

Ius migrandi

Trent'anni di politiche e legislazione
sull'immigrazione in Italia

A cura di **Monia Giovannetti**
e **Nazzarena Zorzella**



Open Access

FRANCOANGELI



Il presente volume è pubblicato in open access, ossia il file dell'intero lavoro è liberamente scaricabile dalla piattaforma **FrancoAngeli Open Access** (<http://bit.ly/francoangeli-oa>).

FrancoAngeli Open Access è la piattaforma per pubblicare articoli e monografie, rispettando gli standard etici e qualitativi e la messa a disposizione dei contenuti ad accesso aperto. Oltre a garantire il deposito nei maggiori archivi e repository internazionali OA, la sua integrazione con tutto il ricco catalogo di riviste e collane FrancoAngeli massimizza la visibilità, favorisce facilità di ricerca per l'utente e possibilità di impatto per l'autore.

Per saperne di più:

http://www.francoangeli.it/come_pubblicare/pubblicare_19.asp

I lettori che desiderano informarsi sui libri e le riviste da noi pubblicati possono consultare il nostro sito Internet: www.francoangeli.it e iscriversi nella home page al servizio "Informatemi" per ricevere via e-mail le segnalazioni delle novità.

Ius migrandi

Trent'anni di politiche e legislazione
sull'immigrazione in Italia

A cura di **Monia Giovannetti**
e **Nazzarena Zorzella**

FRANCOANGELI

Il volume è stato pubblicato con il contributo di ASGI – Associazione per gli studi giuridici sull’immigrazione – e di Magistratura Democratica.

Progetto grafico di copertina di Elena Pellegrini

Copyright © 2020 by FrancoAngeli s.r.l., Milano, Italy.

Pubblicato con licenza *Creative Commons Attribuzione-Non Commerciale-Non opere derivate 4.0 Internazionale* (CC-BY-NC-ND 4.0)

L’opera, comprese tutte le sue parti, è tutelata dalla legge sul diritto d’autore. L’Utente nel momento in cui effettua il download dell’opera accetta tutte le condizioni della licenza d’uso dell’opera previste e comunicate sul sito

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.it>

Indice

Prefazione, di <i>Lorenzo Trucco e Riccardo De Vito</i>	pag.	9
Presentazione, di <i>Monia Giovannetti e Nazzarena Zorzella</i>	»	11
Introduzione. Le politiche contro i migranti tra disumanità e illegalità, di <i>Luigi Ferrajoli</i>	»	17

Parte I

Immigrazione, politiche e legislazione in Europa e in Italia

1989-2019: lo sviluppo dell'immigrazione straniera in Italia in una prospettiva storica, di <i>Michele Colucci</i>	»	33
Il diritto dell'Unione europea e il fenomeno migratorio, di <i>Chiara Favilli</i>	»	55
L'impatto del diritto dell'Unione europea sul diritto nazionale, di <i>Alessia Di Pascale</i>	»	81
30 anni di legislazione italiana in materia di condizione giuridica della persona straniera. Alcune chiavi di lettura, di <i>Massimo Pastore e Nazzarena Zorzella</i>	»	104
Esternalizzazione delle frontiere e gestione della rotta mediterranea tra esigenze di sicurezza e tutela dei diritti fondamentali, di <i>Lucia Gennari, Cristina Laura Cecchini e Giulia Crescini</i>	»	133
Irregolari, pericolosi, criminali. Il diritto delle migrazioni tra politiche securitarie e populismo penale, di <i>Angelo Caputo</i>	»	164
1989-2019: 30 anni di antirazzismo in Italia, di <i>Filippo Miraglia e Grazia Naletto</i>	»	181
Genere, migrazioni, diritto, di <i>Enrica Rigo</i>	»	210

Parte II

Il Diritto dell'immigrazione in Italia

Capitolo I. L'ingresso e il soggiorno

L'ingresso per lavoro: l'irrazionalità del sistema e le sue conseguenze al tempo delle fake news e della retorica nazionalista, di <i>William Chiaromonte</i>	pag. 229
L'ingresso per lavoro: la decretazione annuale dei flussi. Criteri ed evoluzione normativa, di <i>Marco Paggi</i>	» 251
Il diritto all'unità familiare nel contesto nazionale ed europeo, di <i>Anna Cattaruzzi</i> e <i>Elisa Chiaretto</i>	» 275
Il diritto alla vita privata e familiare ai sensi dell'art. 8 CEDU e la sua applicazione nell'ordinamento italiano, di <i>Chiara Favilli</i> e <i>Marcella Ferri</i>	» 299
Minori stranieri non accompagnati: linee evolutive del quadro normativo e questioni aperte, di <i>Claudio Cottatellucci</i>	» 327
La condizione dei soggiornanti di lungo periodo, di <i>Francesco Di Pietro</i>	» 346

Capitolo II. Le politiche di integrazione e i diritti di cittadinanza

Le politiche di integrazione, di <i>Francesca Biondi Dal Monte</i>	» 367
Tra Piani, Accordi e discorsi morali e securitari: la via italiana alla civic integration, di <i>Vincenzo Carbone</i> , <i>Enrico Gargiulo</i> e <i>Maurizia Russo Spena</i>	» 390
Lavoro, welfare e immigrazione: reddito universale di residenza vs limitazioni all'accesso alla miseria del presente, di <i>Dario Belluccio</i>	» 410
Il diritto all'istruzione dei figli dell'immigrazione, di <i>Fiorella Farinelli</i>	» 430
Il diritto di voto degli stranieri: una lettura - controcorrente - della Costituzione, di <i>Alessandra Algostino</i>	» 450
La cittadinanza ai tempi del sovranismo tra regressione della cultura giuridica e riforme legislative "progressiste", di <i>Antonello Ciervo</i>	» 469

Le nuove, arretrate, frontiere della tutela giurisdizionale dello straniero non UE, di <i>Luca Minniti</i>	pag. 487
Lo spazio urbano e la mendicizia, di <i>Giacomo Pailli</i>	» 505

Capitolo III. Il diritto antidiscriminatorio

L'infinito conflitto tra divieti di discriminazione e welfare "selettivo", di <i>Alberto Guariso</i>	» 527
La tutela giurisdizionale antidiscriminatoria nell'accesso ai diritti sociali degli stranieri, di <i>Martina Flamini</i>	» 546

Capitolo IV. La disciplina delle espulsioni e il diritto penale speciale dell'immigrazione

L'Europa a due libertà. L'impatto della Direttiva rimpatri sulla politica italiana di trattenimento ed espulsione degli stranieri, di <i>Maurizio Veglio</i>	» 567
Espulsioni amministrative, respingimenti e trattenimenti: analisi dell'evoluzione normativa alla luce della giurisprudenza costituzionale, di <i>Guido Savio</i>	» 586
La criminalizzazione dello straniero irregolare: uno sguardo d'insieme sul ventennio appena trascorso, di <i>Luca Masera</i>	» 611

Parte III Le frontiere del diritto

L'evoluzione della normativa relativa allo sfruttamento lavorativo dei migranti/caporalato e fattispecie correlate, di <i>Lorenzo Trucco</i>	» 639
Le frontiere del diritto: gli artt. 18 e 18 bis TU 286/98 in una prospettiva di genere e femminista, di <i>Ilaria Boiano e Cristina Laura Cecchini</i>	» 662
Il contrasto alla tratta di persone a partire dal Consiglio europeo di Tampere 1999: attualità e criticità, di <i>Marco Borraccetti</i>	» 686
Il sistema anti-tratta italiano compie venti anni. L'evoluzione delle misure legislative e di assistenza per le vittime e le interconnessioni con il sistema della protezione internazionale, di <i>Francesca Nicodemi</i>	» 703
Dimenticare i rom? Riflessioni su cultura giuridica e antiziganismo in venti anni che non hanno lasciato il segno, di <i>Alessandro Simoni</i>	» 729

Parte IV

Asilo e protezione internazionale

L'evoluzione delle norme e delle politiche del diritto di asilo in Italia e in Europa tra protezione internazionale e asilo costituzionale, di <i>Paolo Bonetti</i>	pag. 751
La protezione umanitaria prima e dopo il decreto legge n. 113 del 2018, di <i>Maria Acierno</i>	» 805
L'accoglienza di richiedenti asilo e rifugiati in Italia. Vent'anni di politiche, pratiche e dinamiche di bilanciamento del diritto alla protezione, di <i>Monia Giovannetti</i>	» 821
I minori stranieri non accompagnati richiedenti asilo, di <i>Erminia S. Rizzi</i>	» 852

Parte V

Lo scenario futuro

Natura della rivista e suo ruolo nel dibattito pubblico e scientifico: “quello che è stato” e “quello che dovrà essere”. Passato e (possibile) futuro, di <i>Bruno Nascimbene</i>	» 869
I diritti, i giuristi, l'establishment, di <i>Livio Pepino</i>	» 880
Gli autori	» 893

Il diritto dell'Unione europea e il fenomeno migratorio¹

di Chiara Favilli*

Sommario: 1. L'Unione nel labirinto, senza Dedalo. – 2. La potenziale straordinarietà del processo di integrazione europea e la politica dei piccoli passi. – 3. Quello che non c'è: la regolazione dell'immigrazione per motivi economici. – 4. Quello che c'è: la Fortezza Europa, – 4.1. I Ministri dell'interno degli Stati membri perno della politica europea di immigrazione e asilo, – 4.2. Dublino e Schengen: un caso di “folie à deux”?, – 4.3. La politica del contenimento dei flussi. – 5. Il rischio di riduzione del livello di tutela dei diritti fondamentali nella difficile costruzione del sistema europeo di asilo. – 6. Conclusioni.

1. L'Unione nel labirinto, senza Dedalo

I venti anni della rivista «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza» coincidono con i venti anni trascorsi dall'attribuzione della competenza all'Unione europea in materia di immigrazione e asilo. Il Consiglio europeo e la Commissione avevano inaugurato il nuovo millennio tracciando le linee di sviluppo di entrambe le politiche di asilo e di immigrazione, con la giusta dose di ambizione e pragmatismo. Le istituzioni avevano così rafforzato la convinzione che avremmo assistito ad un percorso, sì complesso, ma tuttavia di certa e progressiva evoluzione. Tale percorso avrebbe reso l'Unione europea un nuovo attore delle politiche migratorie, rendendo le legislazioni degli Stati membri in questo settore non solo sempre più omogenee, ma anche idonee a gestire un fenomeno di dimensione globale e destinato a perdurare nei decenni a venire. Al contrario, quel percorso si è rivelato un labirinto dal quale l'Unione fatica ad uscire e che ne logora energie vitali per la sua stessa esistenza.

* Professore associato di Diritto dell'Unione europea presso il Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università degli Studi di Firenze.

1. Il presente contributo il frutto della rielaborazione e dell'aggiornamento di vari scritti pubblicati negli ultimi tre anni sul tema della politica dell'Unione europea in materia di immigrazione e asilo.

I singoli elementi di questo percorso sono stati sistematicamente analizzati nelle pagine di questa rivista che ad esso continua a dedicare, senza soluzione di continuità, commenti, riflessioni e resoconti. Così sarà per gli anni a venire pur nella consapevolezza che se il motore dell'Unione europea in materia di immigrazione e asilo batte in testa non è per motivi tecnici, ma per motivi squisitamente politici e i responsabili siedono a Justus Lipsius, la sede del Consiglio europeo costituito dai rappresentanti dei Governi degli Stati membri.

