe hanno errato nel qualificare tale richiesta come visto di breve durata. Infatti, sostiene la Corte, il rilascio dei visti umanitari per richiedere la protezione internazionale esula dalla disciplina del codice visti, richiedendo la durata di un soggiorno superiore a 90 giorni; pertanto, essa rientra nelle competenze nazionali ed è rimessa alla discrezionalità degli Stati membri, non sussistendo alcuna disciplina unitaria a livello europeo⁷¹³. L'eventuale

⁷¹² I VTL differiscono dai visti uniformi (di cui all'art. 24), in quanto i primi permettono la circolazione solo nel territorio dello Stato che lo ha rilasciato, mentre i secondi – benché concessi sempre da un singolo Stato membro – permettono la circolazione nell'intera area Schengen.

⁷¹³ La sentenza disattende le conclusioni formulate un mese prima della pronuncia dall'avvocato generale P. Mengozzi, che aprivano le porte per un ingresso protetto dei migranti in Europa. Infatti, secondo l'avvocato generale la fattispecie in esame rientrava a pieno nel diritto dell'Unione Europea: nel momento in cui gli Stati adottano una decisione ai sensi dell'art. 25 del reg. 810/2009, applicano il diritto europeo e sono pertanto chiamati al rispetto dei diritti stabiliti dalla CEDU. Nel caso della famiglia siriana, poiché tali soggetti non avevano alcun altro modo per

accoglimento di tale richiesta, infatti, avrebbe comportato la possibilità per i soggetti di presentare una domanda di protezione internazionale basata sul codice visti, in deroga ai criteri di determinazione dello Stato competente stabiliti dal Regolamento Dublino. Dunque, l'ipotetico riconoscimento della possibilità di scelta dello Stato in cui presentare la domanda di protezione internazionale si porrebbe in contrapposizione con i principi stabiliti dal sistema Dublino, e lederebbe dunque il suo intero impianto.

Con tale pronuncia, nell'ordinario conflitto tra tutela dei diritti fondamentali e sovranità statale, viene data prevalenza a quest'ultima dimensione, venendo meno la possibilità di indicare una strada per incentivare le vie di accesso legale all'Europa, nel rispetto degli obblighi di tutela dei diritti dei richiedenti protezione internazionale. Non sussistendo una legislazione unitaria in materia di visti umanitari, tale sentenza avrebbe potuto rappresentare un monito o indicare una via per le istituzioni europee affinché fossero colmate le lacune legislative⁷¹⁴.

Un caso analogo, che si pensava potesse rappresentare una svolta rispetto all'orientamento definito, è rappresentato dal caso *M. N. e altri v. Belgio*, su cui si è pronunciata di recente la Corte EDU, nel luglio 2020. Il ricorso è ad opera, anche in questo caso, di una famiglia siriana contro il diniego di visto umanitario (ex art. 25 codice dei visti) ad opera delle autorità diplomatiche belghe a Beirut. La richiesta del visto umanitario era giustificata dalla situazione di pericolo di trattamenti inumani e degradanti in Siria. La Corte di Strasburgo ha mantenuto inalterata l'argomentazione formulata dalla Corte di Giustizia nel 2017 (sentenza *X e X vs. Belgio*), non riconoscendo l'esistenza di un obbligo di rilascio del visto umanitario, finalizzato alla domanda di protezione internazionale, a carico degli Stati membri.

Nel caso di specie, la Corte EDU ha sostenuto che non sussiste alcuna giurisdizione⁷¹⁵ dello Stato membro, né sul piano territoriale, poiché i ricorrenti non hanno mai fatto ingresso nel territorio dello Stato, né extraterritoriale, in

accedere alla protezione internazionale e dunque alla tutela dei propri diritti (nello specifico gli artt. 3 e 4 della CEDU), il rilascio del visto rappresentava un obbligo per lo Stato.

⁷¹⁴ Sulla sentenza in esame si v. C. Favilli, *Visti umanitari e protezione internazionale: così vicini così lontani*, cit., p. 553. G. Caggiano, *Are you syrious? Il diritto europeo delle migrazioni dopo la fine dell'emergenza alla frontiera orientale dell'Unione*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2, 2017, p. 7 ss.; F. L. Gaitta, *Vie di accesso legale alla protezione internazionale nell'Unione Europea: iniziative e risultati (insufficienti) nella politica europea di asilo*, cit., p. 3 ss.; S. Marinai, *L'Unione europea e i canali di accesso legale per i soggetti bisognosi di protezione internazionale*, cit., p. 57 ss.

⁷¹⁵ Il concetto di giurisdizione tracciato in tale sentenza pare sicuramente più restrittivo rispetto a quello tracciato in altre sentenze, ove veniva ricondotto all'esercizio di pubblici poteri, per cui uno Stato esercita la propria giurisdizione anche qualora eserciti potere e controllo su un individuo attraverso agenti che operano al di fuori del proprio territorio. In modo più approfondito si v. F. Camplone, *La sentenza M. N. e Al vs. Belgio alla luce di X e X. La conferma della prudenza delle Corti o un impulso allo sviluppo di canali di ingresso legali europei?*, in *Dir. Imm. Citt.*, 3, 2020, p. 255 ss.

quanto le autorità belghe non hanno mai esercitato delle forme di controllo sul territorio libanese e su quello siriano. Allineandosi alla posizione del Belgio e degli altri Stati membri intervenuti nel giudizio, la Corte ha sostenuto che il riconoscimento della scelta individuale del ricorrente comporterebbe un'applicazione estensiva della Convenzione, che importerebbe un obbligo illimitato per gli Stati europei di garantire l'ingresso nel territorio di soggetti bisognosi di protezione internazionale, anche al di fuori della propria giurisdizione. Tale interpretazione, inoltre, sarebbe in contrasto con il diritto internazionale convenzionale, che riconosce la piena sovranità statale in materia di controllo degli ingressi, di soggiorno e di espulsione. In tal senso, ponendosi in linea con la sentenza *X e X vs. Belgio* della Corte di Giustizia, nel bilanciamento tra la tutela dei diritti dei richiedenti protezione internazionale e la sovranità statale, la Corte garantisce la piena realizzazione e prevalenza di quest'ultima. Pertanto, nonostante l'ampia tutela riconosciuta ordinariamente dal giudice di Strasburgo nell'ipotesi di trattamenti inumani e degradanti (art. 3 CEDU), nel caso di specie anche la Corte dei diritti considera prevalente l'interesse statale.

In tal senso, stante la dichiarata impossibilità di riconoscimento delle domande di protezione presentate presso le ambasciate in base alla CEDU, la Corte riconosce ai singoli Stati membri la possibilità di agevolare la loro presentazione alle ambasciate e invita i richiedenti a farvi ricorso⁷¹⁶.

Tali sentenze permettono di individuare in modo chiaro la linea di interpretazione assunta con riferimento all'art. 25 del codice visti: il rilascio del visto umanitario è rimesso alla mera discrezionalità statale.

Se la giurisprudenza fa prevalere l'interesse statale comprimendo il diritto di asilo (extraterritoriale) e la tutela dei diritti fondamentali, essa si pone in linea con l'intero sistema comune di asilo europeo, ove pare primaria e prioritaria l'esigenza di controllo dei flussi e di esternalizzazione delle procedure, in un'ottica di limitazione degli ingressi, più che di costituzione o di incremento di canali di accesso legale e sicuro in Europa. La proposta legislativa di un visto umanitario europeo, presentata dal Parlamento europeo alla Commissione nel 2018, è stata infatti abbandonata dalla Commissione in ragione della sua

⁷¹⁶ La Corte ha così ribadito l'orientamento stabilito in una sentenza controversa, di qualche mese precedente, *N.D. e N.T. vs. Spagna* dove era stata negata la violazione dell'art. 4, protocollo 4 sul divieto di respingimenti collettivi nei confronti di due cittadini marocchini. Questi ultimi avevano cercato di entrare irregolarmente nel territorio spagnolo, pur avendo la possibilità di ricorrere ad ingressi legali attraverso la presentazione della domanda di protezione internazionale presso le ambasciate spagnole. Il richiamo a tale orientamento nella sentenza del luglio 2020 pare espressione di una visione repressiva della Corte che sembra stridere con il ruolo di Corte dei diritti umani da sempre attribuitele: si v. Corte EDU, sentenza del 13.2.2020, *N.D. e N.T. contro Spagna*; su tale sentenza si v., fra tutti, F. Mussi, *La sentenza N.D e N.T della Corte europea dei diritti umani: uno "schiaffo" ai diritti dei migranti alle frontiere terrestri?*, in <http://www.sidiblog.org/2020/03/19/la-sentenza-n-d-e-n-t-della-corte-europea-dei-diritti-umani-uno-schiaffo-ai-diritti-dei-migranti-alle-frontiere-terrestri/>.

insostenibilità politica. Già nel 2014 il Parlamento europeo aveva portato avanti studi sulla necessità di un visto umanitario europeo a carattere obbligatorio per tutti gli Stati, che permettesse l'accesso sicuro in Europa finalizzato alla presentazione della domanda di protezione internazionale⁷¹⁷. L'ipotesi di una disciplina dei visti di carattere sovranazionale, non rimessa alla discrezionalità statale, sembrerebbe un'importante proposta di riforma del sistema, in grado di garantire al contempo la tutela del diritto di asilo e la gestione dei flussi migratori⁷¹⁸.

