

Valentina Faggiani

# La necessaria riformulazione del diritto di asilo europeo

Tra crisi migratoria e involuzione democratica

FRANCOANGELI

**SDP**

Studi di  
**Diritto Pubblico**

## Informazioni per il lettore

Questo file PDF è una versione gratuita di sole 20 pagine ed è leggibile con **Adobe Acrobat Reader**



La versione completa dell'e-book (a pagamento) è leggibile **con Adobe Digital Editions**.

Per tutte le informazioni sulle condizioni dei nostri e-book (con quali dispositivi leggerli e quali funzioni sono consentite) consulta [cliccando qui](#) le nostre F.A.Q.

# STUDI DI DIRITTO PUBBLICO

Collana diretta da **Roberto Bin, Fulvio Cortese e Aldo Sandulli**  
coordinata da **Simone Penasa e Andrea Sandri**

## REDAZIONE

Chiara Bergonzini, Fabio Di Cristina, Angela Ferrari Zumbini, Stefano Rossi

## COMITATO SCIENTIFICO

Jean-Bernard Auby, Stefano Battini, Daniela Bifulco, Roberto Caranta, Marta Cartabia, Omar Chessa, Mario P. Chiti, Pasquale Costanzo, Antonio D'Andrea, Giacinto della Cananea, Luca De Lucia, Gianmario Demuro, Daria de Pretis, Marco Dugato, Tomàs Font i Llovet, Giulia Maria Labriola, Peter Leyland, Massimo Luciani, Michela Manetti, Alessandro Mangia, Barbara Marchetti, Giuseppe Piperata, Aristide Police, Margherita Ramajoli, Roberto Romboli, Antonio Ruggeri, Sandro Stajano, Bruno Tonoletti, Aldo Travi, Michel Troper, Nicolò Zanon

La Collana promuove la rivisitazione dei paradigmi disciplinari delle materie pubblicistiche e l'approfondimento critico delle nozioni teoriche che ne sono il fondamento, anche per verificarne la persistente adeguatezza.

A tal fine la Collana intende favorire la dialettica interdisciplinare, la contaminazione stilistica, lo scambio di approcci e di vedute: poiché il diritto costituzionale non può estraniarsi dall'approfondimento delle questioni delle amministrazioni pubbliche, né l'organizzazione e il funzionamento di queste ultime possono ancora essere adeguatamente indagati senza considerare l'espansione e i modi di interpretazione e di garanzia dell'effettività dei diritti inviolabili e delle libertà fondamentali. In entrambe le materie, poi, il punto di vista interno deve integrarsi nel contesto europeo e internazionale.

La Collana, oltre a pubblicare monografie scientifiche di giovani o affermati studiosi (**STUDI E RICERCHE**), presenta una sezione (**MINIMA GIURIDICA**) di saggi brevi destinata ad approfondimenti agili e trasversali, di carattere propriamente teorico o storico-culturale con l'obiettivo di sollecitare anche gli interpreti più maturi ad illustrare le specificità che il ragionamento giuridico manifesta nello studio del diritto pubblico e le sue più recenti evoluzioni.

La Collana, inoltre, ospita volumi collettanei (sezione **SCRITTI DI DIRITTO PUBBLICO**) volti a soddisfare l'esigenza, sempre più avvertita, di confronto tra differenti saperi e di orientamento alla lettura critica di problemi attuali e cruciali delle discipline pubblicistiche.

La Collana, inoltre, si propone di assecondare l'innovazione su cui si è ormai incamminata la valutazione della ricerca universitaria. La comunità scientifica, infatti, sente oggi l'esigenza che la valutazione non sia più soltanto un compito riservato al sistema dei concorsi universitari, ma si diffonda come responsabilità dell'intero corpo accademico.

Tutti i volumi pubblicati nella Collana sono stati pertanto sottoposti a un processo di *double blind peer review* che ne attesta la qualità scientifica.

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

**Valentina Faggiani**

# **La necessaria riformulazione del diritto di asilo europeo**

Tra crisi migratoria e involuzione democratica

Prefazione di **Roberto Bin**

**FRANCOANGELI**

**SDP**

Studi di

**Diritto Pubblico**

Il volume è stato finanziato nell'ambito del Progetto di ricerca I+D+i, *Programa Operativo FEDER Andalucía "Políticas de Integración de los Inmigrantes y Refugiados en Perspectiva Nacional, Autonómica y Europea"*, B-SEJ-442-UGR20; y e del Modulo Jean Monnet, "Challenges to justice in the EU: perspectives for reform", 2022-2025, ERASMUS-JMO-2022-MODULE, 101085462.