Si ricorderà che la fuga dal labirinto di Creta è stata possibile grazie all'ingegno di Dedalo, che costruì ali saldate al suo corpo e a quello del figlio Icaro attraverso la cera. All'Unione manca ormai da troppo tempo l'ingegno di Dedalo e la sua capacità visionaria, quella che l'ha portato a guardare in alto quando era evidente che tutto intorno era senza uscita. Ma all'Unione manca anche lo slancio di Icaro che, se è vero che finì precipitato in mare, è anche vero che ciò è accaduto per l'entusiasmo di volare sempre più in alto, verso il sole. L'Unione, invece, rischia di fare la stessa fine di Icaro ma implodendo su se stessa, scavando nel labirinto piuttosto che tentare di spiccare il volo e guardarlo dall'alto.

2. La potenziale straordinarietà del processo di integrazione europea e la politica dei piccoli passi

Il diritto degli stranieri è tradizionalmente considerato una materia di stretta competenza nazionale, riflesso precipuo della sovranità statale². Non sorprende, dunque, che sul piano del diritto internazionale gli Stati siano considerati liberi di regolare l'ammissione e l'allontanamento dello straniero nel e dal proprio territorio, salvo i limiti derivanti dalle norme sul diritto d'asilo e sui diritti umani, oggi in gran parte codificate nella Carta europea dei diritti fondamentali³. L'approccio statocentrico non ha mai consentito di affermare un diritto all'immigrazione, nonostante sia invece riconosciuto il diritto all'emigrazione, vale a dire il diritto umano di lasciare qualsiasi Paese, compreso il proprio⁴.

2. Corsi C., *Lo Stato e lo straniero*, Cedam, Padova, 2001; Savino M., *Le libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, Giuffrè, Milano, 2012.

3. Si veda l'ampio studio sull'espulsione degli stranieri avviato nel 2004 dalla International Law Commission, in particolare il memorandum del segretariato della Commissione: A/CN.4/565 del 10 luglio 2006 in <http://legal.un.org/docs/?symbol=A/CN.4/565>. Per quanto riguarda l'Unione si veda lo studio di ECRE (2014), *The application of the EU Charter of Fundamental Rights to asylum procedural law*, in www.ecre.org; EUI (2017), *Actiones Handbook on the Techniques of Judicial Interactions in the Application of the EU Charter Module 5 – Asylum And Migration*, in www.eui.eu.

4. Art. 13, par. 2, della Dichiarazione universale dei diritti umani; art. 2, par. 2, del Protocollo n. 4 alla CEDU; art. 12, par. 2, del Patto sui diritti civili e politici. Cavasino E.,

L'assenza di regole internazionali sull'immigrazione consente di apprezzare la straordinarietà sotto questo profilo del processo d'integrazione europea⁵. Gli Stati membri hanno infatti per la prima volta acconsentito alla limitazione della propria sovranità per creare uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, garantendo la libera circolazione delle persone, attraverso l'eliminazione dei controlli alle frontiere interne ed il rafforzamento dei controlli alle frontiere esterne divenute, di fatto, comuni⁶.

In aggiunta, gli Stati membri hanno anche acconsentito a limitazioni di sovranità in materia di immigrazione intesa come regole sull'ingresso e il soggiorno dei cittadini di Paesi terzi nel territorio degli Stati membri e, dunque, nello spazio europeo di libera circolazione⁷. Una competenza molto ampia, che include le misure sui visti, sul controllo delle frontiere, sulle condizioni di immigrazione, soggiorno, allontanamento e sulla concessione dello *status* di protezione internazionale⁸.

“Ius migrandi e controllo delle frontiere”, in Militello V., Spena A. (a cura di), *Il traffico di migranti. Diritti, tutele e criminalizzazione*, Giappichelli, Torino, 2015, pp. 69-86. Per una valorizzazione del diritto di emigrare si veda Ferrajoli L., *Il diritto di migrare. Il potere costituente di un nuovo ordine mondiale*, in www.chiesaditutticchiesadeipoveri.it; *Comitato delle regioni, Parere su Migrazione e Mobilità – Un Approccio Globale*, CIVEX-V-027, 18 luglio 2012.

5. Ne sono una conferma i modestissimi risultati conseguiti attraverso l'adozione nel 2018 dei *global compacts* sull'immigrazione e l'asilo nell'ambito delle Nazioni Unite, <http://refugeesmigrants.un.org>.

6. «Uno spazio territoriale costituito dai territori degli Stati membri, dove la libertà di circolazione deve essere goduta in condizioni di sicurezza e giustizia uguali per tutti». Conclusioni del Consiglio europeo di Tampere del 15-16 ottobre 1999, §3. Si vedano anche l'art. 3, par. 2, del Trattato UE e l'art. 4, par. 2, lett. j), TFUE. A partire dal 1° dicembre 2009 la competenza in materia di immigrazione e asilo è collocata nel Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e in particolare nel Titolo V, rubricato “Spazio di libertà, sicurezza e giustizia” (artt. da 67 ad 89 del TFUE), il cui capo 2 è dedicato alle “Politiche relative ai controlli alle frontiere, all'asilo e all'immigrazione” (artt. 77-80) che segue il capo 1 sulle Disposizioni generali (artt. 67-76). Per l'analisi articolata delle disposizioni dei Trattati sia permesso il rinvio al nostro “Immigrazione (Diritto dell'Unione europea)”, *ad vocem*, in *Enciclopedia del diritto*. *Annali V*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 675-694. Conclusioni del Consiglio europeo di Tampere del 15-16 ottobre 1999, § 3.

7. Bonetti P., *I diritti dei non cittadini nelle politiche dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione Europea*, in Panzera C., Rauti A., Salazar C., Spadaro A., (a cura di), *Metamorfosi della cittadinanza e diritti degli stranieri*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, pp. 143-250.

8. L'assetto delle competenze è risultante dalle norme dei Trattati, modificate da ultimo dal Trattato di Lisbona, entrato in vigore il 1° dicembre 2009. Il Titolo V è costituito da cinque capi: capo 1, *Disposizioni generali* (artt. 67-76); capo 2, *Politiche relative ai controlli alle frontiere, all'asilo e all'immigrazione* (artt. 77-80); capo 3, *Cooperazione giudiziaria in materia civile* (art. 81); capo 4, *Cooperazione giudiziaria in materia penale* (artt. 82-86); Capo 5, *Cooperazione di polizia* (artt. 87-89). *Immigrazione e politiche dell'Unione europea: dal Trattato di Roma alla Costituzione per l'Europa*, «Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali», 2005, p. 205 ss.; Baratta R., *Le principali novità del Trattato di Lisbona*, «Il Diritto dell'Unione Europea», 2008, p. 21 ss.

A questo risultato si è giunti attraverso fasi progressive, a partire da quella dei tre pilastri dell'era post-Maastricht, passando attraverso la fase intermedia post-Amsterdam e anche ricorrendo all'uso degli accordi internazionali, come la Convenzione di Schengen del 1985 ed il Trattato di Dublino del 1990, entrambi incorporati nell'ordinamento dell'Unione europea, ma solo grazie ad un'articolata applicazione differenziata⁹. In effetti, vi sono Paesi membri che non sono vincolati dalle norme UE, salvo una decisione contraria (Regno Unito e Irlanda); uno Stato membro che è vincolato solo a titolo di diritto internazionale (Danimarca); Stati terzi associati attraverso la conclusione di appositi accordi internazionali (Svizzera, Liechtenstein, Norvegia e Islanda).¹⁰ In sintesi, un'Europa a geometria variabile sia per gli Stati coinvolti sia per la natura giuridica dei vincoli esistenti.

Non è questa la sede per discutere sulla natura giuridica dell'Unione europea, ma è utile ricordare che essa, pur essendo un'organizzazione di nuovo tipo è pur sempre ancora una *species* del *genus* organizzazione internazionale. Ne è una conferma proprio lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, ossia uno spazio territoriale integrato, che potrebbe essere visto come il territorio di un'organizzazione che ambisce a mutare geneticamente, perdendo le sembianze dell'organizzazione internazionale per vestire sempre di più quelle di una compagine statale. La realtà è però quella di un ibrido, nel quale l'ambizione a svolgere funzioni con un ruolo politico simile a quello di uno Stato cozza con la perdurante matrice genetica di un'organizzazione internazionale, che gli Stati non sembrano voler effettivamente abbandonare. Tant'è che anche tale spazio non è mai definito come il territorio dell'Unione, bensì come uno spazio costituito dall'insieme dei territori degli Stati membri. Analogamente, la cittadinanza dell'Unione, complementare e conseguente al possesso della cittadinanza nazionale, stenta a fondere i frammentati "popoli" in un unico "popolo".

D'altra parte, l'ambiguità è un tratto caratteristico del processo di integrazione dell'Unione, del quale per certo sappiamo che deve tendere verso una integrazione sempre più stretta tra i popoli, senza tuttavia che sia mai indicato in alcun documento o dichiarazione ufficiale quale natura giuridica l'Unione dovrà o dovrebbe assumere.

Come ogni organizzazione internazionale, anche per l'Unione si applica il principio di attribuzione delle competenze, in base al quale ogni sua azione

9. Sull'incorporazione della Convenzione di Schengen si v. Nascimbene B. (a cura di), *Da Schengen a Maastricht, Apertura delle frontiere, cooperazione giudiziale e di polizia*, Giuffrè, Milano, 1995; *Id.*, *L'incorporazione degli accordi di Schengen nel quadro dell'Unione europea e il futuro ruolo del comitato parlamentare di controllo*, «Rivista italiana di diritto pubblico comunitario», 1999, p. 731 ss.; Peers S., *EU Justice and Home Affairs Law*, Oxford University Press, Oxford, 2016.

10. Si vedano i Protocolli allegati ai Trattati ed in particolare il Protocollo n. 21 sulla posizione del Regno Unito e dell'Irlanda rispetto allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia ed il Protocollo n. 22 sulla posizione della Danimarca.

deve trovare fondamento nei Trattati istitutivi (oggi il Trattato sull'Unione europea e il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea) e non può esorbitare dalle competenze espressamente attribuite dagli Stati attraverso i Trattati. Tale principio è così frequentemente reiterato nelle disposizioni dei Trattati, inclusa la Carta europea dei diritti fondamentali, al punto da creare “una sorta di mantra delle competenze” a difesa delle prerogative statali.

L'attribuzione della competenza, inoltre, non avviene per settori, ma per specifici ambiti. Così, anche quella di immigrazione e asilo non è definita in modo generico, ragione per cui l'Unione non può adottare qualsiasi atto idoneo a regolare tali fenomeni. Trattandosi di una competenza concorrente e non esclusiva, gli Stati membri rimangono titolari della competenza che verrà esercitata in base ai principi di sussidiarietà e di proporzionalità.

L'Unione, in altre parole, deve sempre dimostrare la necessità della sua azione per conseguire un obiettivo altrimenti non raggiungibile autonomamente dai singoli Stati e che l'Unione invece può raggiungere in modo più efficace (sussidiarietà). Inoltre, ogni atto deve contenere solo i vincoli strettamente necessari a conseguire l'obiettivo perseguito (proporzionalità). Si consideri anche che il governo dell'immigrazione implica necessariamente l'attivazione di strumenti complessi e interdisciplinari, non solo quelli relativi al controllo delle frontiere, al rilascio dei visti e dei permessi di soggiorno o all'allontanamento di chi non è più gradito.

L'immigrazione, infatti, interseca ed è profondamente influenzata da politiche diverse ma strettamente correlate, quali quelle dell'occupazione, delle politiche sociali e dell'istruzione. Tutte politiche sulle quali l'Unione ha una mera competenza di sostegno e di coordinamento, ragione per cui sarebbe per l'Unione comunque arduo produrre una politica efficace in questo settore, anche se tutte le istituzioni e in particolare i Governi in seno al Consiglio agissero per far sì che tutte le potenzialità della competenza dell'UE fossero debitamente sfruttate. Al contrario, l'approvazione degli atti da parte delle istituzioni europee si è rivelata sempre molto difficile, forse più che in altri settori di competenza dell'Unione. In particolare, la tendenza all'interno del Consiglio ad approvare all'unanimità le proposte presentate dalla Commissione ha reso impossibile creare un'autentica politica comune non dipendente dagli interessi particolari dei singoli Stati, come definiti negli orientamenti politici del Consiglio europeo¹¹.