L'assenza di una disciplina unitaria, infatti, non è solo l'esito di un difetto di armonizzazione in materia di politiche migratorie, ma è altresì espressione della volontà di non creare obblighi sovranazionali per gli Stati in materia di accesso al territorio europeo; ciò pare in linea con l'assetto analizzato, ove la regola è la facoltatività nell'adesione agli strumenti di gestione dei flussi migratori.

Al di là di tali valutazioni, però, lo stesso patto del 2020 non dedica particolare rilevanza alla tematica degli accessi legali, e nel caso di specie dei visti umanitari. In vero, è bene sottolinearlo, l'ampliamento o il miglioramento delle vie di accesso legale all'Europa non garantirebbe solo la protezione dello straniero, ma potrebbe rappresentare un vero strumento di lotta dell'immigrazione irregolare, riducendo i fattori a sostegno della criminalità organizzata (i viaggi irregolari nel Mediterraneo), nonché le risorse finanziarie europee utilizzate per il contrasto e il controllo di tale tipologia di mobilità.

In tale approccio europeo restrittivo, sia a livello politico che a livello giurisprudenziale, pare aprirsi una breccia sul piano statale con due pronunce del 2019 del Tribunale di Roma. In entrambi i casi viene indicata una via da percorrere guidata dall'interpretazione del diritto europeo e nazionale alla luce dei diritti fondamentali. La prima pronuncia è un'ordinanza del febbraio 2019, con cui il Tribunale di Roma ha imposto al Ministero degli esteri il rilascio di un visto umanitario ad un minore nigeriano cui era stato negato dall'ambasciata italiana a Tripoli. Il rilascio del visto ex art. 25 del regolamento è stato motivato con l'esistenza di violazioni di diritti umani e di trattamenti degradanti e inumani in Libia⁷¹⁹, con la necessità di garantire cure mediche che né in Libia, né in Niger il minore avrebbe potuto ottenere, e altresì con l'esigenza di ricostruire l'unità familiare con la madre che si trovava da tempo in Italia, grazie ad un permesso di soggiorno per motivi umanitari. La soddisfazione del diritto alla salute e del

⁷¹⁷ Si v. U. Iben Jensen, *Humanitarian Visas: Options or Obligations?*, Study for the LIBE Committee of the European Parliament, 2014, disponibile su www.europarl.europa.eu.

⁷¹⁸ Il visto umanitario europeo di carattere obbligatorio viene inquadrato tra le possibili soluzioni volte a superare l'attuale sistema Dublino. In questo senso G. Morgese, *La riforma del sistema Dublino: il problema della condivisione delle responsabilità*, cit., p. 111.

⁷¹⁹ L'ordinanza è inoltre l'occasione per sottolineare i trattamenti disumani e degradanti perpetuati dalle autorità libiche nei centri detentivi; tra i documenti vengono infatti menzionati i report di *Amnesty International* del periodo 2015/2016.

diritto all'unità familiare è stata considerata un'esigenza primaria, la cui tutela sarebbe potuta avvenire solo concedendo al minore il visto a validità temporale limitata di cui all'art. 25 del regolamento⁷²⁰.

La seconda sentenza è la n. 22917/2019 che, applicando direttamente l'art. 10, comma 3 Cost., lega in modo diretto il diritto di accesso al territorio, finalizzato alla domanda di protezione internazionale, al divieto di respingimento, inteso sia in senso negativo che positivo. In tale pronuncia il tribunale di Roma non obbliga al rilascio del visto umanitario, ma indica un'altra strada percorribile per l'amministrazione che, nel caso di specie, aveva agito non rispettando gli obblighi costituzionali e internazionali, essendo a conoscenza della critica situazione libica e dei trattamenti a cui i migranti sarebbero stati sottoposti nel caso di ritorno nel territorio libico.

Le decisioni del giudice italiano, pertanto, forniscono un'interpretazione che differisce da quella della (peraltro successiva) giurisprudenza europea, in quanto appaiono improntate a bilanciare il diritto di asilo e gli altri diritti del richiedente con la necessità di gestire in modo legale e sicuro i flussi migratori.

Tale bilanciamento, come si è avuto modo di analizzare, non viene perseguito nel documento programmatico del 2020. Quest'ultimo non riconosce alle vie di accesso legale all'Europa, sia che si tratti di reinsediamento, di ammissione o di visti umanitari, la portata di strumenti attuativi di una riforma del sistema, ma le considera mere operazioni che discrezionalmente, e senza il carattere dell'obbligatorietà, gli Stati possono attuare grazie al sostegno dell'Unione Europea. Tali strumenti, infatti, benché fortemente e costantemente invocati, appaiono scarsamente applicati e in nessun modo possono comunque considerarsi compensativi delle misure di contenimento dei flussi⁷²¹, che generano con costanza una lesione e una menomazione del diritto di asilo.

Il patto presenta però anche alcune proposte di soluzione alle attuali criticità: tra queste vi sarebbe la modifica della direttiva sui lungo soggiornanti, ossia la riduzione del necessario per ottenere tale status da cinque a tre anni. Tale ipotetica modifica pare sicuramente rilevante, in quanto ridurrebbe il termine allo scadere del quale il beneficiario di protezione internazionale può circolare liberamente all'interno dell'area UE ed eventualmente trasferirsi in un altro Stato membro. Come è noto, infatti, ai titolari di protezione internazionale non è concesso muoversi liberamente nel territorio europeo (se non per un arco di tempo

⁷²⁰ La sentenza è reperibile in allegato al comunicato della Associazione Studi Giuridici sull'Immigrazione (ASGI) del 16 maggio 2019: «*Il Tribunale di Roma ordina il rilascio di un visto umanitario per un minore nigeriano in Libia*», in www.asgi.it; per un'analisi sulla sentenza si v. E. Frasca, *L'ordinanza del Tribunale di Roma del 21 febbraio 2019 che obbliga il Ministero degli esteri all'immediato rilascio di un visto per motivi umanitari restituisce un senso all'art. 25 del codice dei visti europeo: politiche del diritto ed esigenze di tutela a confronto*, in *Dir. Imm. Citt.*, 3, 2019, p. 207 ss.; S. Marinai, *L'Unione Europea e i canali di accesso legale per i soggetti bisognosi di protezione internazionale*, cit., p. 69.

⁷²¹ C. Favilli, *Nel mondo dei "non-accordi"*. Protetti sì, purché altrove, cit., p. 153.

limitato che va dai 90 a 180 giorni), a meno che non abbiano il permesso di lungo soggiorno.

La diminuzione del termine per l'ottenimento di tale status rappresenterebbe sicuramente un importante passo in avanti, ma insufficiente. Ad esso potrebbe essere applicato il mutuo riconoscimento delle decisioni positive di protezione internazionale tra Stati⁷²² che – mantenendo vigenti i criteri del sistema Dublino – permetterebbe ai beneficiari di protezione di potersi spostare liberamente sul territorio dell'Unione e conseguentemente garantirebbe il difficile contemperamento tra i diritti dei richiedenti/beneficiari di protezione internazionale e la gestione dei flussi, nonché permetterebbe un riparto di responsabilità tra gli Stati, riducendo la pressione su quelli di frontiera.

In tal senso possono essere presentate due ulteriori soluzioni che permetterebbero di riequilibrare il sistema, ma che il patto del 2020 non pare aver preso in considerazione.

La prima è il riconoscimento del legame autentico tra richiedente asilo e Stato competente a valutare la sua domanda di protezione internazionale. Sebbene sia positiva l'estensione della definizione di familiare, essa pare comunque un'apertura fin troppo timida. Il riconoscimento della libera scelta del richiedente, pare – come si è avuto già modo di sostenere – la soluzione più semplice ma politicamente impraticabile; per tale ragione si potrebbe optare per un'applicazione condizionata, vincolata alla sussistenza di determinate condizioni quali i legami autentici con lo Stato, derivanti non solo dai vincoli familiari e lavorativi ma anche culturali e sociali, che renderebbero più agevole e meno costoso il processo di integrazione dello straniero⁷²³.

4. Il diritto d'asilo nel sistema normativo europeo e degli Stati Membri tra rinascita dei nazionalismi e spinte all'accoglienza. Confini aperti, politiche restrittive o «controlled borders and open doors»? Considerazioni conclusive.

L'intero sistema comune di asilo europeo, e nello specifico il Regolamento Dublino, paiono strumenti non idonei a rispondere alle esigenze migratorie odierne, sia nell'ordinaria amministrazione che nelle fasi di emergenza.

Il principio di solidarietà che dovrebbe operare come punto cardine delle politiche migratorie è stato attuato attraverso istituti la cui adesione da parte degli

⁷²² Ad oggi, infatti, il mutuo riconoscimento sussiste solo nel caso di decisioni negative.

⁷²³ In tal senso si v. la Risoluzione del Parlamento europeo, COMM(2016) 0270- c8.

Stati è tendenzialmente facoltativa, e anche quando, come è accaduto con il recente patto del 2020, si è prefigurato un sistema di riparto di responsabilità obbligatorio per gli Stati (il cosiddetto “meccanismo di solidarietà”), l’obbligatorietà viene mitigata dalla natura flessibile di tale meccanismo.