**Co-funded by  
the European Union**



**Junta de Andalucía**

Consejería de Transformación Económica,  
Industria, Conocimiento y Universidades

Isbn: 9788835165026

Copyright © 2024 by FrancoAngeli s.r.l., Milano, Italy.

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 [www.francoangeli.it](http://www.francoangeli.it).

# INDICE

ABBREVIAZIONI	pag.	9
PREFAZIONE. IMMIGRAZIONE E STATO DI DIRITTO, di <i>Roberto Bin</i>	»	15
INTRODUZIONE	»	19
I. DIRITTI E IMMIGRAZIONE NELL'UE COME QUESTIONE DI STATO DI DIRITTO	»	27
1. La UE tra crisi migratorie e <i>rule of law backsliding</i>	»	27
2. L'incapacità di adottare una riforma sostanziale	»	32
3. La rottura della <i>mutual trust</i> : tra disfunzioni del CEAS e rispetto degli standard di tutela	»	37
4. La riconfigurazione delle relazioni tra gli Stati membri nell'ambito della politica migratoria	»	41
4.1. Le eccezioni nei contesti di crisi sistemica	»	41
4.2. Le eccezioni al di là dei contesti di crisi sistemica	»	47
5. Il <i>modus procedendi</i> dei nuovi Stati illiberali	»	52
6. Le tecniche in materia migratoria	»	56
6.1. L'appello alla sovranità nazionale e la mancanza di solidarietà	»	56
6.2. L'identità costituzionale nazionale e la sfida al pri- mato del diritto dell'UE	»	62
6.3. L'immigrazione come minaccia per la sicurezza nazionale	»	64
7. L'inadempimento del diritto dell'UE da parte dell'Un- gheria: le pronunce sulla "prigione dei rifugiati" di Röszke	»	65

8. La Corte di giustizia come garante dello Stato di diritto e la complementarità con la Corte edu nella lotta contro le crisi sistemiche	pag. 68
II. LO STATUTO DEL RICHIEDENTE PROTEZIONE INTERNAZIONALE TRA <i>IUS MIGRANDI</i> E <i>IUS IMPERIUM</i> : LIMITI DEL SISTEMA E PROSPETTIVE DI RIFORMA	» 75
1. La persistente dicotomia <i>cives – non cives</i> nel contesto della tutela multilivello: tra forma e sostanza	» 75
2. Lo statuto dello straniero in Italia e Spagna come Stati primo arrivo	» 78
3. Il diritto di asilo come “diritto di frontiera”: tra approccio umanitario e riaffermazione della sovranità statale	» 85
4. Limiti strutturali e deficienze applicative del diritto di asilo in Spagna	» 89
5. Il diritto costituzionale di asilo in Italia	» 97
5.1. La progressiva, complessa e incompiuta attuazione legislativa del sistema	» 97
5.2. Dalla protezione umanitaria alla protezione complementare attraverso i nuovi permessi speciali di soggiorno	» 100
6. La necessità di un sistema incentrato sulla speciale vulnerabilità	» 106
7. I profughi in situazioni di conflitto armato	» 111
8. I rifugiati climatici: una nuova categoria di difficile definizione	» 116
9. Una possibile soluzione: la proposta di Regolamento sulle situazioni di crisi	» 121
III. L'INEFFETTIVITÀ DEL DIRITTO DI ACCESSO AL TERRITORIO DELL'UE NELLA PROTEZIONE INTERNAZIONALE	» 127
1. Contraddizioni e deficienze strutturali del sistema di Dublino dinanzi al nuovo contesto	» 127
2. Il reinsediamento: tra solidarietà interstatale ed esternalizzazione degli obblighi di protezione	» 133
3. Il mancato riconoscimento di un obbligo positivo di concedere i visti umanitari	» 140
4. Il <i>non-refoulement</i> come base del diritto di asilo	» 145
5. L'obbligo di ricerca e soccorso nel mare	» 148