11. L'art. 68 del TFUE espressamente prevede che il Consiglio europeo definirà gli orientamenti strategici generali per la pianificazione legislativa e operativa nell'ambito dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia. La norma specifica in questo settore la competenza generale del Consiglio a definire gli orientamenti politici generali e a stabilire i successivi sviluppi normativi sulla base di una programmazione quinquennale. Sono stati così adottati i programmi di Tampere (1999-2004); dell'Aja (2004-2009), di Stoccolma (2009-2014) e il programma 2014-2019. Quello successivo dovrebbe essere adottato dal Consiglio nel primo semestre del 2020.

Inoltre, scioltesi come neve al sole il c.d. spirito di Tampere¹², il programma normativo in questa materia si è sviluppato attorno alla priorità del contrasto al terrorismo ed alla criminalità internazionale, influenzando il contenuto di tutte le altre misure, specialmente quelle relative all'asilo e all'immigrazione. La stessa Commissione ha dovuto ben presto constatare che «il livello di ambizione iniziale è stato limitato da costrizioni di tipo istituzionale, ma talvolta anche da un consenso politico insufficiente. La politica dei piccoli passi è stata la sola alternativa possibile per progredire»¹³.

3. Quello che non c'è: la regolazione dell'immigrazione per motivi economici

Con la pubblicazione della prima comunicazione recante le linee generali di sviluppo della politica di immigrazione¹⁴, la Commissione aveva elaborato un proprio orientamento, prevalentemente basato su un approccio pragmatico. La Commissione europea ha infatti più volte ribadito che la politica migratoria è necessaria per gestire un fenomeno destinato a continuare nel tempo, sia per le condizioni geopolitiche dei Paesi di origine, sia per le esigenze della stessa Unione europea, caratterizzata da un calo demografico che deve essere colmato per mantenere e possibilmente accrescere il benessere economico dell'Unione. La Commissione ha più volte affermato che l'immigrazione non può essere contrastata ma che, al contrario, deve essere adeguatamente regolata¹⁵. Di conseguenza, la Commissione nel 2001 aveva presentato la proposta di Direttiva

12. Nel già citato Consiglio europeo di Tampere del 15 e 16 dicembre 1999, il primo dopo l'entrata in vigore. In particolare, si affermò, tra l'altro, che la libertà, tipica dello spazio europeo, costituisce un motivo di attrazione per tutte quelle persone che altrove non possono godere di analoga libertà e che «l'obiettivo è un'Unione aperta, sicura, pienamente impegnata a rispettare gli obblighi della Convenzione di Ginevra sullo *status* dei rifugiati e di altri importanti strumenti internazionali per i diritti umani e capace di rispondere ai bisogni umanitari con la solidarietà».

13. COM(2004)401 del 2 giugno 2004, *Spazio di libertà, sicurezza e giustizia: bilancio del programma di Tampere e nuovi orientamenti*, p. 5.

14. Comunicazione COM(2000)757 del 22.11.2000 *su una politica comunitaria in materia di immigrazione*, commentata in «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», *La comunicazione della Commissione europea su una nuova politica in materia di immigrazione: prime riflessioni*, 2001, pp. 54-70. La Commissione muoveva dalla constatazione che l'immigrazione, essendo un fenomeno costante, non possa essere contrastato ma che, al contrario, vada adeguatamente regolato in modo da poterne trarre i massimi benefici; in aggiunta, secondo la Commissione le politiche di immigrazione "zero" adottate dai Paesi europei nei precedenti trenta anni non erano più adeguate considerando anche che l'andamento demografico dei Paesi dell'Unione europea e la crescente carenza di forza lavoro qualificata e non qualificata comportavano una sempre maggiore richiesta di lavoratori cittadini di Paesi terzi.

15. *Comunicazione sulla migrazione* COM(2011)248 del 4 maggio 2011.

sull'ingresso per motivi di lavoro¹⁶, che mirava a regolare in modo organico l'ingresso e il soggiorno dei migranti c.d. economici, addirittura prospettando la possibilità di ingresso per ricerca di lavoro. Tuttavia, tale proposta non è mai stata approvata: lasciata in un binario morto, è stata poi definitivamente ritirata nel 2005, alla luce della netta opposizione dei Governi e delle mutate priorità nella realizzazione dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia concordate a partire dalla fine del 2001¹⁷.

Addirittura, nel Patto europeo sull'immigrazione e l'asilo del 2008, si affermava «che spetta a ciascuno Stato membro decidere le condizioni di ammissione sul suo territorio dei migranti legali e fissarne, se del caso, il numero»¹⁸. In effetti, non essendo mai stata adottata una normativa europea di disciplina dell'immigrazione per motivi di lavoro, gli Stati hanno mantenuto una quasi totale discrezionalità in materia. Tuttavia, l'Unione potrebbe legiferare anche in questo ambito, limitando gli spazi di autonomia statale a seconda del tipo di atto adottato e del suo contenuto, con l'unico limite dato dalla determinazione del volume di ingressi di cittadini provenienti da Paesi terzi allo scopo di cercare un lavoro dipendente o autonomo (art. 79, punto 5, del TFUE).

Abbandonata ogni prospettiva di realizzare un'autentica politica europea in materia di immigrazione per motivi economici, la visione complessiva del fenomeno migratorio da parte della Commissione si è via via appiattita sulle posizioni del Consiglio europeo e del Consiglio¹⁹. Essa ha dunque finito per proporre alcune normative che potremmo definire di contorno del fenomeno, ad impatto minimo sulla gestione dei flussi²⁰.

Inoltre, mentre negli ordinamenti nazionali la normativa sull'immigrazione è costituita da una legislazione organica, talvolta completata da disposizioni specifiche o di attuazione, le istituzioni dell'Unione europea hanno invece optato per l'adozione di disposizioni settoriali, volte a disciplinare singoli segmenti della condizione giuridica dello straniero, come il ricongiungimento

16. *Proposta di direttiva relativa alle condizioni d'ingresso e di soggiorno dei cittadini di paesi terzi che intendono svolgere attività di lavoro subordinato o autonomo*, COM(2001)386 dell'11 luglio 2001, in GUUE C332E del 27 novembre 2001, 248-256.

17. Il nuovo corso fu allora segnato dalla presentazione del *Libro verde sull'immigrazione per motivi economici*, in seguito al quale è stato adottato un Piano d'azione sull'immigrazione legale che è stato poi sostanzialmente confermato con il Programma di Stoccolma approvato a dicembre 2009. *Libro verde sull'approccio dell'Unione europea alla gestione della migrazione economica*, COM(2004)811 dell'11 gennaio 2005, al quale è seguito il *Piano d'azione sull'immigrazione legale*, COM(2005)669 del 21 dicembre 2005.

18. *Patto europeo sull'immigrazione e asilo*, approvato dai Capi di Stato e di Governo il 16.10.2008.

19. Si veda da ultimo l'Agenda europea per la migrazione che ha contraddistinto l'orientamento della Commissione Juncker in questa materia. COM(2015)240 del 13 maggio 2015.

20. Amadeo S., Spitaleri F., *Il Diritto dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2019.

familiare o l'allontanamento, i diritti dei residenti di lungo periodo o il rilascio dei visti di breve durata. Se questo metodo ha consentito di attenuare i contrasti tra gli Stati, permettendo negoziazioni su aspetti specifici onde pervenire ad un compromesso accettabile, è indubbio che il quadro generale ne abbia risentito negativamente, anche solo considerando la coerenza della politica in questo settore, potendo i singoli negoziati sfociare in scelte dettate esclusivamente dalla situazione contingente, piuttosto che dalla ricerca della soluzione più adeguata alla disciplina della fattispecie.

Tutti questi profili di criticità e la necessità che l'Unione intervenga in modo innovativo per regolare la politica di immigrazione sono stati a più riprese sottolineati non solo dal mondo accademico, ma dalle stesse istituzioni, inclusa la Commissione che ha approvato il 29 marzo 2019 un corposo "controllo di qualità" della legislazione, già preannunciato nel 2013 e volto a verificare l'attualità della necessità degli atti UE adottati in questa materia e l'individuazione di misure volte a colmare le lacune o a superare le criticità riscontrate²¹. Analogamente ha fatto il Parlamento europeo con un altrettanto corposo studio su *The Cost of Non-Europe in the Area of Legal Migration*²², nonché il Comitato delle Regioni con il parere *I costi della non immigrazione e non integrazione* adottato il 12 dicembre 2018²³.

Sono studi che meritano di essere diffusi e analizzati attentamente, perché hanno il pregio di offrire analisi e dati oggettivi in una materia troppo spesso trattata senza approccio scientifico e rimessa agli umori politici di improvvisati avventori dei palazzi di governo. Sono anche l'ennesima conferma del fatto che tutte le istituzioni europee hanno invocato l'esigenza di una diversa politica europea di immigrazione, senza tuttavia che il Consiglio europeo e il Consiglio abbiano mai voluto assecondare tali richieste.

È dunque ormai pacifico che l'incapacità dell'Unione di produrre una politica credibile del governo del fenomeno migratorio sia diretta responsabilità dei Governi degli Stati membri.

4. Quello che c'è - la fortezza Europa

4.1. I Ministri dell'interno degli Stati membri perno della politica europea di immigrazione e di asilo

In parallelo alla mancata adozione di un atto europeo sull'immigrazione per motivi di lavoro, gli Stati hanno autonomamente e gradualmente ridotto i

21. Commissione europea, *Fitness check on EU Legislation on legal migration*, SWD(2019)1055 del 29 marzo 2019.

22. Parlamento europeo, *The Cost of Non-Europe in the Area of Legal Migration*, marzo 2019.

23. Comitato delle regioni, *I costi della non immigrazione e non integrazione*, doc. 2019/C 110/01 del 12 dicembre 2018.

canali di ingresso regolare, inclusi quelli per motivi familiari. Questo ha reso l'ingresso irregolare, eventualmente con successiva richiesta di protezione internazionale, uno dei pochi modi per entrare e rimanere nello spazio europeo.

Così, il controllo delle frontiere e il diritto d'asilo sono diventati gli assi portanti della politica migratoria europea, a livello sia statale sia dell'Unione, anche a causa di una certa prevalenza di funzionari dei Ministeri dell'interno nelle istituzioni ed organismi dell'Unione competenti per l'esercizio di tali politiche²⁴. In particolare, a livello di Unione europea tutte le misure rilevanti sono discusse e adottate in seno al Consiglio Giustizia e affari interni, nella sessione dedicata agli affari interni e sovente sotto stretta «direzione» del Consiglio europeo²⁵. Non sorprende dunque che gli unici avanzamenti in materia di armonizzazione siano stati conseguiti relativamente agli strumenti di controllo dello Spazio territoriale europeo. Uno spazio presidiato ancora dalle polizie di frontiera nazionali che applicano però regole comuni e che “convivono” con una Guardia di frontiera e costiera europea, il cui Regolamento è stato l'unico ad essere approvato tra le diverse misure legislative proposte durante la crisi dei migranti e richiedenti asilo²⁶. L'agenzia Frontex risulta potenziata in termini sia di organico sia di competenze, arrivando ad essere dotata entro il 2027 di un corpo operativo di diecimila persone, tra risorse proprie e distaccate dagli Stati membri.