Il contemperamento tra esigenze di sicurezza, solidarietà tra gli Stati e tutela dei diritti fondamentali pare ad oggi di difficile perseguimento. Nel bilanciamento tra questi tre fattori, le politiche migratorie in atto mostrano una maggiore attenzione verso l’esigenza di diminuire gli ingressi, e importano una evidente contrazione del principio di solidarietà, definito «à la carte»⁷²⁴, e della tutela dei diritti fondamentali, tra tutti il diritto di asilo. Le politiche migratorie attuate a livello nazionale e a livello europeo, infatti, mostrano una costante lettura riduttiva del diritto di asilo, il cui esercizio diviene opzionale, azionabile solo qualora risulti essere funzionale alla gestione dei flussi e all’esternalizzazione delle frontiere.

Com’è noto, infatti, una delle essenze della sovranità statale è data dal controllo dei propri confini e, in ambito migratorio, dal potere di decidere gli ingressi nel proprio territorio e, dunque, di porre in essere politiche di esclusione. Nel corso della trattazione i casi emblematici di tale approccio sono stati molteplici: si pensi alla posizione del fronte Visegrad nei confronti dei meccanismi di ricollocazione del 2015/2016, o alla politica italiana dei cosiddetti “porti chiusi”, nonché alla recente posizione greca che, nel marzo 2020, ha deciso di sospendere la valutazione di tutte le domande di protezione internazionale a seguito dell’apertura dei confini da parte della Turchia.

In Europa, dunque, si assiste ad una sorta di schizofrenia⁷²⁵ per cui da un lato sussiste un quadro normativo nobile, fortemente improntato alla tutela del diritto di asilo e basato sulle Carte dei diritti, sui Trattati europei, sulle Costituzioni nazionali, attuato con atti di diritto europeo e interno che delineano una protezione assai più avanzata di quella fondata sulla Convenzione di Ginevra. Dall’altra, in correlazione ad un eccezionale afflusso di stranieri, si è assistito negli ultimi anni al venire in essere – sia a livello sovranazionale che nazionale – di politiche e prassi restrittive o quanto meno finalizzate al controllo dei confini e degli ingressi, fondate su atti di *soft law*, atti amministrativi (un esempio fra tutti, la vicenda dei “porti chiusi”), o prassi applicative ambigue (si pensi al cosiddetto foglio notizie con cui negli hotspot i migranti, a distanza di poco tempo dallo sbarco e con un’informativa spesso insufficiente, sono chiamati a scegliere – apponendo una croce – se chiedere o meno protezione internazionale). In tale contesto le finalità securitarie e di controllo del fenomeno hanno progressivamente acquistato un peso e una rilevanza maggiore rispetto alle

⁷²⁴ Cfr. S. Carrera, R. Cortinovis, *Search and rescue, disembarkation and relocation arrangements in the Mediterranean Sailing Away from Responsibility?*, cit., p. 8.

⁷²⁵ Così M. J. Gibney, *The ethics and the politics of asylum*, Cambridge University Press, 2004, p. 20 ss.

esigenze di tutela dei diritti fondamentali. Si è avuto modo di concentrarsi sulle recenti politiche italiane di criminalizzazione del soccorso in mare, ma nel medesimo senso si collocano – per esempio – anche le operazioni di chiusura dei confini attuate dai Paesi del Nord Europa durante la crisi migratoria degli anni Dieci.

Nei fatti, proprio le criticità del 2015 hanno mostrato in modo chiaro come la crisi dei rifugiati abbia provocato una crisi istituzionale nei rapporti tra gli Stati membri e l'Unione europea. Non si tratta più quindi solo di un problema umanitario, ma anche di un problema di carattere gestionale, che necessita soluzioni *ad hoc* volte ad attuare operazioni di frontiera. Gli obiettivi di Tampere, volti alla costituzione di un sistema comune di asilo, paiono ad oggi lungi dall'essere perseguiti⁷²⁶.

Avendo analizzato le politiche attuate a livello nazionale ed europeo si può ora cercare di valutare quali tra gli approcci al rapporto tra straniero e territorio che si sono esaminati nel primo capitolo - confini aperti, confini chiusi o «*controlled borders and open doors*» – costituisca un efficace chiave di lettura del sistema di asilo europeo.

In modo sintetico, le teorie dei confini aperti si legano in modo differenziato al concetto di equità: i confini aperti rappresenterebbero lo strumento attraverso cui ridurre le disuguaglianze e garantire accesso alle differenti opportunità: in tale visione, la libertà di movimento opera sia come diritto fondamentale che come strumento per perseguire determinati fini, quali – per esempio – l'accesso a migliori condizioni lavorative⁷²⁷. In senso opposto, invece, si pongono le teorie restrittive per cui ogni Stato ha il diritto di attuare politiche di stampo securitario di difesa dei confini, al fine di salvaguardare la propria identità nazionale, in quanto il migrante è concepito come un pericolo, come un invasore⁷²⁸. A metà strada tra questi due opposti orientamenti si pongono le teorie che cercano di bilanciare il diritto alla sicurezza, alla gestione dei confini e degli ingressi con la tutela dei diritti fondamentali, e il diritto di asilo in particolar modo⁷²⁹.

⁷²⁶ A titolo esemplificativo si veda il considerando 4, conclusioni di Tampere 1999: «L'obiettivo è un'Unione europea aperta, sicura, pienamente impegnata a rispettare gli obblighi della Convenzione di Ginevra relativa allo status dei rifugiati e di altri importanti strumenti internazionali per i diritti dell'uomo, e capace di rispondere ai bisogni umanitari con la solidarietà».

⁷²⁷ Si v. J. Carens, *Aliens and citizen: the case for Open Borders*, cit., p. 252 ss.; ID., *Who should get in? The ethics of immigration admission*, cit., p. 96 ss. In modo più approfondito *supra*, cap. 1, par. 1.

⁷²⁸ M. Walzer, *Le sfere di giustizia*, cit., p. 41 ss.

⁷²⁹ S. Benhabib, *La rivendicazione dell'identità culturale*, cit., p. 197 ss.; Ead., *I diritti degli altri*, cit., p. 8 ss.; H. Arendt, *Le origini del totalitarismo*, cit., p. 411 ss.

Una visione cosmopolita del diritto⁷³⁰, tipica delle teorie dei confini aperti, sembra non cogliere la necessità che si definiscano politiche di gestione del fenomeno che non solo contemperino differenti esigenze, ma che siano rispondenti anche a finalità di pragmatismo politico. Di contro, invece, le teorie in difesa dell'identità nazionale trovano oggi terreno fertile nella rinascita dei nazionalismi, in quelle politiche populiste che contrappongono il cittadino allo straniero, vedendo quest'ultimo come una minaccia per la sicurezza nazionale, per la società e per l'identità nazionale⁷³¹. Gli indirizzi limitanti in materia migratoria – le politiche di esternalizzazione, la politica dei “porti chiusi”, le tendenze riduttive del diritto di asilo nei decreti legge Minniti e Salvini, le prassi applicative negli hotspot – sembrano invece ascrivibili all'approccio restrittivo a difesa dell'identità nazionale⁷³². Invero, la gestione del fenomeno migratorio è di per sé legittima ed auspicabile purché tale fine non si traduca in una compressione dei diritti dei richiedenti o in accordi con Paesi terzi che vengono qualificati come sicuri anche se praticano politiche lesive delle libertà fondamentali. La gestione degli ingressi e le esigenze di sicurezza sono fini legittimamente perseguibili sia dall'Unione europea che dai singoli Stati membri, ma l'elemento carente – come è

⁷³⁰ Vengono presentate due tesi. La prima, definita come «*partialism*», basata sull'idea per cui gli Stati sono delle distinte comunità culturali che detengono il diritto di autodeterminarsi e quindi devono dare prevalenza ai diritti dei cittadini: esse sono teorie di stampo nazionalistico basate sulla necessità di difendere i cittadini e l'identità dello Stato; la seconda tesi, definita «*impartialism*», è basata su approccio cosmopolita, secondo cui le politiche di ammissione sono le uniche che permettono in egual modo di tutelare i diritti dei cittadini e degli stranieri: si v. M. J. Gibney, *The ethics and the politics of asylum*, cit., p. 20 ss.

⁷³¹ M. Walzer, *Le sfere di giustizia*, cit., p. 41 ss.; v. *supra*, cap. 1, par. 2.

⁷³² Nell'analisi del regime giuridico italiano si è visto come il diritto di asilo costituzionale di cui all'art. 10, comma III, rappresenti il cardine dell'intero sistema, su la cui diretta applicazione o meno si discute in dottrina: da un lato, vi è la tesi di coloro che sostengono la sua piena attuazione attraverso il sistema di protezione internazionale delineatosi a seguito del recepimento delle direttive comunitarie; dall'altro chi, invece, sostiene che il diritto di asilo non ha mai trovato una diretta attuazione, in quanto è “appiattito” su altre forme di protezione internazionale. Gli interventi normativi più recenti (i decreti legge convertiti in legge emanati nel 2018/2019) sono stati la più chiara espressione di politiche restrittive e limitative del diritto di asilo, novellati – nell'ottobre 2020 – da un d.l. che pur avendo in parte migliorato l'assetto definito dalle norme del 2018, non apporta significative modifiche a molteplici aspetti critici e problematici riferibili alla tutela del diritto di asilo. Benché esistano in Italia espressioni di applicazione della tesi fondata sul contemperamento tra regolamentazione dei flussi e tutela dei richiedenti protezione internazionale (i corridoi umanitari), le scelte normativo-politiche effettuate sembrano porsi in linea con le politiche europee, più improntate al controllo dei confini e all'esternalizzazione delle procedure che alla tutela del diritto di asilo. Sull'asilo come diritto pienamente attuato dalle forme di protezione internazionale esistenti si veda fra tutti P. Bonetti, *Il diritto d'asilo in Italia dopo l'attuazione della direttiva comunitaria sulle qualifiche e sugli status di rifugiato e di protezione sussidiaria*, cit., p. 16 ss.; *contra*, M. Benvenuti, *Il diritto di asilo nell'ordinamento costituzionale italiano, un'introduzione*, cit., p. 125 ss. In modo più approfondito sul diritto di asilo nella Costituzione italiana v. *supra* cap. 2, par. 5; per un'analisi sulla legislazione italiana si v. cap. 3, parr. 5, 6, 7.

stato evidenziato – è un contemperamento tra queste finalità: l'esigenza di solidarietà, il riparto di responsabilità tra gli Stati e la tutela dei diritti fondamentali. Si assiste, pertanto, ad un sistema che, nella sua ossatura essenziale, sembra ispirarsi alla solidarietà e alla condivisione delle responsabilità tra gli Stati, e basarsi su un apparato di tutela dei diritti fondamentali e dei meccanismi di accesso legale all'Europa ma che, nella sua più recente implementazione, sembra invece volgersi verso strumenti di esclusivo controllo del fenomeno migratorio, verso forme di solidarietà limitate che creano un sistema disomogeneo e costituito da diversi e specifici strumenti, attuabili nelle sole situazioni emergenziali. Le finalità di un'equilibrata gestione del fenomeno migratorio, di solidarietà tra gli Stati membri e dell'Unione europea verso i Paesi terzi, l'esigenza di garantire il diritto di asilo non sembrano, come è stato sostenuto, contemperate dall'assetto comune in materia di asilo, in particolar modo dal Regolamento Dublino, né – soprattutto – dai numerosi strumenti emergenziali attuati nel corso del tempo. Anche sul fronte delle modifiche al sistema Dublino, sia quelle proposte nel 2016 sia quelle previste in futuro dal patto del 2020, l'esigenza di tale bilanciamento sembra essere marginale, in quanto il fine primario perseguito rimane il controllo del fenomeno e degli ingressi, con una compressione sia sul fronte del riparto delle responsabilità che sul fronte della garanzia del diritto di asilo.

Nonostante, infatti, sussistano in ambito europeo atti che promuovono un accesso legale al territorio e che permettono di contrastare i movimenti secondari e di lottare contro l'immigrazione irregolare, essi sono mere raccomandazioni per gli Stati, senza che sia stata imposta una vera armonizzazione sovranazionale che permetterebbe di definire obblighi e procedure comuni⁷³³. L'Unione europea schiacciata dalle rivendicazioni nazionali e dalla ricerca di un consenso tra i vari Stati membri, converge con questi ultimi sull'unico elemento condiviso, ossia il controllo dei confini e degli accessi⁷³⁴.

La solidarietà e la responsabilità, invece, dovrebbero essere poste alla base dell'azione normativa dell'UE, quali principi adeguati a garantire sicurezza e diritti fondamentali. Il limite dei diritti, dunque, dovrebbe divenire «*il principio costituzionale di azione in materia di protezione della persona migrante*»⁷³⁵, in modo tale da superare le attuali politiche di contenimento dei flussi (esprese in modo chiaro dall'espressione “*stemming the flow*”) e da giungere ad una vera

⁷³³ Sul fronte interno, nell'ambito delle sponsorizzazioni private, si segnala l'esperienza dei corridoi umanitari: emblema di un approccio volto alla regolamentazione dei flussi e al contempo alla tutela del diritto di asilo e alla diretta applicazione del dettato costituzionale: vedi *supra*, cap. 1, par. 3.2.

⁷³⁴ «*What we need is a complete transformation of current western attitude to migration*»: cfr. M. Dummet, *On immigration and refugees*, Rutledge, New York, 2011, p. 74.

⁷³⁵ E. Cavasino *Diritti, sicurezza, solidarietà e responsabilità nella protezione della persona migrante*, cit., p. 13.

gestione dei flussi e degli ingressi che, con il superamento del sistema vigente, in particolare del Regolamento Dublino III, permetta di raggiungere un'armonizzazione basata su un «*doppio vincolo*»⁷³⁶, la soddisfazione delle legittime esigenze di sicurezza e controllo da un lato, la garanzia e la tutela del diritto di asilo e dei diritti fondamentali dall'altro.

⁷³⁶ Cfr. S. Benhabib, *I diritti degli altri*, cit., p. 2.

Bibliografia

Algostino A., *Il decreto “sicurezza e immigrazione” (d.l. n. 113/2018): estinzione del diritto d’asilo, repressione del dissenso e disuguaglianza*, in *Costituzionalismo.it*, fascicolo 2, 2018.

Algostino A., *L’esternalizzazione soft delle frontiere e il naufragio della Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2017.

Arendt H., *Le origini del totalitarismo*, Einaudi, Torino, 2009.

ASGI, *Alcune luci e molte ombre nel decreto legge n. 130/2020 in materia di immigrazione e asilo: è indispensabile fare subito modifiche importanti*, in www.asgi.it, 4 novembre 2020.

ASGI, *Analisi critica del c.d. “Decreto sicurezza bis” relativamente alle disposizioni inerenti il diritto dell’immigrazione*, in www.asgi.it, 13 settembre 2019.

ASGI, *Decreto Immigrazione e Sicurezza, ASGI: lampante la volontà di restringere i diritti e le libertà degli individui e creare nuove forme di tensione*, in <https://www.asgi.it/>.

ASGI, *I nuovi orientamenti politico-normativi dell’Unione Europea. La prospettiva di nuove e radicali chiusure al diritto di asilo*, in www.asgi.it, settembre 2017.

ASGI, *Iniziativa della Commissione Europea - Nuovo Patto sull’Immigrazione e sull’Asilo Il Feedback di ASGI (Associazione per gli Studi Giuridici sull’Immigrazione)*, in www.asgi.it, 16 settembre 2020.

ASGI, *L’attività delle organizzazioni internazionali in Libia e le problematiche ripercussioni sull’esternalizzazione del diritto di asilo*, in *Quest. Giust.*, 1, 2020.

ASGI, *L’esternalizzazione delle frontiere e della gestione dei migranti: politiche migratorie dell’Unione Europea ed effetti giuridici*, in www.asgi.it, dicembre 2019.

ASGI, *Le modifiche alla disciplina del trattenimento amministrativo del cittadino straniero, del richiedente protezione internazionale, del cittadino comunitario apportate dal d.l. 113/2018*, in www.asgi.it, 25 ottobre 2018.

ASGI, *Manifeste illegittimità costituzionali delle nuove norme concernenti permessi di soggiorno per esigenze umanitarie, protezione internazionali, immigrazione e cittadinanza previste dal decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113*, in www.asgi.it, 15 ottobre 2018.

Asprone M., *Il diritto di asilo e lo status di rifugiato*, Aracne editrice, Roma, 2012.

Bale T., *Cinderella and Her Ugly Sisters: The Mainstream and Extreme Right in Europe's Bipolarising Party Systems*, in *West European Politics*, V.26, No. 3, 2003.

Barile P., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 1984.

Bascherini G., *Immigrazione e diritti fondamentali, L'esperienza italiana tra storia costituzionale e prospettive europee*, Jovene, Napoli, 2007.

Battistella G. (a cura di), *Il Dizionario socio-pastorale delle Migrazioni*, in *Dizionari San Paolo*, Edizioni San Paolo, 2010.

Baumgartner P., Wagner M., *Sharing responsibilities in Common European Asylum system*, in CEASEVAL, www.icmpd.com, 4, 2018.

Benhabib S., *I diritti degli altri*, Raffaele Cortina Editore, Milano, 2006.

Benhabib S., *La rivendicazione dell'identità culturale*, Il Mulino, Bologna 2005.

Benvenuti M., *Andata e ritorno per il diritto d'asilo costituzionale*, in *Dir. Imm. Citt.*, fascicolo 2, 2010.

Benvenuti M., *Gli hotspot come chimera. Una prima fenomenologia dei punti di crisi alla luce del diritto costituzionale*, in *Dir., Imm., Citt.*, fascicolo 2, 2018.

Benvenuti M., *Il diritto d'asilo nell'ordinamento italiano, un'introduzione*, Cedam, Padova, 2007.

Benvenuti M., *Il dito e la luna, la protezione delle esigenze di carattere umanitario degli stranieri prima e dopo il decreto Salvini*, in *Dir. Imm. Citt.*, fascicolo 1, 2019.

Benvenuti M., *La forma dell'acqua. Il diritto d'asilo costituzionale, tra attuazione, applicazione e attualità*, in *Quest. Giust.*, 2, 2018.

Benvenuti M., *La protezione internazionale*, in www.associazioneitalianacostituzionalisti.it, 02/07/2010.

Benvenuti M., *Un diritto in alto mare*, in *Costituzionalismo.it.*, fascicolo 1, 27 maggio 2009.

Betts A., Milner J., *The Externalisation of EU Asylum Policy: The Position of African States*, in *Dansk Institut for Internationale Studier, DIIS*, 2007.

Bonetti P., *I principi, i diritti e doveri. Le politiche migratorie*, in B. Nascimbene (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Cedam, Padova, 2004.