L'Agenzia, oltre ad avere incorporato il meccanismo di controllo previsto dal Regolamento Eurosur²⁷, potrà anche intensificare la propria azione di supporto alle operazioni di rimpatrio degli Stati membri su richiesta di questi ultimi, nonché concludere accordi con Paesi terzi non limitati solo alla definizione di operazioni congiunte con Paesi confinanti con l'Unione²⁸. In questo

24. Campesi G., *Polizia della frontiera. Frontex e la produzione dello spazio europeo*, DeriveApprodi, Roma, 2015.

25. Fanno eccezione alcuni aspetti della dimensione internazionale di queste politiche, di cui si dirà più avanti e che sono in parte discusse e decise nell'ambito del Consiglio affari esteri, presieduto dall'Alto rappresentante per gli affari esteri e la sicurezza comune.

26. Regolamento n. 2016/1624 del 14 settembre 2016 relativo alla guardia di frontiera e costiera europea che modifica il regolamento (UE) 2016/399 del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga il regolamento (CE) n. 863/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, il regolamento (CE) n. 2007/2004 del Consiglio e la decisione 2005/267/CE del Consiglio, in GUUE 16.9.2016 L 251/1. Savino M. (a cura di), *La crisi migratoria tra Italia e Unione europea*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017; Tonoletti B., *Catastrofe e rendenzione del diritto pubblico europeo*, in Cortese F., Pelacani G. (a cura di), *Il diritto in migrazione. Studi sull'integrazione giuridica degli stranieri*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, pp. 55-106.

27. Regolamento n. 1052/2013 del 22 ottobre 2013, *che istituisce il sistema europeo di sorveglianza delle frontiere (Eurosur)*, OJ L 295 del 6 novembre 2013, pp. 11-26.

28. *Piano d'azione dell'UE sul rimpatrio*, COM(2015)453 del 9 settembre 2015; Raccomandazione (UE) 2017/2338 della Commissione del 16 novembre 2017 *che istituisce un manuale comune sul rimpatrio che le autorità competenti degli Stati membri devono utilizzare nell'espletamento dei compiti connessi al rimpatrio*, in GUUE L 339 del 19 dicembre 2017, pp. 83-159.

modo, gli Stati membri e l'Unione intendono perseguire una più efficiente politica di rimpatri, ritenuta insoddisfacente dato il tasso di allontanamenti non effettivamente eseguiti²⁹.

Strettamente connessa al controllo delle frontiere è la politica dei visti, il cui rilascio è ancora di competenza delle rappresentanze diplomatiche dei Paesi membri che applicano, quando si occupano dei visti di breve durata, il Codice visti³⁰. Attraverso questo segmento fortemente armonizzato delle politiche europee, si è realizzata negli ultimi vent'anni una stupefacente cooperazione operativa, anche attraverso la creazione di banche dati interoperabili e consultabili dalle rappresentanze diplomatiche, così come dalle autorità di polizia sia di frontiera sia di pubblica sicurezza di ciascuno Stato membro³¹. È stato acutamente osservato che la limitazione di sovranità degli Stati, determinata dall'adozione di norme comuni in questo settore, è stata ampiamente compensata dall'apertura di ampi spazi d'azione a favore dei Governi degli Stati ed in particolare dei funzionari dei Ministeri degli interni, sia per l'accesso ad un'enorme quantità di dati, sia per la partecipazione ai Comitati in seno al Consiglio dell'Unione europea e al Consiglio d'amministrazione di Frontex. Una prevalenza della dimensione governativa che è rimasta anche dopo l'integrazione dell'*acquis* di Schengen nell'ordinamento dell'Unione europea, senza una significativa attenuazione neanche dopo che il Parlamento europeo ha acquisito funzioni di controllo che, però, non si estendono alla definizione degli indirizzi politico-amministrativi e delle strategie operative dell'Agenzia.

Anche in un ambito nel quale forte è l'armonizzazione e, dunque, la limitazione di sovranità statale, i Governi risultano avere un ruolo prevalente rispetto alle istituzioni europee. Diviene dunque necessario perlomeno attivare

29. Direttiva 2008/115/UE del 16 dicembre 2008 *recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare*, in GUUE L 348 del 24.12.2008, p. 98; Raccomandazione n. 2017/2338 della Commissione del 16 novembre 2017 *che istituisce un manuale comune sul rimpatrio che le autorità competenti degli Stati membri devono utilizzare nell'espletamento dei compiti connessi al rimpatrio*; Raccomandazione (UE) 2017/432 della Commissione, del 7 marzo 2017, *per rendere i rimpatri più efficaci nell'attuazione della direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio*, GUUE L 66 dell'11.3.2017, p. 15; Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio per una politica dei rimpatri più efficace nell'Unione europea – Un piano d'azione rinnovato COM(2017) 200, del 2.3.2017.

30. Regolamento n. 810/2009 del 13 luglio 2009, *che istituisce un codice comunitario dei visti (codice dei visti)*, GUUE L 243 del 15.9.2009, 1-58. Il Regolamento è stato modificato nel 2019, con l'adozione del Regolamento n. 2019/1155 del 20 giugno 2019, *recante modifica del regolamento (CE) n. 810/2009 che istituisce un codice comunitario dei visti (codice dei visti)*, GUUE L 188 del 12.7.2019, 25-54.

31. Ci si riferisce al Sistema informatico Schengen, al Sistema informatico Visti e alla banca dati Eurodac, connessa al Regolamento Dublino; Vavoula N., *The 'Puzzle' of EU Large-Scale Information Systems for Third-Country Nationals: Surveillance of Movement and Its Challenges for Privacy and Personal Data Protection*, October 9, 2019. Forthcoming, European Law Review. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3466766>.

efficaci strumenti di controllo, così da garantire che lo spostamento di una funzione a livello di Unione europea non determini l'assenza di controlli democratici, rendendo l'azione del potere governativo più libera di quanto non sarebbe se si svolgesse ancora solo nell'ambito delle competenze dello Stato e attraverso la cooperazione internazionale.

4.2. *Dublino e Schengen: un caso di “folie à deux”?*

Nell'ordinamento dell'Unione europea non esiste alcun diritto in capo ai cittadini di Paesi terzi regolarmente soggiornanti di circolare e soggiornare in un altro Stato membro, se non per un periodo massimo di novanta giorni.

Ciò vale per tutti i cittadini di Paesi terzi, qualunque sia il loro *status*.

Addirittura, anche in base alla Direttiva sui lungo soggiornanti, i cittadini che ottengono tale *status* possono soggiornare in un altro Stato membro solo se soddisfano i requisiti e le condizioni stabilite dagli Stati membri, vale a dire in base alle norme sull'ingresso e il soggiorno dei cittadini di Paesi terzi³². Come noto, nell'ambito del diritto di asilo, la regola assume una rilevanza primaria, dato che è principio consolidato che non vi sia alcun diritto di scegliere lo Stato UE dove richiedere protezione internazionale e che, una volta individuato lo Stato competente, non vi possano essere movimenti interni all'area Schengen, i c.d. movimenti secondari. In particolare l'obiettivo del contrasto dei movimenti secondari è divenuto centrale e talvolta prevalente nella politica di asilo europea, pur senza essere in alcun modo menzionato nei Trattati e pur essendo oggettivamente inconciliabile con l'eliminazione dei controlli alle frontiere interne realizzata attraverso il sistema Schengen. In un'area di libera circolazione e con notevoli differenze tra i sistemi di *welfare* e del lavoro degli Stati membri, se anche infatti vi fosse una piena armonizzazione dei sistemi di asilo, i movimenti ci sarebbero lo stesso, essendo determinati in gran parte dal sistema Paese nel suo insieme (*welfare* e prospettive occupazionali) e non solo dai sistemi di asilo nazionali³³.

Come noto, baluardo del divieto dei movimenti secondari è il Regolamento Dublino recante i criteri per determinare lo Stato membro competente per esaminare le richieste di protezione internazionale che, in mancanza di un diritto di circolazione e soggiorno anche a favore dei beneficiari di protezione internazionale, diviene lo Stato dove il richiedente asilo dovrebbe rimanere per sempre³⁴.

32. Direttiva del 23 gennaio 2004, in GUUE L 16, del 23 gennaio 2004: 44-53. lo *status* viene riconosciuto a coloro che risiedono regolarmente per un periodo consecutivo di cinque anni.

33. Brekke J.P., Brochmann G., *Stuck in Transit: Secondary Migration of Asylum Seekers in Europe, National Differences, and the Dublin Regulation*, «Journal of Refugees Studies», 2, 2015, pp. 145-162.

34. Tali regole, originariamente parte integrante della Convenzione di Schengen, sono confluite nella Convenzione internazionale sullo Stato membro competente, firmata tra

Nonostante la Convenzione sia stata sostituita nel 2003 da un regolamento dell'Unione, modificato da ultimo nel 2013, il sistema non è stato mai sostanzialmente cambiato³⁵. È come se l'*imprinting* internazionale abbia condizionato il contenuto e lo sviluppo della disciplina, senza che l'avvento dell'Unione e la creazione dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia abbiano modificato l'ordine delle priorità, imponendo la modifica delle norme vigenti. In particolare, invariati sono i criteri di determinazione dello Stato competente, tra i quali spicca quello di primo ingresso irregolare nell'UE³⁶. Sebbene i dati dimostrino che anche gli Stati di frontiera interna dell'Unione registrino un numero elevato di richieste di protezione internazionale, la rigidità dei criteri e la loro applicazione concreta hanno contribuito negli anni a creare forti tensioni tra gli Stati membri³⁷.

D'altra parte, grave è stata la mancata cooperazione degli Stati di frontiera esterna, inclusa l'Italia, nell'identificazione dei richiedenti asilo, uno dei presupposti affinché il criterio di applicazione prevalente, quello dello Stato di primo arrivo, possa effettivamente essere applicato³⁸.

L'identificazione è obbligo correlato del Regolamento Dublino, sancito dal Regolamento Eurodac che consente di confrontare le impronte digitali per verificare se il richiedente ha precedentemente presentato domanda di asilo in un altro Paese dell'UE o se comunque è transitato da tale Stato, radicando in esso la competenza, con certezza e rapidità.

i 12 Stati membri dell'allora Comunità europea, incluso il Regno Unito, e meglio nota come Convenzione di Dublino 1990. Il capitolo VII del titolo II dell'Accordo di Schengen recava proprio i criteri per determinare lo Stato competente per l'esame delle domande d'asilo, poi confluiti nella Convenzione sulla determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di asilo presentata in uno degli Stati membri delle Comunità europee, firmata a Dublino il 15 giugno 1990 ed entrata in vigore nel 1990, GUCE 19 agosto 1997 C 254.

35. La Convenzione di Dublino è stata "comunitarizzata" con il Regolamento 343/2003, per questo comunemente denominato "Regolamento Dublino II", GUCE 25 febbraio 2003 L 50, p. 1 ss. A questo ha fatto poi seguito il c.d. Regolamento 604/2013, detto «Dublino III», del 26 giugno 2013 che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati, GUUE 29 giugno 2013 L 180, pp. 31-59.

36. Corte di giustizia dell'Unione europea, 26 luglio 2017, C-646/16, *Jafari*.

37. Si vedano i dati pubblicati dall'EASO a partire dal 2010, www.easo.europa.eu.

38. Si consideri che in Italia nel 2014 a fronte dei circa 160.000 arrivi erano state identificate circa 90.000 persone, con un parallelo aumento dei flussi verso i Paesi del Nord Europa. La Commissione aveva anche avviato il 10 dicembre 2015 la procedura d'infrazione n. 2015_2203 contro l'Italia per la *Non corretta attuazione del Regolamento (UE) 603/2013 EURODAC relativo alla rilevazione di impronte digitali*, poi chiusa alla luce delle rilevanti modifiche introdotte dal Governo. Si veda il documento della Commissione sulle buone prassi esistenti nei Paesi membri: *Non-Paper for SCIFA on Best Practices for Upholding the Obligation in the Eurodac Regulation to Take Fingerprints*, 13 ottobre 2014.