Bonetti P., *I profili generali della normativa italiana sugli stranieri dal 1998*, in B. Nascimbene (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Cedam, Padova, 2004.

Bonetti P., *Il diritto d'asilo in Italia dopo l'attuazione della direttiva comunitaria sulle qualifiche e sugli status di rifugiato e di protezione sussidiaria*, in *Dir. Imm.*, *Citt.*, X, -1-2008.

Bonetti P., *Ingresso, soggiorno e allontanamento*, in B. Nascimbene (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Cedam, Padova, 2004.

Bonetti P., *L'evoluzione delle norme e delle politiche del diritto di asilo in Italia e in Europa tra protezione internazionale e asilo costituzionale*, in M. Giovanetti, N. Zorzella (a cura di), *Ius Migrandi. Trent'anni di politiche e legislazione sull'immigrazione in Italia*, Milano, Franco Angeli ed., 2020.

Bonetti P., *La insostenibilità costituzionale delle recenti norme sugli stranieri. I limiti all'ingresso e al soggiorno che violano i diritti fondamentali e il sistema delle fonti del diritto non assicurano sicurezza, né alcuna disciplina efficace dell'immigrazione*, in *Dir. Pubbl.*, fascicolo 3, 2019.

Bonetti P., *Prime note sulla tutela costituzionale contro il razzismo e la xenofobia*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1994.

Borraccetti M., *La politica europea della migrazione nel periodo 2017-2019: sviluppi e perplessità*, in *Dir. Imm.*, *Citt.*, 3, 2017.

Borraccetti M., *Schengen o dell'Unione europea: rafforzamento o dissolvimento?*, in *Quad. Cost.*, 1, 2016.

Boyde M., *Family and personal networks in international migration*, in *The International Migration Review*, Vol. 23, No. 3, autumn 1989.

Caggiano G., *Are you syrious? Il diritto europeo delle migrazioni dopo la fine dell'emergenza alla frontiera orientale dell'Unione*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2, 2017.

Camplone F., *La sentenza M. N. e Al vs. Belgio alla luce di X e X. La conferma della prudenza delle Corti o un impulso allo sviluppo di canali di ingresso legali europei?*, in *Dir. Imm. Citt.*, 3, 2020.

Cannizaro E., Caligiuri A., «Art. 10», in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. primo, UTET, Torino, 2006.

Cannizaro E., *Denialism as the Supreme Expression of Realism A Quick Comment on NF v. European Council*, in *European Papers*, 2, 2017.

Caputo A., *Espulsione e detenzione amministrativa*, in *Quest. Giust.*, n. 3, 1999.

Caravita di Toritto B., *I diritti politici dei "non cittadini"*, in AA. VV., *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, Atti del XXIV Convegno annuale dell'AIC, Jovene, Napoli, 2010.

Carens J., *A Reply to Meilaender: Reconsidering Open Borders*, in *The International Migration Review*, Vol. 33, No. 4 (Winter, 1999).

Carens J., *Aliens and citizen: the case for Open Borders*, in *the Review of Politics*, vol. 49, n. 2, spring 1987.

Carens J., *The ethics of Immigration*, Oxford University Press, 2013.

Carens J., *Who should get in? The ethics of immigration admission*, in *Ethics & international affairs*, 17, n.1, p.96.

Caritas Italiana (a cura di), *Oltre il mare: primo rapporto sui corridoi umanitari in Italia*, in www.caritas.it, aprile 2019.

Carrera S., Cortinovis R., *Search and rescue, disembarkation and relocation arrangements in the Mediterranean Sailing Away from Responsibility?*, in *CEPS paper in Liberty and security in Europe*, no 10/2019.

Carrera S., Guild E, *Can the new refugee relocation system work? Perils in the Dublin logic and flawed reception conditions in the EU*, n. 334, ottobre 2015.

Carta M., *Il criterio dello Stato di primo ingresso, secondo il regolamento Dublino III, in occasione degli interventi di Search and Rescue*, in *Federalismi.it*, 3, 2018.

Cassese A., *Sub artt. 10-12*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione. Principi fondamentali. Art. 1-12*, Zanichelli, Bologna - Roma, 1975.

Castronuovo E., *Il permesso di soggiorno per motivi umanitari dopo la sentenza della Corte di Cassazione n. 4455/2018*, in *Dir. Imm. Citt.*, 3, 2018.

Cavasino E., *Ancora sui rapporti tra asilo e rifugio*, in *Il foro italiano*, vo. 130, n. 6, 2007.

Cavasino E., *Diritti, sicurezza, solidarietà e responsabilità nella protezione della persona migrante*, in *Federalismi.it*, 3, 2018.

Cherchi R., *Il respingimento alla frontiera e differito: presupposti, tipologie ed effetti*, in *Dir., Imm., Citt.*, fascicolo, 2019.

Cherchi R., *Il trattenimento dello straniero nei centri di identificazioni e di espulsione*, in *Quest. Giust.*, 2014.

Cherchi R., *Lo straniero e la Costituzione, Ingresso, soggiorno e allontanamento*, Jovene Editore, Napoli, 2012.

Cherchi R., *La disciplina costituzionale dello straniero*, in corso di pubblicazione, 2020.

Ciervo A., *Ai confini di Schengen, la crisi dell'Unione Europea tra "approccio hotspot" e Brexit*, in *Costituzionalismo.it*, 3, 2016.

Cognini P., *Le modifiche ai decreti-sicurezza*, in www.meltingpot.it.

Cole P., *The philosophies of Exclusion*, Edinburgh University Press, 2000.

Collett E., *Future EU policies development on immigration and asylum: understanding the challenge*, in *Migration Policy institute Europe – policy brief series*, issue 4, 2014.

Collyer M., *The Dublin regulations influences on asylum destinations and the exception of Algerians in the UK*, *Journal of Refugee Studies* 17(4), 2004.

Colombo E. , *Le conclusioni dell'Avvocato Generale Sharpston sulle Relocation Decisions: la condanna dei Paesi convenuti per preservare lo Stato di diritto e il principio di solidarietà*, in <http://rivista.eurojus.it/le-conclusioni-dellavvocato-generale-sharpston-sulle-relocation-decisions-la-condanna-dei-paesi-convenuti-per-preservare-lo-stato-di-diritto-e-il-principio-di-solidarieta/>.

Colucci M., *1989-2019: lo sviluppo dell'immigrazione straniera in Italia in una prospettiva storica*, in M. Giovanetti, N. Zorzella (a cura di), *Ius Migrandi. Trent'anni di politiche e legislazione sull'immigrazione in Italia*, Franco Angeli ed., Milano, 2020.

Conti G., *Il criterio dell'integrazione sociale quale parametro rilevante per il riconoscimento della protezione umanitaria*, in *federalismi.it*, 29 ottobre 2018.

Contini M.C., *La "riforma Orlando- Minniti" a un anno dall'entrata in vigore. I molti dubbi e le poche certezze nelle prassi delle sezioni specializzate*, in *Dir. Imm. Citt.*, fascicolo 3, 2018.

Corsi C., *Lo Stato e lo Straniero*, Cedam, Padova, 2001.

Crawley H., *Chance or choice? Understanding why asylum seekers come to UK*, in *refugee council.org*, 2010.

Cuniberti M., *Espulsione dello straniero e libertà costituzionali*, in *Dir. Pubbl.*, 2000.

Curreri S., *Prime considerazioni sui profili di incostituzionalità del decreto legge n. 113/2018 (c.d. "decreto sicurezza")*, in *Federalismi.it*, 21 novembre 2018.

Cuttita P., *I confini d'Europa a sud del Mediterraneo, strumenti e incentivi per l'esternalizzazione dei confini*, in P. Cuttita, F. Vassallo Paleologo (a cura di), *Migrazioni, frontiere, diritti*, edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2006.

Cuttita P., *Confini territoriali e sovraterritoriali dei controlli dell'immigrazione*, in *Ragion Pratica*, fascicolo 2, 2009.

D'Orazio G., *Lo straniero nella Costituzione italiana*, Cedam, Padova, 2012.

De Bruycker P., Tsourdi E., *The Bratislava Declaration on migration: European irresponsability instead of solidarity*, in *Asylum, institutions, solidarity*, in <https://eumigrationlawblog.eu/the-bratislava-declaration-on-migration>.

De Vittor F., *Respingimenti in mare ed 'esternalizzazione' della protezione: il confine territoriale come limite agli obblighi di tutela*, in M. Meccarelli, P. Palchetti, C. Sotis (a cura di), *Ius peregrinandi. Il fenomeno migratorio tra diritti fondamentali, esercizio della sovranità e dinamiche di esclusione*, EUM edizioni Università di Macerata, 2012.

De Vittor F., *Soccorso in mare e rimpatri in Libia: tra diritto del mare e tutela internazionale dei diritti dell'uomo*, *Riv. Dir. Int.*, 2009.

Del Guercio A., *La seconda fase di realizzazione del sistema europeo comune d'asilo*, in *Osservatorio Costituzionale*, 2014.

Di Filippo M., *Le misure sulla ricollocazione dei richiedenti asilo adottate dall'Unione Europea nel 2015, considerazioni critiche e prospettive*, in *Dir. Imm. Citt.*, n. 3-4, 2015.

Di Martino A., *Centri, campi, Costituzione. Aspetti di incostituzionalità dei CIE*, in *Dir. Imm. Citt.*, n. 1, 2014.

Di Pietro F., *Il decreto legge 130/2020. Disposizioni urgenti in materia di immigrazione (permessi, espulsioni, sar, cittadinanza)*, 23 ottobre 2020, in www.asgi.it.

Dummet M., *On immigration and refugees*, Rutledge, New York, 2011.

EARLI- EUROPE (a cura di), *Un'introduzione al sistema comune di asilo europeo per i giudici*, in EASO, agosto 2016, <https://easo.europa.eu/>, p. 14 ss.

ECRE 2018, *Asylum at the European Council 2018: outsourcing or reform? Policy paper*, in <https://www.ecre.org/wp-content/uploads/2018/08/Policy-Papers-04.pdf>.

L. Elia, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Milano, 1962.

Elliot A., *Mediterranean distinctions: Forced migration, forceful hope and theanalytics of desperation*, in E. Fiddian-Qasmiyeh (a cura di), *Refuge in a Moving World. Tracing refugee and migrant journeys across disciplines*, UCL press, 2020.

Esposito C., *Asilo, (Diritto di), d) Diritto costituzionale*, in *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, 1958.

Eurasylum, *L'attuazione dell'art. 80 TFUE sul principio di solidarietà ed equa ripartizione della responsabilità, anche sul piano finanziario, tra gli Stati membri nel settore dei controlli alle frontiere, dell'asilo e dell'immigrazione*, in [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/JOIN/2011/453167/IPOL-LIBE_ET\(2011\)453167_IT.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/JOIN/2011/453167/IPOL-LIBE_ET(2011)453167_IT.pdf).

Favilli C., *La comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo su una politica comunitaria in materia di immigrazione: prime riflessioni*, in *Dir Imm. Citt.*, 2001, fascicolo 1.

Favilli C., *Il patto europeo sulla migrazione e l'asilo: "C'è qualcosa di nuovo, anzi d'antico"*, 2 ottobre 2020, in <https://www.asgi.it/asilo-e-protezione-internazionale/il-patto-europeo-sulla-migrazione-e-lasilo-ce-qualcosa-di-nuovo-anzi-dantico/>.

Favilli C., *La cooperazione UE-Turchia per contenere il flusso dei migranti e richiedenti asilo: obiettivo riuscito?*, in *Dir. umani e dir. intern.*, 2, 2016.

Favilli C., *La protezione umanitaria per motivi di integrazione sociale. Prime riflessioni a margine della sentenza della Corte di Cassazione n. 4455/2018*, in *Quest. Giust.*, 14/03/2018, in <https://www.questionegiustizia.it/articolo/la-protezione-umanitaria-per-motivi-di-integrazione-14-03-2018.php>.

Favilli C., *Nel mondo dei "non-accordi". Protetti sì, purché altrove*, in *Quest. Giust.*, 1, 2020.

Ferraris V., *Eurodac e i limiti della legge: quando il diritto alla protezione dei dati personali non esiste*, in *Dir., Imm., Citt.*, fascicolo 2, 2017.

Fine S., Ypi L. (a cura di), *Migration in Political Theory: the ethics of movement and membership*, Oxford scholarship online, 2016.

Flamini M., *L'emergenza sanitaria da Covid- 19 nel paese d'origine integra uno dei presupposti per il riconoscimento della protezione umanitaria?*, in *Quest. Giust.*, 15/07/2020.

Frasca E., *L'ordinanza del Tribunale di Roma del 21 febbraio 2019 che obbliga il Ministero degli esteri all'immediato rilascio di un visto per motivi umanitari*

restituisce un senso all'art. 25 del codice dei visti europeo: politiche del diritto ed esigenze di tutela a confronto, in *Dir. Imm. Citt.*, 3, 2019.

Frazzini A., *Il caso S.S and others v. Italy nel quadro dell'esternalizzazione delle frontiere in Libia: osservazioni sui possibili scenari al vaglio della Corte di Strasburgo*, in *Dir. Imm. Citt.*, 2, 2020.

Frelick B., *The impact of externalisation of migration controls on the rights of asylum seekers and other migrants*, in *Journal on migration and human security*, 4, 2016.

Fusaro C., *L'ascesa del populismo in Europa. Italia, la terra promessa*, www.forumcostituzionale.it, 26 agosto 2019.

Gaitta F.L., *Vie di accesso legale alla protezione internazionale nell'Unione Europea: iniziative e risultati (insufficienti) nella politica europea di asilo*, in *Dir. Imm. Citt.*, 2, 2018.

Geddes A., Ruhs M., *Reforming Asylum and Migration Policies in Europe: Attitudes, Realism and Values*, in RSACS PP, 2019, reperibile online.

Gennari L., Cecchini C.L., Crescini G., *Esternalizzazione delle frontiere e gestione della rotta mediterranea tra esigenze di sicurezza e tutela dei diritti fondamentali*, in M. Giovanetti, N. Zorzella (a cura di), *Ius migrandi, trent'anni di politiche e legislazione sull'immigrazione in Italia*, Franco Angeli, Milano, 2020.

Gibney M. J., *The ethics and the politics of asylum*, Cambridge University Press, 2004.

Gilbert A., Koser K., *Coming to UK: what do asylum seekers know about the UK before arrival?*, in *Journal of ethics and migration*, 20 August 2006.

Giovanetti M., *La frontiera mobile dell'accoglienza per richiedenti asilo e rifugiati in Italia. Vent'anni di politiche, pratiche e dinamiche di bilanciamento del diritto alla protezione*, in *Dir. Imm. Citt.*, fascicolo 1, 2019.

Giuffré M., *Esternalizzazione delle frontiere e non-refoulement: accesso al territorio e alla procedura di asilo alla luce della sentenza n. 22917/2019*, in *Quest. Giust.*, 1, 2020.

Goldner Lang I., *No Solidarity without Loyalty: Why Do Member States Violate EU Migration and Asylum Law and What Can Be Done*, in *European Journal of Migration and Law*, 22, 2020.

Goodwin-Gill G., *The Right to Seek Asylum: Interception at Sea and the Principle of Non-Refoulement*, in *International Journal of Refugee Law*, 3, 2011.

Gornati A., “Paesi terzi sicuri”, respingimenti a catena e detenzione arbitraria: il caso Ilias e Ahmed, in *Dir. Um. e dir. Intern.*, fascicolo 2, maggio-agosto 2017.

Grosso E., *Straniero (status costituzionale dello)*, in *Dig. Pubbl.*, vol. XV, UTET, Torino, 1999.

Guild E., Carrera S., *The Hague programme e the EU's agenda on Freedom, security and Justice: delivering results for Europe's citizens?*, in *Centre for European policies security*, 7 giugno 2006.

Huemer M., *Is there a right to migrate?*, in *Social theory and practice*, volume 36 n. 3, June 2010.

Iben Jensen U., *Humanitarian Visas: Options or Obligations?*, Study for the LIBE Committee of the European Parliament, 2014, disponibile su www.europarl.europa.eu.

James P., Mayblin L., *Factors influencing asylum destination choice: a review of the evidence*, in *The University of Sheffield, working paper 04/16.1*, 2016, in <https://asylumwelfarework.files.wordpress.com/2015/03/factors-influencingasylumdestinationchoice-working-paper.pdf>.

Jemolo A.C., *Sezione IV; Decisione 27 Febbraio 1952, n. 208*; Pres. Papaldo P., Est. Pierro; Starkov (Avv. Jemolo) c. Ministero Degli Interni (Avv. Dello Stato Carbone), in *Il Foro Italiano*, vol. 75, 1952.

Kant I., *Per la pace perpetua*, Feltrinelli, Milano, 2013.

Küçük E., *The Principle of Solidarity and Fairness in Sharing Responsibility: More than Window Dressing?*, in *European Law Journal*, 2016.

Kuschminder K., Waider J., *At Europe frontline: factors determining migrants decision making for onward migration from Greece and Turkey*, in *Migration and development*, 23 April 2019.

Leone S., *La disciplina degli Hotspot nel nuovo art. 10 ter d.lgs. n. 286/98: un'occasione mancata*, in *Dir. Imm. Citt.*, 2, 2017.

Locchi M.C., *I diritti degli stranieri*, Carocci, Roma, 2011.

Lollo A., *Note minime sulla partecipazione alla vita democratica del non cittadino (la giurisprudenza costituzionale sui diritti politici degli stranieri)*, in www.associazioneitalianacostituzionalisti.it, osservatorio novembre, 2013.

Luciani M., *Cittadini e stranieri come titolari dei diritti fondamentali. L'esperienza italiana*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1992.

Luciani M., *La partecipazione politica e i migranti*, in L. Ronchetti (a cura di), *La Repubblica e le migrazioni*, Giuffr , Milano 2014.

Magnanensi S., Passaglia P., Rispoli E. (a cura di), *La condizione giuridica dello straniero extra-comunitario, quaderno predisposto in occasione dell'incontro trilaterale delle Corti Costituzionali italiana, spagnola e portoghese*, Madrid 25-27 settembre 2008, reperibile online.

Marinai S., *L'Unione europea e i canali di accesso legale per i soggetti bisognosi di protezione internazionale*, *Dir. Pubbl.*, 1, 2020.

Martin L., *Waiting (and paying) for Godot: analyzing the systemic consequences of the solidarity crisis in EU asylum law*, in *European Journal of Migration and law*, 2020.