A dispetto della centralità e della rilevanza ad esso attribuita dai Governi UE, il sistema Dublino non ha mai funzionato, neanche in quei periodi di relativa *calma*, quando il numero dei richiedenti protezione internazionale era limitato, soprattutto se comparato con il numero dei migranti c.d. economici³⁹. Come prevedibile, la piena realizzazione dell'area di libera circolazione ha poi favorito i movimenti secondari, sebbene essi fossero già presenti tra gli Stati europei anche prima dell'avvento di Schengen⁴⁰. Tuttavia, essi sono stati tollerati fino a quando il loro numero era considerato sostenibile. Arrivata poi la *tempesta*, il sistema è letteralmente collassato, anche per alcune pronunce della Corte europea dei diritti umani (Corte EDU) con le quali sono stati condannati quegli Stati membri che, in esecuzione del Regolamento Dublino, avevano proceduto a trasferimenti verso la Grecia e l'Italia senza verificare l'esclusione di un rischio di violazione dei diritti garantiti nella Convenzione, *in primis* dell'art. 3⁴¹. Nonostante il tentativo della Corte di giustizia dell'Unione europea di avvalorare una peculiarità dei rapporti *intra*-UE anche in relazione al rispetto delle garanzie derivanti dalla CEDU, la Corte di Strasburgo ha ribadito il proprio consolidato orientamento in materia di allontanamento delle persone da uno Stato ad un altro, al quale non si sottraggono neanche i trasferimenti tra Stati UE in applicazione del Regolamento Dublino⁴².

39. Un sistema complesso che si è rivelato lentissimo e altamente inefficiente. Inequivocabili sono i dati sulle effettive riconsegne tra Stati membri dei richiedenti asilo e dei beneficiari della protezione internazionale, in ottemperanza ai criteri e alle regole procedurali ivi stabilite: solo circa l'8% delle richieste di trasferimento accettate è effettivamente eseguito. Commissione europea, *Evaluation of the Dublin III Regulation. Final report*, 4 dicembre 2015, p. 6; si veda anche il rapporto CIR, *Dublin II Regulation. Lives on Hold. European Comparative report*, febbraio 2013, www.refworld.org, spec. par. 3.1.

40. L'esigenza di determinare lo Stato competente ad esaminare le domande di protezione internazionale è emersa tra gli Stati del Consiglio d'Europa già negli anni Ottanta, a prescindere dunque dalla creazione di un'area di libera circolazione delle persone. Allora, infatti, l'obiettivo principale era quello di ridurre il fenomeno dei rifugiati «in orbita», circolanti tra uno Stato e l'altro senza che vi fosse certezza su chi dovesse essere lo Stato competente. Già in tale ambito si affermò ben presto anche l'esigenza degli Stati di limitare il numero di richiedenti asilo rientranti nella propria giurisdizione; si v. Hurwitz, A., *The Collective Responsibility of States to Protect Refugees*, 2009, Oxford University Press, Oxford, pp. 26-30. Le prospettive di rilancio del processo d'integrazione europea di fatto interruppero i lavori in seno al Consiglio d'Europa, i cui progetti di accordi non sono mai entrati in vigore.

41. Si vedano i c.d. “*Dublin cases*”, così denominati dal servizio di comunicazione della Corte EDU, www.echr.coe.int/Documents/FS_Dublin_ENG.pdf.

42. La CGUE dopo alcune pronunce difformi, sembra essersi allineata all'orientamento della Corte EDU. Si veda CGUE, sentenza del 16 febbraio 2017, C-578/16, *CK*; 7 giugno 2016, C-63/15, *Ghezelbash*; 7 giugno 2016, C-155/15, *Karim*. Si vedano anche le sentenze del Tribunale amministrativo federale svizzero E-1998/2016 del 21 dicembre 2017 ed E-962/2019 del 17 dicembre 2019, che hanno accolto, sulla scia delle sentenze della Corte EDU, il ricorso volto a contestare l'applicazione dei criteri del Regolamento Dublino. Sempre sul sindacato giurisdizionale relativamente ai c.d. *trasferimenti Dublino* e all'applica-

La già conclamata crisi del sistema Dublino si è così propagata anche al sistema Schengen, con alcuni Stati membri che a partire dal 2015 hanno ripristinato i controlli alle frontiere interne, seguiti anche dagli Stati della rotta balcanica fuori dell'area Schengen, i quali hanno annunciato e poi praticato il blocco del transito nei loro territori ai migranti e ai richiedenti asilo⁴³. È stato anche evidente che gli Stati membri avrebbero preferito rinunciare alla libera circolazione delle persone pur di non ammettere più un migrante, inclusi i richiedenti asilo. Uno scenario, questo, con un impatto negativo su tutto lo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia e che sarebbe stato devastante per il processo d'integrazione europea, già fortemente indebolito⁴⁴. In questo contesto si collocano la proposta di modifica del Codice frontiere Schengen per rendere ancora più flessibile la reintroduzione dei controlli alle frontiere interne, anch'essa non approvata nella legislatura 2014-2019⁴⁵, nonché le decisioni sulla ricollocazione delle persone in evidente bisogno di protezione internazionale adottate nel settembre 2015⁴⁶.

L'aspetto più innovativo delle decisioni è stata la definizione di quote obbligatorie, individuate attraverso criteri oggettivi, per trasferire i richiedenti protezione internazionale tra gli Stati membri dando concreta applicazione al principio di solidarietà tra gli Stati membri di cui all'art. 80 TFUE⁴⁷. Tuttavia,

zione della c.d. clausola di sovranità si v. CGUE, 25 gennaio 2018, C-360/16, *Hasan*; 19 marzo 2019, C-163/17, *Jawo*; 2 aprile 2019, C-582/17, *H*; 23 gennaio 2019, C-661/17, *MA*; 6 giugno 2013, C-648/11, *MA*.

43. Commissione europea, *Member States' notifications of the temporary reintroduction of border control at internal borders pursuant to Article 25 et seq. of the Schengen Borders Code*, disponibile su www.ec.europa.eu/dgs/home-affairs. https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/borders-and-visas/schengen/reintroduction-border-control/docs/ms_notifications_-_reintroduction_of_border_control_en.pdf. Si veda anche la Decisione di esecuzione (UE) 2016/894 del Consiglio del 12 maggio 2016, recante una raccomandazione per un controllo temporaneo alla frontiera interna in circostanze eccezionali in cui è a rischio il funzionamento globale dello spazio Schengen, GUUE L 151 del 8.6.2016, pp. 8-11. Peers S., *Can Schengen be suspended because of Greece? Should it be?*, in *Eu law analysis*, 2 dicembre 2015. Camilli A., *Una nuova crisi umanitaria in Bosnia riapre le ferite della guerra*, «Internazionale», 5.11.2019.

44. European Parliament Research Unit, *"The Cost of non-Schengen. Impact of border controls within Schengen on the Single Market"*, aprile 2016.

45. COM(2017)751 del 27 settembre 2017 *che modifica il regolamento (UE) 2016/399 per quanto riguarda le norme applicabili al ripristino temporaneo del controllo di frontiera alle frontiere interne*.

46. Decisione 2015/1523 del Consiglio, del 14 settembre 2015, che istituisce misure temporanee nel settore della protezione internazionale a beneficio dell'Italia e della Grecia, in GUUE n. L 239 del 15.9.2015, p. 146; decisione 2015/1601 del Consiglio, del 22 settembre 2015, che istituisce misure temporanee nel settore della protezione internazionale a beneficio dell'Italia e della Grecia, in GUUE n. L 248 del 24.9.2015, p. 80.

47. Vanheule D., van Selm J., Boswell C., *L'attuazione dell'articolo 80 del 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'immi-*

invece di alleviare l'onere dell'accoglienza in Grecia e in Italia, esse hanno causato un aumento netto dei richiedenti asilo in tali Paesi, come dimostra la tragica e disumana situazione dei migranti trattenuti nelle isole greche che rimarrà una delle macchie indelebili della storia di tutti i Paesi europei e dell'Unione europea⁴⁸.

Tramite di esse, infatti, i Governi del nord Europa e la Commissione sono riusciti ad imporre all'Italia e alla Grecia l'esecuzione dell'obbligo di identificazione dei migranti irregolari e dei richiedenti asilo, già vigente ma largamente disatteso per la mancanza di interesse da parte dell'Italia a tracciare il passaggio nel nostro Paese di chi vuole solo attraversarlo per raggiungere un'altra meta europea⁴⁹. Ne è derivata la creazione di strutture di accoglienza e prima accoglienza gestite secondo l'approccio *hotspots*, ossia centri chiusi per assicurare l'efficace realizzazione delle procedure di identificazione, registrazione e rilevamento delle impronte digitali⁵⁰.

Era dunque prevedibile che, scaduto il termine della loro applicazione⁵¹, date le divisioni tra gli Stati e la scarsa utilità rispetto allo scopo per il quale erano state previste, la Commissione abbia abbandonato questo strumento ed abbia presentato una proposta di modifica del regolamento Dublino che,

grazione, Parlamento europeo, Lussemburgo, 2011; ECRE, *Sharing Responsibility for Refugee Protection in Europe: Dublin Reconsidered*, March 2008, www.ecre.org. La definizione di quote obbligatorie è l'aspetto sul quale si sono registrate maggiori resistenze, con il voto contrario degli Stati di Visegrad (Romania, Repubblica Ceca, Slovacchia e Ungheria) ed il ricorso per annullamento sollevato dalla Repubblica slovacca e l'Ungheria di fronte alla Corte di giustizia dell'Unione europea. La Corte, con un'articolata e corposa sentenza, ha rigettato tutti i motivi di impugnazione sollevati ed ha anche ribadito la centralità del principio di solidarietà di cui all'art. 80 TFUE, dal quale discende in via di principio una regola di ripartizione degli oneri tra gli Stati membri, secondo le scelte discrezionali operate dalle istituzioni UE. CGUE, 6 settembre 2017, C-643/15, *Repubblica slovacca e Ungheria c. Consiglio dell'Unione europea*.

48. Oxfam, *Vulnerable and abandoned. How the Greek reception system is failing to protect the most vulnerable people seeking asylum*, 9.1.2019, www.oxfam.org.

49. Così l'art. 7 comune ad entrambe le decisioni. Sono state anche pubblicate specifiche linee guida per il rilevamento delle impronte digitali: Commission Staff Working Document on Implementation of the Eurodac Regulation as regards the obligation to take fingerprints, SWD(2015)150 del 27 maggio 2015. Sul ruolo delle Agenzie si veda Cortese F., "La difficile 'classificazione' dei migranti", in Savino M. (a cura di), *La crisi migratoria tra Italia e Unione europea*, op. cit., pp. 157-160. Al novembre 2017 le persone ricollocate dall'Italia erano 10.842 con 2.363 ancora in attesa e dalla Grecia 21.524 con 516 in attesa. La ragione è che le decisioni individuavano come soggetti eleggibili solo le persone appartenenti a quelle nazionalità che ottengono lo *status* almeno nel 75% dei casi sulla base dei dati forniti dai singoli Stati membri ed elaborati dall'EASO.

50. *Hotspot, accoglienza e ricollocamento – Circolare del Ministero dell'interno e Road map italiana*, www.asgi.it.

51. Il 19 settembre 2017 sono scaduti i due anni dall'entrata in vigore delle decisioni sulla ricollocazione che, però ha continuato ad essere praticata anche successivamente ma solo per le persone che siano giunte in Italia o in Grecia prima del 19 settembre 2018.

tuttavia, lasciava invariato il sistema vigente, in particolare relativamente al criterio dello Stato di primo arrivo⁵². Innovativa è stata invece la posizione comune approvata dal Parlamento su tale proposta. Per la prima volta, in un atto ufficiale delle istituzioni europee compaiono modifiche radicali dei criteri attualmente vigenti, introducendo un sistema di ripartizione di tutti i richiedenti asilo che giungono in qualsiasi Stato europeo. Il voto, sostenuto da una larga maggioranza dei deputati appartenenti a diverse famiglie politiche, provenienti da Stati del Nord e del Sud, dell'Est e dell'Ovest, dimostra che l'Unione può produrre una politica diversa, che esiste una coesione tra le diverse anime politiche dell'Europa, ma che persiste invece una divisione tra i Governi dell'Unione. Questi ultimi, infatti, non sono neanche riusciti a trovare un accordo al proprio interno per poter poi negoziare un'intesa con il Parlamento europeo.