Mentasti G., *Campi di detenzione per migranti in Libia: il caso Matammud*, in *Dir. Imm. Citt.*, 1, 2020.

Merilaender C., *Liberalism and open borders: the argument of Joseph Carens*, in *The International Migration Review*, Vol. 33, No. 4 (Winter, 1999).

Minniti L., *La Costituzione italiana come limite alla regressione e spinta al rafforzamento della protezione internazionale dello straniero in Europa*, in *Quest. Giust.*, 2, 2018.

Mitsilegas V., *Humanizing solidarity in European refugee law: the promise of mutual recognition*, in *Maastricht Journal of European Comparative Law*, 2017.

Mitsilegas V., *Solidarity and trust in the Common European Asylum System*, in *Comparative migration studies*, 2, 2014.

Moreno - Lax V., *Accessing asylum in Europe, Extraterritorial Border Controls and Refugee Rights under EU Law*, Oxford studies in European Law, 2017.

Moreno-Lax V., *Solidarity's reach: meaning dimensions and implications for EU (external) asylum policy*, in *Maastricht journal of European and comparative law*, 2017.

Moreno-Lax V., *The Legality of the "Safe Third Country" Notion Contested: insights from the Law of Treaties*, in G.S. Goodwin-Gill and P. Weckel (eds), *Migration & Refugee Protection in the 21st Century: Legal Aspects - The Hague Academy of International Law Centre for Research*, Martinus Nijhoff, 2015.

Morgese G., *Dublin system, "scrooge-like" solidarity and the EU law: are there viable options to the never ending reform of the Dublin III Regulation?*, in *Dir. Imm. Citt.*, fascicolo 3, 2019.

Morgese G., *La riforma del sistema Dublino: il problema della condivisione delle responsabilità*, in *Dir. Pubbl.*, 1, 2020.

Morgese G., *La riforma del sistema europeo comune di asilo e i suoi principali riflessi nell'ordinamento italiano*, in *Dir., Imm., Citt.*, 4, 2013.

Morgese G., *Solidarietà e ripartizione degli oneri in materia di asilo nell'Unione Europea*, in G. Caggiano (a cura di), *Percorsi giuridici per l'integrazione, migranti e titolari di protezione internazionale tra diritto dell'Unione Europea e ordinamento italiano*, Giappichelli editore, Torino, 2014.

Morgese G., *The Dublin system vis-à-vis EU solidarity before the European Court of Justice: the law, the whole law, and nothing but the law*, in G. C. Bruno, F. M. Palombino, A. Di Stefano (a cura di), *Migration issues before international courts and tribunals*, CNR edizioni, 2019.

Morozzo Della Rocca P., *I due protocolli d'intesa sui "corridoi umanitari" tra alcuni enti di ispirazione religiosa ed il governo ed il loro possibile impatto sulle politiche di asilo e immigrazione*, in *Dir. Imm. Citt.*, 1, 2017.

Mortati C., *Istituzioni di diritto pubblico*, IX, vol I, Cedam, Padova, 1976.

Mouzourakis M., *We need to talk about Dublin: responsibility under the Dublin System as a blockage to asylum burden-sharing in the European Union*, RSC working paper, 2014.

Muddle C., *Populist radical right parties in Europe*, Cambridge university press, 2007.

Munteanu A., *Secondary movements in Romania: the asylum migration nexus*, in <https://www.unhcr.org/research/working/4766521e2/secondary-movement-romania-asylum-migration-nexus-alison-munteanu.html>.

Mussi F., *La sentenza N.D e N.T della Corte europea dei diritti umani: uno "schiaffo" ai diritti dei migranti alle frontiere terrestri?*, in <http://www.sidiblog.org/2020/03/19/la-sentenza-n-d-e-n-t-della-corte-europea-dei-diritti-umani-uno-schiaffo-ai-diritti-dei-migranti-alle-frontiere-terrestri/>.

Nascimbene B., Di Pasquale A., *L'eccezionale afflusso di persone dal Nord Africa e l'Unione europea: una colpevole assenza?*, in *Dir., Imm., Citt.*, XIII, fasc. 1, 2011.

Nascimbene B., E. M. Mafrolla, *Recenti sviluppi della politica comunitaria in materia di immigrazione e asilo*, in *Dir., Imm., Citt.*, 2002.

Nascimbene B., *Lo straniero nel diritto italiano*, Giuffrè, Milano, 1988.

Neumayer E., *Asylum destination choice: what makes some European Western countries more attractive than others?*, in *European Union Politics*, Vol. 5, n. 2.

Niessen J., *The Amsterdam Treaty and NGO responses*, in *European Journal of Migration and Law*, 2, 2000.

Noll G., *Risky games? A theoretical approach to burden sharing in the asylum field*, in *Journal of refugee studies*, 3, 2003.

Nozick P., *Anarchia, Utopia, Stato*, Il Saggiatore, Milano, 2000.

Onida V., *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, in AA. VV., *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, Atti del XXIV Convegno annuale dell'AIC, Jovene, Napoli, 2010.

Pace A., *Dai diritti fondamentali del cittadino ai diritti fondamentali dell'uomo*, in www.rivistaaic.it, 2010.

Pace A., *Problematica delle libertà costituzionali*, Cedam, Padova, II edizione, 1990.

Padula C., *Le decisioni della Corte Costituzionale sul Decreto sicurezza*, in *Consultaonline*, fascicolo II, 2019.

Padula C., *Quale sorte per il permesso di soggiorno umanitario dopo il dl 113/2018?*, in *Quest. Giust.*, 22/11/2018, in <https://www.questionegiustizia.it/articolo/quale-sorte-per-il-permesso-di-soggiorno-umanitario-dopo-il-dl-1132018-21-11-2018>.

Palombarini G., *Del caso Oçalan e dintorni*, *Dir., Imm., Citt.*, fasc. 4, 1999.

Papa M. I., *Crisi dei rifugiati e principio di solidarietà ed equa ripartizione delle responsabilità tra gli Stati membri dell'Unione Europea*, in *Costituzionalismo.it*, 3, 2016.

Papapanagiotou-Leza A., Garipidis N., *Implementing the "Hotspot approach" on the Greek Islands: legal and operational aspects*, in *Dir., Imm., Citt.*, 1, 2017.

Papapnicolopulu I., *Immigrazione irregolare via mare, tutela della vita umana e organizzazioni non governative*, in *Dir. Imm. Citt.*, 3, 2017.

Papastavridis E., *Recent "Non-Entrée" Policies in the Central Mediterranean and Their Legality: A New Form of "Refoulement"?*, in *Dir. uman. e dir. intern.*, 2, 2018.

Parusel P., Schneider J., *Reforming the Common European Asylum System: responsibility sharing and the harmonisation of asylum outcomes*, in *Delmi report*, 2017.

Passaglia P., *Il diritto d'asilo tra riconoscimento costituzionale, (in)attuazione legislativa e prospettive comunitarie*, in *Il rispetto delle regole, scritti in onore di Alessandro Pizzorusso*, Giappichelli, Torino, 2005.

Pastore M., Zorzella N., *30 anni di legislazione italiana in materia di condizione giuridica della persona straniera. Alcune chiavi di lettura*, in M. Giovanetti, N. Zorzella (a cura di), *Ius Migrandi. Trent'anni di politiche e legislazione sull'immigrazione in Italia*, Franco Angeli ed., Milano, 2020.

Peers S., *Relocation of asylum-seekers in the EU: law and policy*, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2015/09/relocation-of-asylum-seekers-in-eu-law.html>.

Peers S., Romano E., *The EU, Turkey and the refugee crisis: What could possibly go wrong?*, in <http://eulawanalysis.blogspot.it/2016/02/the-eu-turkey-and-refugee-crisis-what.html>.

Pelacani G., *Ripensare il sistema europeo comune d'asilo: alternative per far fronte alla "crisi"*, in F. Cortese, G. Pelacani (a cura di), *Il diritto in migrazione. Studi sull'integrazione giuridica degli stranieri*, editoriale scientifica, Napoli, 2017.

Pevnick R., *Immigration and the Control of Justice*, Cambridge University Press, 2011.

Pijnenburg A., *From Italian Pushbacks to Libyan Pullbacks: Is Hirsi 2.0 in the Making in Strasbourg?*, in *European Journal of migration and law*, 2018.

Pitea C., *La nozione di paese di origine sicuro e il suo impatto sulle garanzie per i richiedenti protezione internazionale in Italia*, in *Riv. Dir. Intern.*, fascicolo 3, 2019.

Pugiotto A., *«Purché se ne vadano» . La tutela giurisdizionale assente o carente nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, in *Dir. e soc.*, 3-4, 2009.

Pugiotto A., *«Purché se ne vadano». La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, AA. VV., *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, Atti del XXIV Convegno annuale dell'AIC, Jovene, Napoli, 2010.

Pugiotto A., *La «galera amministrativa» degli stranieri e le sue incostituzionali metamorfosi*, in *Quad. Cost.*, 2014.

R. Cholewinsky, *The Eu acquis on irregular migration: reinforcing security at the expense of rights*, in *European journal of migration and law*, 2000.

Rauti A., *Diritto degli stranieri e modelli di cittadinanza*, in F. Astone, R. Cavallo Perin, A. Romeo, M. Savino (a cura di), *Immigrazione e diritti fondamentali, atti dei convegni Siracusa 4 Maggio 2017, Torino 27 ottobre 2017*, Università degli Studi di Torino, 2019.

Rawls J., *Una teoria della giustizia*, Feltrinelli, Milano, 1999.

Riccardi A., *Esternalizzazione delle frontiere italiane in Libia e Niger: una prospettiva di diritto internazionale*, in *Quest. Giust.*, 1, 2020.

Rispoli E., *La condizione giuridica dello straniero extra-comunitario, quaderno predisposto in occasione dell'incontro trilaterale delle Corti Costituzionali italiana, spagnola e portoghese*, Madrid 25-27 settembre 2008.

Rizza L., *La riforma del sistema Dublino: laboratorio per esperimenti di solidarietà*, in *Dir. Imm. Citt.*, 2018.

Roman E., *Le criticità di un accordo a tutti i costi*, in <http://www.sidisil.org/sidiblog/?p=1736>.

Romeo G., Penasa S., *Sovereignty-based arguments and the European asylum system: searching for a European constitutional moment?*, in *Bocconi legal studies research paper series*, marzo 2020.

Ruotolo M., *Brevi note sui possibili vizi formali e sostanziali del d.l. n. 113 del 2018 (c.d. decreto "sicurezza e immigrazione")*. Audizione presso la Commissione affari costituzionali del Senato in relazione all'esame in sede referente del disegno di legge n. 840 (d.l. 113/2018-sicurezza pubblica), Roma, 16 ottobre 2018, in *Osservatorio costituzionale*, fascicolo 3, 2018.

Sangiovanni A., *Solidarity in the European Union*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2, 2013.

Santangelo V., *Art. 2 del DL 130/2020: Disposizioni in materia di procedure per il riconoscimento della protezione internazionale*, 23 ottobre 2020, in www.asgi.it.

Sardo D., *I diritti politici dei non cittadini*, in F. Angelini, M. Benvenuti, A. Schillacci (a cura di), *Le nuove frontiere del diritto dell'immigrazione: integrazione, diritti, sicurezza. Atti del convegno di Roma, 2-3 febbraio 2011*, Jovene, Napoli, 2011.

Savino M., *Creating a European market for refugees?*, in *Saggi DPCE on line*, 2, 2017.

Savino M., *La chimera di Tampere*, in *Dir. Pubbl.*, 1, 2020.

Savino M., *La crisi dei confini*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 3, 2016.

Savino M., *Le libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, Giuffrè, Milano, 2012.

Schimmelfennig F., *Europeanisation Beyond the Member States*, in *Nomos*, 3, 2010.

Schuck P.H., *Refugee burden-sharing. A modest proposal*, in *Yale law school*, 1997.

Sciurba A., *Ai confini dei diritti. Richiedenti asilo tra normativa e prassi, dall'hotspot alla decisione della commissione territoriale*, in *Quest. Giust.*, 2, 2018.

Sciurba A., *Fenomenologia del diritto d'asilo*, in B.M. Billotta (a cura di), *Il diritto d'asilo*, F.A. Cappelletti, Cedam, 2006.

Scovazzi T., *La tutela della vita umana in mare, con particolare riferimento agli immigrati clandestini diretti verso l'Italia*, in *Riv. Dir. Int.*, 2005.

Song S., *Immigration and Democracy*, Oxford University Press, 2018.

Spagnolo A., *Un gioco delle parti sulla pelle delle persone. L'insostenibilità delle ragioni greche, turche ed europee nella crisi migratoria in corso*, in <http://www.sidiblog.org/2020/03/14/un-gioco-delle-parti-sulla-pelle-delle-persone-linsostenibilita-delle-ragioni-greche-turche-ed-europee-nella-crisi-migratoria-in-corso/>.

Spataro O., *I diritti degli immigrati nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Nuove autonomie*, 2/3, 2013.

Spijkerboer T., *Afterword: From the Iron Curtain to Lampedusa*, (a cura di) P. Cuttitta, T. Last, in *Border Deaths. Causes, Dynamics and Consequences of Migration-related Mortality*, Amsterdam University press, 2020.

Stancati P., *Le libertà civili del non cittadino*, in AA. VV., *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, Atti del XXIV Convegno annuale dell'AIC, Jovene, Napoli, 2010.

Tagliapietra A., *The European Migration Crisis: A Pendulum between the Internal and Dimensions*, in *Istituto Affari Internazionali (IAI)*, 2019.

Takle M., Seeberg M. L., *All European countries are not the same! The Dublin Regulation and onward migration*, in *Europe rapport 2015*.

Tani I., *Ricerca e soccorso nel mediterraneo centrale tra diritto internazionale e nuove (discutibili) qualificazioni del fenomeno migratorio*, in *Dir. Imm. Citt.*, 3, 2019.

Thielemann E., *Why refugee burden sharing initiatives fail: public goods, free riding and symbolic solidarity in EU*, in *Journal of Common market studies*, 1, 2018.

Tholen B., *The europeanisation of Migration Policy – The normative issues*, in *European Journal of Migration and Law*, 2005.

Tomasi Da Lampedusa G., *Il Gattopardo*, Feltrinelli ed., 1958.

Tonoletti B., *Confini, diritti, migrazioni. Catastrofe e redenzione del diritto pubblico europeo*, in F. Cortese, G. Pelacani (a cura di), *Diritto in migrazione. Studi sull'integrazione giuridica degli stranieri*, editoriale scientifica, Napoli, 2017.

Travi A., *Le nuove leggi sui migranti e l' "altro" diritto*, in *Dir. Pubbl.*, fascicolo 3, settembre – dicembre 2019.

Trevisanut S., *Immigrazione irregolare via mare, diritto internazionale e diritto dell'Unione europea*, Jovene, 2012.

Trevisanut S., *L'Europa e l'immigrazione clandestina via mare: FRONTEX e diritto internazionale*, in *Dir. Un. Eur.*, fasc., 2, 2008.

Trevisanut S., *The principle of non refoulement at sea and effectiveness of asylum protection*, in *Max Planck UNYB*, 2008.

Trevisanut S., *The Principle of Non-Refoulement And the De-Territorialization of Border Control at Sea*, in *Leiden journal of international law*, vol. 27, 2014.

Trincani P., *Robert Nozick*, in *Il Mulino*, 3/2009.

Tsourdi E., *Solidarity at work? The prevalence of emergency driven solidarity in the administrative governance of the Common European Asylum system*, in *Maastricht journal of European and comparative law*, 1, 2017.

Van Basshuysen P., *Towards a fair distribution mechanism for asylum*. in *LSE research online*, 2017.

Vassallo Paleologo F., *Riconoscimento della protezione umanitaria o “per casi speciali” e pretesa retroattività del Decreto Sicurezza (L. 132/2018)*, in <https://www.a-dif.org/2019/05/05/riconoscimento-della-protezione-umanitaria-o-per-casi-speciali-e-pretesa-retroattivita-del-cd-decreto-sicurezza-l-132-2018%EF%BB%BF/>.

Venturi F., *Il diritto di asilo: un diritto “sofferente”. L’introduzione del concetto di «paesi di origine sicuri» ad opera della l. 132/2018 di conversione del c.d. «decreto sicurezza» (d.l. 113/2018)*, in *Dir. Imm. Citt.*, fascicolo 2, 2019.

Vettori N., *Servizio pubblico di accoglienza e diritti fondamentali dei richiedenti asilo. Profili di illegittimità della riforma introdotta dal d.l. n. 113/2018*.

Vitiello D., *Il diritto di cercare asilo ai tempi dell’Aquarius*, in <http://www.sidiblog.org/2018/06/29/il-diritto-di-cercare-asilo-ai-tempi-dellaquarius/>.

Wagner M., Baumgartner P., *Past, present and future solidarity: which relocation mechanisms work and which not?*, 2017, in www.icmpd.com.

Wagner M., Perumadan J., Baumgartner P., *Secondary movements*, in www.icmpd.com.

Wagner M.; Kraler A., Baumgartner P., *Solidarity – an integral and basic concept of the common european asylum system?*, in *CEASEVAL working paper*, 5, 2018, www.icmpd.com.

Wahlbeck O., *To share or not to share responsibility? Finnish refugee policy and the hesitant support for a common European asylum system*, in *Journal of immigrant ad refugee studies*, 2018.

Walzer M., *Le sfere di giustizia*, Feltrinelli, Milano, 1987.

Xhanari E., *Brevi riflessioni in tema di sostanziale disconoscimento del diritto costituzionale d’asilo nella recente giurisprudenza di legittimità*, in www.forumcostituzionale.it, 31 agosto 2014.

Xhanari E., Spandrio T., *Brevi considerazioni sui profili problematici delle nuove disposizioni normative di cui al D.L. 113/2018*, in *dirittifondamentali.it*, fascicolo 2, 2018.

Zielke I., Stahil F., *Flight and asylum: a lack of solidarity and growing populism as challenges to European domestic policy*, in Konrad Adenaur Stiftung, 2015.

Zorzella N., *Il caso Ocalan e il diritto d'asilo*, in *Dir., Imm., Citt.*, fascicolo 1, 1999.

Zorzella N., *La protezione umanitaria nel sistema giuridico italiano*, in *Dir., Imm., Citt.*, fascicolo1, 2018.

Zorzi Giustiniani F., *Da Frontex alla Guardia di frontiera e costiera: novità in tema di gestione delle frontiere esterne*, in *Dir. Pubbl. Comp ed Eur.*, fascicolo 2, aprile – giugno 2017.