Un portogueso sembrava invece essere stato aperto nella riunione del Consiglio europeo del 28 giugno 2018, quando i Capi di Stato e di Governo concordarono che «[...] È necessario trovare un consenso sul regolamento Dublino per riformarlo sulla base di un equilibrio tra responsabilità e solidarietà, tenendo conto delle persone sbarcate a seguito di operazioni di ricerca e soccorso». Questo paragrafo lasciava intravedere la possibilità di trovare un accordo sulla modifica del Regolamento, perlomeno distinguendo tra i diversi ingressi irregolari, così da sottrarre alla sua applicazione chi entra a seguito di operazioni di ricerca e soccorso in mare.

Quest'ultime sono infatti operazioni alle quali gli Stati di frontiera esterna non possono sottrarsi, pena la violazione di inderogabili obblighi internazionali, ragion per cui avrebbe molto senso distinguerle da tutti gli altri casi nei quali un richiedente asilo varca una frontiera senza una previa autorizzazione. È quanto aveva sostenuto l'Avvocato generale Sharpston nelle conclusioni presentate il 26 luglio 2017 nella causa *Jafari*, senza tuttavia essere seguita dalla Corte di giustizia dell'Unione europea che ha confermato il criterio interpretativo tradizionale dell'art. 13 del Regolamento Dublino⁵³.

La posizione assunta dal nostro Governo in occasione delle operazioni di ricerca e soccorso susseguitesesi a partire dal luglio 2018 aveva chiuso anche quel portogueso e reso impossibile concordare alcun tipo di riforma. Un tentativo di riaprire il dialogo e prospettare un accordo sul trasferimento dei migranti a seguito di operazioni di ricerca e soccorso in mare si è avuto con il c.d. accordo di Malta, discusso in un incontro tenutosi il 23 settembre 2019 nello Stato-isola del Mediterraneo, al quale hanno partecipato i Ministri dell'interno di Italia, Francia, Germania e Malta, con l'ambizione di coinvolgere altri Governi dell'Unione europea e, possibilmente, arrivare per questa strada ad un

52. Comunicazione COM(2016)0197 del 6 aprile 2016, *Riformare il sistema europeo comune di asilo e potenziare le vie legali di accesso all'Europa*. Maiani F., *The Reform of the Dublin III Regulation*, Parlamento europeo, 28 giugno 2016, pp. 53-56.

53. CGUE, 26 luglio 2017, C-646/16, *Jafari*.

accordo in seno al Consiglio, non raggiunto nella legislatura 2014-2019 e di difficile conseguimento anche in quella successiva⁵⁴.

4.3. *La politica del contenimento dei flussi*

L'incapacità di adottare un'efficace politica migratoria, di trovare soluzioni efficaci per gestire la c.d. crisi dei migranti, ma anche per definire un sistema europeo di asilo autenticamente comune ha portato ad un rafforzamento della cooperazione con i Paesi terzi al fine di ridurre gli ingressi di migranti e richiedenti asilo nei territori europei. In nome del principio "più progresso più aiuti", l'Unione mira a persuadere il più possibile i Paesi terzi a collaborare nel contrasto del traffico di migranti, nel rimpatrio dei migranti irregolari e nell'accoglienza dei richiedenti asilo, con qualsiasi incentivo economico a disposizione dell'UE e degli Stati⁵⁵. Così, la cooperazione con gli Stati di origine e di transito ha assunto una dimensione strategica nella soluzione della c.d. crisi dei migranti dell'Unione europea e si prospetta come un elemento stabile della *governance* dell'immigrazione nell'Unione europea, con una rinnovata coesione tra i Governi degli Stati membri.

L'apripista di questa nuova strategia è costituito dalla cooperazione con la Turchia, divenuto il Paese chiave per contenere il flusso dei cittadini siriani verso le isole greche. Dopo vari incontri preliminari, con una *dichiarazione* datata 18 marzo 2016, sono state concordate varie misure tra loro connesse. La Turchia si è impegnata a garantire accoglienza e protezione ai circa 3,6 milioni di cittadini siriani, in cambio di ingenti finanziamenti da parte dell'UE e degli Stati membri (in totale si prospettano sei miliardi di euro) e dello sblocco dei negoziati sull'accordo per la liberalizzazione dei visti a favore dei cittadini turchi. Per la prima volta è stato disciplinato il rimpatrio anche di richiedenti asilo, attraverso l'obbligo imposto alla Grecia di qualificare la Turchia come Paese sicuro.

Pur con tutte le incertezze circa la tenuta dell'accordo nel lungo periodo, nonché, più in generale, sul condizionamento delle relazioni dell'UE con la Turchia, esso è stato considerato un modello da replicare, *mutatis mutandis*, nelle relazioni con i Paesi di origine e di transito, in particolare con il Niger e con la Libia. Significativo è anche l'impiego in questi Paesi di missioni militari dell'UE e degli Stati⁵⁶. È infatti vivace su questo fronte anche la coopera-

54. CIR, *L'accordo di Malta sui migranti. Scheda tecnica*, www.cir-onlus.org.

55. *Nuovo quadro di partenariato con i paesi terzi nell'ambito dell'agenda europea sulla migrazione*, COM(2016)385 del 7 giugno 2016.

56. La più nota è la missione EUNAVFOR MED Sophia, decisa nel 2015 e prorogata fino a marzo 2020, Decisione PESC 2015/778 del Consiglio del 18 maggio 2015 *relativa a un'operazione militare dell'Unione europea nel Mediterraneo centromeridionale*; in

zione bilaterale, che vede impegnata in prima fila l'Italia⁵⁷. Ingenti sforzi sono stati compiuti per rendere operativa la guardia costiera libica, così da ridurre la presenza delle imbarcazioni europee nel Mediterraneo ed evitare di essere direttamente impegnati nelle attività di ricerca e soccorso in mare. Questo per ridurre al minimo la necessità di intervento da parte delle navi europee ed evitare così di dover portare i migranti soccorsi in un porto sicuro, normalmente un porto italiano, in ottemperanza agli obblighi derivanti dal diritto internazionale del mare ed al principio di *non refoulement*⁵⁸.

Caratteristica di questa cooperazione è la perdita della forma tradizionale tipica degli accordi di riammissione e l'affermazione dell'informalità e della flessibilità delle relazioni internazionali⁵⁹. Come la cooperazione con la Turchia è stata suggellata non da un accordo formale ma da una "dichiarazione", così avviene anche per le altre collaborazioni in atto che possono assumere denominazioni diverse, come patti o dialoghi, ma senza assumere la forma del vero e proprio accordo internazionale.

Interessante è poi l'intreccio che sussiste tra l'azione dell'UE e quella da parte degli Stati. La cooperazione con la Turchia è stata realizzata attraverso l'azione diretta dei Capi di Stato e di Governo, insieme a rappresentanti delle istituzioni europee e finanziata con una combinazione di risorse provenienti un po' dai bilanci nazionali e un po' da quello UE. In questo contesto il controllo dei parlamenti nazionali sull'attività realizzata diventa l'unico modo per scongiurare l'aggiramento delle garanzie democratiche: evitare, in altre parole, che attraverso l'UE i Governi siano sulla scena internazionale ancora più liberi di quello che sarebbero se agissero fuori dall'UE. Tuttavia, tale controllo risulta molto difficile, sia per il *mix* tra misure UE e misure nazionali, sia per la mancata adozione di atti formali, suscettibili di controllo politico e/o giurisdizionali. In relazione alla cooperazione UE/Turchia, ad esempio, secondo la Corte di giustizia dell'Unione europea siamo di fronte all'assenza di un

Mali è stata avviata nel 2015 la missione EUCAP Sahel Mali, una missione civile dell'Unione (decisione (PESC) 2017/50 del Consiglio dell'11 gennaio 2017 che modifica la decisione 2014/219/PESC relativa alla missione dell'Unione europea in ambito PSDC in Mali (EUCAP Sahel Mali); Dal 2012 è operativa la missione EUCAP Sahel Niger: decisione 2012/392/PESC del Consiglio del 16 luglio 2012 relativa alla missione dell'Unione europea in ambito PSDC in Niger (EUCAP Sahel Niger).

57. Si veda in questo volume Gennari L., Cecchini L.C., Crescini G., pp. 133 ss.

58. Si veda il carteggio tra il Ministro dell'interno italiano ed il Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa. Quest'ultimo ha inviato una lettera al Governo italiano il 22 settembre 2017, chiedendo chiarimenti circa il rispetto degli obblighi derivanti dalla CEDU, come interpretati dalla Corte europea, Corte EDU, *Hirsi Jamaa and Others v. Italy*, 23 febbraio 2012, ricorso n. 27765/09.

59. Una raccolta ragionata degli accordi di riammissione dell'Unione e dell'Italia, nonché delle variegate forme della cooperazione internazionale in questo settore, può essere reperita nell'annata 2016 della rivista «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», ad essi interamente dedicata.

accordo dell'Unione, trattandosi di un accordo concluso dai Capi di Stato e di Governo dell'Unione e non dall'Unione stessa⁶⁰. Dello stesso orientamento è stato il Parlamento europeo che non ha inteso contestare la violazione delle proprie prerogative ed ha rinunciato ad esperire un ricorso per annullamento di fronte alla Corte di giustizia dell'Unione europea.

Tuttavia, se si trattasse effettivamente di un accordo degli Stati membri, occorrerebbe che le procedure interne sulla competenza a stipulare fossero rispettate, cosa che non si è verificata nel caso di specie. In sintesi, una cooperazione informale, dematerializzata quanto alla forma e di dubbia maternità, ma nutrita di molta sostanza quanto alle azioni finanziate e realizzate, tutte in larga parte volte al contenimento dei flussi verso l'Unione.

La politica del contenimento dei flussi è accompagnata da misure che potremmo definire come *compensatorie*. Sono misure che vengono valorizzate dalle istituzioni europee e dagli Stati membri per giustificare di fronte alla comunità internazionale un'azione fortemente limitativa del diritto delle persone di migrare e di cercare protezione internazionale. È in questo contesto che devono essere inquadrati gli interventi di cooperazione e assistenza umanitaria, nonché le diverse misure che possiamo definire di "ingresso protetto".

Tuttavia, mentre il contenimento dei flussi è una misura di breve periodo, le altre misure possono produrre risultati di medio o lungo periodo. Addirittura, le iniziative di cooperazione allo sviluppo tendono nel medio periodo ad un aumento dell'emigrazione, cosa che è però esclusa dall'assenza di canali di ingresso regolari. Sistemático è il coinvolgimento dell'UNHCR e dell'OIM, così come delle organizzazioni non governative, la cui presenza è ritenuta dai Governi e dalle istituzioni dell'Unione una garanzia della tutela dei diritti delle persone nei Paesi di transito, soprattutto la Libia. Al contrario, è anche dai rapporti di tali organizzazioni che si evince chiaramente la presenza di situazioni di tortura e trattamenti disumani e degradanti, rispetto alle quali le organizzazioni internazionali e umanitarie non possono che avere una funzione di riduzione del danno, salvando o alleviando le sofferenze di alcune persone, senza poter determinare alcun cambiamento significativo delle situazioni di sofferenza inflitte a migliaia di persone, probabilmente neanche nel lungo, lunghissimo periodo.

60. La Corte di giustizia dell'Unione europea ha pronunciato una criticabile ordinanza di inammissibilità su un ricorso diretto di annullamento presentato da due cittadini pachistani ed uno afgano; 12 settembre 2018, *NF e a. contro Consiglio europeo*, C-208/17 sul ricorso contro l'ordinanza del Tribunale del 28 febbraio 2017, *NC c. Consiglio europeo*, T-192/16. Si veda anche Tribunale 7 febbraio 2018, *Access Info Europe contro Commissione europea*, T-851/16. È pendente un ricorso di impugnazione dell'ordinanza del Tribunale di fronte alla CGUE, C-473/16 P. Tra tutti i numerosi contributi sul punto si veda Marchegiani M, Marotti L., *L'accordo tra l'Unione europea e la Turchia per la gestione dei flussi migratori: cronaca di una morte annunciata?*, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 2016, pp. 70-74.

Quanto alle misure di ingresso protetto, va dato atto all'Unione di avere incentivato l'adozione di misure di reinsediamento, ammissione umanitaria e ricollocazione⁶¹. Tuttavia, da una parte la Corte di giustizia dell'Unione europea ha chiarito che, in base al diritto dell'Unione europea, gli Stati possono prevedere l'ingresso per motivi umanitari ma non possono essere considerati obbligati a farlo⁶². Dall'altra, la Commissione tende a valorizzare le analogie tra i diversi strumenti, in quanto ritiene che si inseriscano nel più ampio spettro di misure relative alla gestione dei flussi di migranti e di richiedenti asilo e che consentano di dare attuazione concreta al principio di solidarietà tra Stati membri (ricollocazione) o terzi (reinsediamento o ammissione umanitaria)⁶³.

Questo crea una contraddizione di fondo circa l'approccio e gli obiettivi perseguiti attraverso il reinsediamento, istituto sorto per alleviare gli oneri degli Stati che sono sottoposti a sforzi significativi nell'accoglienza dei richiedenti asilo o per trovare soluzioni durevoli per i rifugiati. Ma, al di là del problema dell'approccio di fondo applicato al reinsediamento, vi è un dato incontrovertibile: tutti gli ingressi di tipo umanitario, siano ammissione umanitaria o reinsediamento, sono tanto invocati quanto scarsamente praticati, così da non poter essere in alcun modo considerati come compensatori delle pratiche di contenimento dei flussi. Si consideri che con una Raccomandazione adottata il 27 settembre 2017 la Commissione ha chiesto un impegno per 50.000 persone da reinsediare nel biennio successivo, con il sostegno di 500.000 euro a carico del bilancio dell'Unione⁶⁴. A dicembre 2019 sono state reinsediate 39.000 persone. Sebbene si tratti di un aumento rispetto ai precedenti obiettivi dell'Unione, si tratta comunque di meno del 2% dei posti ritenuti necessari dall'UNHCR come impegno globale per il 2020⁶⁵.

61. Raccomandazione della Commissione C(2015)9490, 11 novembre 2016. La quota di 54.000 prevista in questa raccomandazione è stata scorporata da quella di 160.000 prevista nelle decisioni sulla ricollocazione del 2015; sono stati effettivamente reinsediati 11.354 cittadini siriani. COM(2017)669 del 15 novembre 2017 *Relazione sullo stato di attuazione dell'agenda europea sulla migrazione*, p. 19. Decisione (UE) 2016/1754 del Consiglio, del 29 settembre 2016, che modifica la decisione (UE) 2015/1601 che istituisce misure temporanee nel settore della protezione internazionale a beneficio dell'Italia e della Grecia, GUUE L 268 del 1.10.2016, pp. 82-84; Raccomandazione 2015/914 della Commissione dell'8 giugno 2015 *relativa a un programma di reinsediamento europeo*, GUUE L 148 del 13.6.2015, pp. 32-37.

62. In questo senso si è pronunciata la Corte di giustizia dell'Unione europea sul rinvio pregiudiziale di un giudice belga al quale si erano rivolti due cittadini siriani che si erano visti negare un visto di breve durata ai sensi del Codice visti richiesto sulla base di motivi umanitari; CGUE, sentenza del 7 marzo 2017, *X. e X. c. Belgio*, C-638/16 PPU.

63. Proposta COM(2016)468 del 13 luglio 2016 *che istituisce un quadro dell'Unione per il reinsediamento e modifica il regolamento (UE) n. 516/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio*.

64. Raccomandazione del 3.10.2017, C(2017) 6504, *Sul rafforzamento dei percorsi legali per le persone bisognose di protezione internazionale*.

65. *1.4 million refugees set to need urgent resettlement in 2020: UNHCR*, <https://news.un.org/en/story/2019/07/1041632>.

4.4. *Il rischio di riduzione del livello di tutela dei diritti fondamentali nella difficile costruzione del sistema europeo di asilo*

Come per l'immigrazione, anche per l'asilo la Commissione aveva pubblicato all'indomani dell'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam, il proprio orientamento che, assieme alle Conclusioni del Consiglio europeo di Tampere, ha delineato le linee di sviluppo della politica che avrebbero poi portato alla realizzazione del sistema europeo comune di asilo, incentrato sulla nozione di protezione internazionale⁶⁶. In particolare, la strategia concordata si è sviluppata attraverso due fasi successive, caratterizzate da un diverso livello di armonizzazione delle legislazioni nazionali volte a disciplinare tutti gli aspetti rilevanti del sistema di protezione: l'accoglienza, le procedure, le qualifiche e la determinazione dello Stato competente. Per favorire la corretta applicazione del sistema europeo di asilo a livello nazionale è stato anche creato l'Ufficio europeo per il sostegno dell'asilo⁶⁷.

In aggiunta, la possibilità ammessa dalle Direttive europee di accordare la protezione umanitaria in base alla legislazione nazionale, consente di offrire una tutela residuale e più ampia di quella risultante dalla protezione internazionale di derivazione europea, in conformità all'apertura del disposto costituzionale⁶⁸. La Corte di giustizia dell'Unione europea, nel riconoscere che sussiste ancora spazio per forme di protezione più favorevoli disciplinate dal diritto nazionale, come espressamente ammesso dalle Direttive UE, ha chiarito che esse devono sempre essere compatibili con le Direttive ed in particolare devono rispondere ad una *ratio* di protezione diversa così da non confondersi con quelle di derivazione UE⁶⁹.

66. Direttiva 2001/55/CE, *Norme minime per la concessione della protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati e sulla promozione dell'equilibrio degli sforzi tra gli stati membri che ricevono sfollati e subiscono le conseguenze dell'accoglienza degli stessi*, GUUE 10 luglio 2001, l. 187, pp. 45 ss.; Direttiva 2013/32/UE del 26 giugno 2013 recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale, GUUE 29 giugno 2013 l. 180, pp. 60-95; Direttiva 2013/33/UE del 26 giugno 2013 recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale, GUUE 29 giugno 2013 l. 180, pp. 96-116; Direttiva 2011/95/UE del 13 dicembre 2011 recante norme sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta, GUUE 20 dicembre 2011, l. 337, pp. 9 ss.; Regolamento 604/2013 del 26 giugno 2013 che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati, GUUE 29 giugno 2013, l. 180, pp. 31-59. Cherubini F., *Asylum Law in the European Union*, Routledge, London, 2015.

67. Proposta di regolamento relativo all'Agenzia dell'Unione europea per l'asilo e che abroga il regolamento (UE) n. 439/2010, COM(2016)271 del 4 maggio 2016.

68. Corte di cassazione, 4455/2018 del 23 febbraio 2018.

69. CGUE, 9 novembre 2010, C-57/09, *B. e D.*, punti 118-121; 18 dicembre 2014, C-542/13, *M'Bodj*, punti 43-47.

Il sistema europeo di asilo è largamente basato sulla Convenzione di Ginevra sul diritto dei rifugiati e sul principio di non respingimento ma ne rappresenta uno sviluppo progressivo, sia per la codificazione d'interpretazioni evolutive della stessa Convenzione di Ginevra, sia per l'espressa inclusione nel sistema europeo di quelle fattispecie diverse dal diritto di asilo che non hanno ancora avuto un'autonoma e completa disciplina a livello internazionale e né, spesso, a livello nazionale. Ci si riferisce in particolar modo ai limiti all'allontanamento derivanti dalla CEDU che in gran parte sono oggi "coperti" dalla nozione di protezione sussidiaria, mutando da meri obblighi di tipo negativo in veri e propri obblighi positivi di protezione e di riconoscimento di uno specifico *status*.

Complementare alla protezione internazionale è poi la protezione umanitaria, contemplata ma non disciplinata dal diritto dell'Unione, che rinvia alla legislazione degli Stati membri che la possono discrezionalmente riconoscere per motivi umanitari o caritatevoli. La Corte di giustizia dell'Unione europea ha poi svolto e continua a svolgere quel ruolo tipico di garante dell'uniforme interpretazione e applicazione del diritto dell'Unione, sia delle norme derivate sia delle norme primarie, in particolare della Carta europea dei diritti fondamentali⁷⁰. La Corte ha avuto modo di chiarire che la Convenzione di Ginevra, alla quale rinviano sia l'art. 78 TFUE, sia l'art. 18 della Carta, sia la normativa derivata, costituisce «il livello di protezione minimo» che ben può essere derogato *in melius* dall'Unione europea. Si tratta di un principio basilare nel rapporto tra strumenti di tutela dei diritti umani e molto rilevante per districarsi nel labirinto delle fonti internazionali, europee e nazionali, tutte rilevanti in materia di asilo⁷¹.

A dispetto dell'autoqualificazione del sistema europeo di asilo come comune, tutt'oggi esistono notevoli differenze nei sistemi di asilo nazionali e l'armonizzazione rimane una chimera. Inoltre, l'impatto negli Stati membri è stato diverso a seconda della legislazione già vigente a livello nazionale. In Stati come l'Italia, l'impatto è stato significativo, considerando l'assenza di un sistema organico in materia di asilo che è stato introdotto proprio grazie all'attuazione delle Direttive europee. Più complesso è valutare tale processo in termini qualitativi, vale a dire se vi sia stata in Italia o negli altri Stati membri un'evoluzione della tutela del diritto di asilo grazie all'attuazione del sistema europeo comune di asilo.

È un dato oggettivo che le riforme che hanno interessato il diritto di asilo in Italia a partire dal 2017 sono state in gran parte introdotte in virtù di quanto disposto dal sistema europeo di asilo. Ciò è sicuramente vero per l'intro-

70. Sia permesso il rinvio al nostro, *L'Unione che protegge e l'Unione che respinge. Progressi, contraddizioni e paradossi del sistema europeo di asilo*, «Questione giustizia», 2, 2018, pp. 28-43.

71. CGUE, sentenza del 14 maggio 2019, *M*, C-391/16, punti 96 e 111.

duzione delle procedure accelerate, di frontiera e dei concetti di Paese sicuro, tutte già contemplate nella Direttiva cd. procedure ma come opzioni, lasciando cioè agli Stati la possibilità di scegliere se introdurle o meno nei propri ordinamenti. Nell'ordinamento italiano tali concetti non erano stati introdotti fino all'adozione del D.L. n. 113/2018, essendo sempre stati ritenuti contrari al disposto costituzionale, soprattutto per la difficoltà ad effettuare un esame individuale con la prevista riduzione delle garanzie procedurali. L'ampio utilizzo di tali nozioni negli Stati membri, nonché le prospettive di riforma volte a renderli obbligatori per tutti, hanno in qualche modo rafforzato la volontà del Governo italiano di renderli operativi anche nel nostro ordinamento. Analogamente si può affermare rispetto all'abrogazione dell'appello e della protezione c.d. umanitaria: in questo caso il sistema europeo di asilo nulla dispone in proposito, lasciando agli Stati membri ampia discrezionalità sulla disciplina dell'appello dopo il primo grado di giudizio o sulla protezione umanitaria.

Tali riforme, in altri termini, sono state introdotte non perché *imposte* dal diritto dell'Unione europea ma perché da esso *previste* come opzioni o *consentite* in quanto non disciplinate.

Inoltre, nel pacchetto di riforma del sistema europeo di asilo presentato nel 2016, non approvato entro la fine della legislatura 2014-2019, erano previste disposizioni volte ad irrigidire i criteri disposti dal Regolamento Dublino, ad accentuare i meccanismi sanzionatori, ad applicare in modo obbligatorio i concetti di Paese sicuro e la conseguente applicazione delle procedure di frontiera ed accelerate. Il tutto realizzato attraverso Regolamenti e non più Direttive, nonché con l'eliminazione della clausola delle disposizioni più favorevoli, che consente oggi agli Stati di introdurre o mantenere in vigore norme nazionali più favorevoli rispetto a quelle previste dalle Direttive UE, privando gli Stati di quei margini di discrezionalità che in Italia hanno consentito un adattamento in piena conformità con il diritto di asilo costituzionale riconosciuto dall'art. 10 Cost.

Dall'esame del Sistema europeo comune di asilo e, soprattutto dalle sue prospettive di riforma, emerge una tendenza nella legislazione dell'Unione a ridurre il livello dei diritti e delle garanzie riconosciute ai richiedenti protezione internazionale, tendenza acuita nella risposta dell'Unione alla c.d. crisi dei migranti e dei richiedenti asilo che ha raggiunto la sua acme tra il 2014 e il 2017. Significativo quanto affermato da un deputato europeo nell'ambito della discussione di una delle proposte di riforma del sistema europeo di asilo: «Il nostro sistema comune di asilo non può continuare a concentrarsi esclusivamente su come meglio ostacolare le persone in fuga che tentano di raggiungere il territorio dell'Unione europea»⁷².

72. Proposta di regolamento *che istituisce un quadro dell'Unione per il reinsediamento e modifica il regolamento (UE) n. 516/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio*, COM(2016)468 del 23 ottobre 2017.

Se la legislazione europea, soprattutto se di armonizzazione delle norme nazionali, tende ad assestarsi su un livello di tutela dei diritti decrescente e sicuramente inferiore rispetto a quello disposto dalla Costituzione italiana, si pone evidentemente un problema di conflitto tra fonti. Potrebbe addirittura accadere che un Governo in seno al Consiglio sia favorevole ad adottare un atto di armonizzazione delle norme nazionali che contrasti con i principi fondamentali della sua Costituzione, come il diritto costituzionale di asilo. L'Unione potrebbe così divenire il luogo usato per imporre una riduzione degli *standards* derivanti dalle Costituzioni nazionali nel nome dell'armonizzazione europea. Uno *standard* che dovrebbe poi prevalere sullo *standard* nazionale sulla base del consolidato orientamento della Corte di giustizia dell'Unione europea⁷³. Si porrebbe così anche la premessa di un conflitto tra diritti fondamentali che, precostituito dal legislatore europeo con il concorso dei Governi nazionali, dovrebbe poi essere risolto in sede giurisdizionale, con tutte le difficoltà che notoriamente si pongono. Più efficace sarebbe, invece, l'introduzione di sistemi e di procedure di prevenzione del conflitto da attivarsi durante la procedura legislativa ordinaria e a prescindere dall'iniziativa dei rappresentanti dei Governi degli Stati membri, perlomeno quando vi siano in gioco diritti costituzionali⁷⁴.

Più in generale, sarebbe anche auspicabile che, per conciliare il principio del primato del diritto UE e la tutela dei diritti fondamentali riconosciuti a livello nazionale, fosse garantita l'applicazione dello *standard* più favorevole o, almeno, fossero debitamente valorizzate quelle clausole presenti nel Trattato per evitare che nella formazione degli atti dell'Unione vi siano norme che possano collidere con i diritti fondamentali tutelati a livello delle Costituzioni nazionali. Nella crisi di valori e di identità dell'Unione, la riviviscenza del

73. CGUE, sentenza del 26 febbraio 2013, *Melloni*, C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107, punti 62-63. Orientamento confermato anche nella sentenza del 5 dicembre 2017, *M.A.S. and M.B.*, C-42/17, punti 45-46. Muir E., *The Fundamental Rights Implications of EU Legislation: Some Constitutional Challenges*, «Common Market Law Review-CMLR», 1, 2014, pp. 219-246; Torres Pérez A., *Melloni in Three Acts: From Dialogue to Monologue*, «European Competition Law Review-ECLR», 2, 2014, pp. 308-331; de Boer N., *Addressing rights divergences under the Charter: Melloni*, «Common Market Law Review-CMLR», 4, 2013, pp. 1083-1104; Lazzerini N., *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. I limiti di applicazione*, FrancoAngeli, Milano, 2018.

74. European Commission Staff Working Paper, *Operational Guidance on taking account of Fundamental Rights in Commission Impact Assessment*, SEC(2011)567 of 6 May 2011; Interinstitutional Agreement between the European Parliament, the Council of the European Union and the European Commission on Better Law-Making of 13 aprile 2016, GUUE L 123 del 12 maggio 2016, punto 12. Lazzerini N., *Le clausole generali della Carta dei diritti fondamentali nel law-making europeo: codificazione e innovazione nella determinazione del livello di tutela*, in Annoni A., Forlati S., Salerno F. (a cura di), *La codificazione nell'ordinamento internazionale e dell'Unione europea*, Editoriale scientifica, Napoli, 2019, pp. 515-523.

principio dell'armonizzazione nel progresso, ormai poco più di un ricordo degli anni d'oro del processo di integrazione europea, potrebbe consentire anche un rilancio dello stesso processo di integrazione nel quale è talvolta difficile riconoscere il merito di assicurare il miglioramento del benessere collettivo dei popoli europei, inclusi i loro diritti fondamentali.

5. Conclusioni

La crisi dei migranti e dei richiedenti asilo ha dimostrato l'inidoneità dell'Unione europea a governare la politica migratoria, necessitando non solo di misure quali il controllo delle frontiere esterne o dei dati delle persone, bensì anche di un complesso di azioni di politica sociale ed economica, ancora in gran parte di competenza nazionali o sulle quali i Governi non intendono rinunciare alla loro piena discrezionalità. Essa ha dimostrato l'ontologica inconciliabilità tra uno spazio di libera circolazione e le misure volte a contrastare i movimenti secondari, soprattutto di chi è stato riconosciuto beneficiario di protezione internazionale.

Queste carenze "strutturali" si riflettono in modo negativo anche nell'esercizio delle competenze attribuite all'Unione, nelle quali non è stata elaborata una propria visione, autonoma rispetto a quella dei Governi e autenticamente ispirata al principio di solidarietà tra gli Stati. Anche la Commissione non è riuscita in questo ambito a svolgere quel ruolo positivo che in altre epoche e in altre politiche ha invece svolto. Costretta a ritirare la proposta profondamente innovativa sull'immigrazione per motivi di lavoro, si è mossa nello stretto recinto delimitato dagli orientamenti di un Consiglio europeo sempre più conservatore. Si comprende così perché ancora vigano strumenti sorti nell'era della cooperazione intergovernativa, come i sistemi Schengen e Dublino, la cui rilevanza ed il cui impianto sono sostanzialmente immutati.

Anche nell'ambito della dimensione esterna delle politiche di immigrazione e di asilo, dove più forte appare la coesione tra gli Stati, emerge evidente la prevalenza dell'approccio intergovernativo. Minore o assente il ruolo dei parlamenti, europeo e nazionali, creando di fatto spazi di attività dei Governi ben più ampi di quelli che essi avrebbero se agissero nell'ambito di competenze nazionali o attraverso la cooperazione internazionale. Un'analogha tendenza si rileva anche in relazione al crescente ruolo di Frontex il cui operato andrebbe pienamente ricondotto alle istituzioni europee e non solo attraverso un controllo *ex post* sulle attività effettuate.

Non solo, dunque, l'Unione non ha adeguate competenze per governare in modo adeguato l'immigrazione, ma essa risulta frenata nell'esercizio delle competenze attribuite, con ripetuti strappi anche a regole procedurali e prerogative delle istituzioni derivanti dai Trattati. La questione centrale non è *quanto* potere attribuire all'Unione o agli Stati, bensì accettare che sia l'Unio-

ne e non gli Stati a guidare la costruzione di queste politiche, facendo sì che ogni istituzione possa svolgere il proprio ruolo e rinunciando al perseguimento dell'unanimità dei governi in seno al Consiglio. Fino ad ora non solo l'Unione si è rivelata incapace di guidare gli Stati, ma è stata usata dagli Stati come strumento per perseguire propri interessi nazionali, di breve periodo, coincidenti con il tempo di una legislatura e di una tornata elettorale. Il risultato è che scarseggiano misure strategiche e di lungo periodo e si perdono di vista i valori fondamentali dell'Unione, dentro e fuori l'Europa.

Emblematica è la politica del contenimento dei flussi: prima, infatti, che siano davvero sradicate le cause profonde delle migrazioni, se mai questo avverrà davvero, avremo una generazione di persone bloccate in transito, il cui destino dovrebbe essere di primario interesse per noi tutti e lo sarebbe se in Europa vi fosse ancora almeno la traccia dei visionari ai quali dobbiamo l'avvio e la crescita del processo di integrazione europea⁷⁵.

75. Ambrosi E., *The Unbearable Lightness of Leadership*, «EUObserver», 18.10.2017.

Lo *ius migrandi*, da secoli riconosciuto come diritto naturale universale e contemplato tra i più importanti principi del diritto internazionale, rivela la sua parziale compiutezza nell'asimmetria esistente tra il riconoscimento di un diritto di emigrare e i limiti imposti all'immigrazione. Questa discrasia, da tempo al centro del dibattito filosofico, giuridico e politico, discende in primo luogo dalla discrezionalità con la quale i singoli Stati gestiscono i flussi migratori e definiscono le politiche sull'immigrazione e l'asilo.

La pubblicazione, nata per celebrare i 20 anni di vita della rivista «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza» per iniziativa di ASGI (Associazione per gli studi giuridici sull'immigrazione) e Magistratura democratica, ripercorre la legislazione e le politiche sull'immigrazione in Italia negli ultimi 30 anni. L'analisi diacronica svolta in questo volume al quale hanno contribuito una cinquantina di autori appartenenti a diverse discipline, giuridiche e non solo, ci permette, da un lato, di riconoscere le costanti insite negli strumenti tecnico-giuridici adottati per governare il fenomeno dell'immigrazione e dall'altra di soffermarsi a riflettere su come garantire oggi il «diritto di avere diritti».

Attraverso il tema dello *ius migrandi*, sviluppato lungo le cinque dorsali tematiche in cui si articola l'intera pubblicazione, sono stati analizzati, da un lato, gli effetti sulla condizione dei migranti conseguenti all'esponentiale politicizzazione del fenomeno immigrazione che ha alimentato la retorica pubblica traducendosi in politiche di esclusione e "disprezzo per il diritto", e dall'altro lato, la necessità di rivendicare la forza stessa dei diritti universali e indivisibili, in difesa non solo dei migranti ma dell'identità civile e democratica dei nostri ordinamenti.

Monia Giovannetti, socia ASGI e componente del comitato di redazione della rivista «Diritto, immigrazione e cittadinanza», da oltre vent'anni è impegnata nella ricerca sociale sui fenomeni migratori ed in particolare sul tema dell'inclusione dei minori stranieri non accompagnati, richiedenti asilo e rifugiati.

Nazzarena Zorzella, avvocatessa ASGI del foro di Bologna, co-fondatrice di ASGI e componente del comitato di redazione della rivista «Diritto, immigrazione e cittadinanza».