6. La Spagna: tra rimpatri dei minori senza una procedura garantista e “ <i>devoluciones en caliente</i> ”	pag. 155
6.1. La violazione dei diritti dei Msna nella crisi di Ceuta	» 155
6.2. La (in)compatibilità con gli standard minimi di tutela	» 157
7. La violazione ripetuta e sistematica da parte della Polonia del divieto di espulsioni collettive	» 163
8. La politica dei “porti chiusi” o “quasi chiusi” in Italia	» 168
9. Un primo bilancio sull’approccio del Governo Meloni: dagli “sbarchi selettivi” allo “stato di emergenza migratoria”	» 173
 IV. IL MODELLO EUROPEO DI ESTERNALIZZAZIONE DELL’ASILO: CONTRADDIZIONI E PROFILI DI INCOMPATIBILITÀ CON GLI STANDARD DI TUTELA	» 183
1. La politica migratoria dell’UE: tra dimensione interna ed esterna	» 183
2. Cooperazione giudiziaria e immigrazione	» 186
3. La difficoltà di rafforzare la dimensione esterna dello SLSG a causa delle persistenti reminiscenze intergovernative della PESC	» 189
4. La costruzione di barriere oltre gli Stati attraverso il “controllo remoto” dell’UE e degli Stati di accoglienza	» 195
5. L’Accordo UE-Turchia come modello di <i>soft law</i> alternativo ai Trattati internazionali: verso la decostruzione e deformalizzazione del sistema giuridico?	» 198
6. Luci ed ombre del partenariato strategico e globale tra l’UE e la Tunisia	» 204
7. Il <i>Memorandum of understanding</i> Libia-Italia come base di legittimazione delle violazioni contro i migranti e rifugiati	» 206
8. I crimini contro i migranti davanti alla Corte Penale Internazionale	» 213
9. Il Protocollo Italia-Albania: tra tentativi di elaborare nuovi schemi e rischio di violazioni sistematiche	» 218
 CONCLUSIONI	» 229
 BIBLIOGRAFIA	» 239



## ABBREVIAZIONI

A&MR: Asiel- & Migrantenrecht  
A.: Autore  
AA.VV.: Autori vari  
AAUE: Agenzia dell'Unione europea per l'Asilo  
ACNUDH: UN Human Rights Office  
ACNUR: Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados  
ADIF: Diritti e frontiere  
ADim: Accademia Diritto e Migrazioni  
AEDI: Anuario de Derecho Internacional  
AG: Asamblea General  
An. derecho (Murcia): Anales de Derecho de la Universidad de Murcia  
Ann. Rev. Pol. Sci.: Annual Review of Political Science  
ARI: Análisis Real Instituto Elcano  
Art.: articolo  
Artt.: articoli  
Asgi: Associazione per gli Studi Giuridici sull'Immigrazione  
BOE: Boletín Oficial del Estado  
c.: contro  
C.d.: cosiddetto  
C.P.: Codice penale  
C.P.P.: Codice di procedura penale  
Cap.: Capitolo  
CAR: Centros de Acogida de Refugiados  
Carta: Carta dei diritti fondamentali dell'UE  
Cass: Cassazione  
CE: Constitución española  
CEE: Comunità economica europea  
CEAR: Comisión Española de Ayuda al Refugiado

CEAS: Common European Asylum System  
Cedu: Convenzione europea dei diritti dell'uomo  
CEPC: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales  
CEPS: Centre for European Policy Studies  
CESE: Comitato Economico e Sociale Europeo  
Cfr.: Confronta  
CFS: Codice Frontiere Schengen  
CGPJ: Consejo General del Poder Judicial  
Cidob: Barcelona Centre for International Affairs  
Cittadinanza eur.: La cittadinanza europea  
Civ.: civile  
CMLR: Common Market Law Review  
CMS: Comparative Migration Studies  
Co.: Comma  
Cod. nav.: Codice della navigazione  
Cod. prot. civ.: Codice di protezione civile  
CJEL: Columbia Journal of European Law  
Commissione LIBE: Commissione per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni  
Consulta online: Consulta online. Sito di studi di diritto costituzionale  
Convenzione di Palermo: Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale, New York, 15 novembre 2000  
Coord./s.: Coordinador/es  
Cornell L. Rev.: Cornell Law Review  
Corte cost.: Corte costituzionale  
Corte di Cass.: Corte di cassazione  
Corte di giustizia: Corte di giustizia dell'Unione europea  
Corte edu: Corte Europea dei diritti dell'uomo  
Cost. sp.: Costituzione spagnola  
Cost.: Costituzione italiana  
CPI: Corte Penale Internazionale  
CRC: Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo  
CREADE: Centros de Recepción, Atención y Derivación  
DCIM: Direzione di lotta contro l'immigrazione illegale  
D.l.: Decreto-legge  
Dlgs: Decreto legislativo  
Dir. cost.: Diritto Costituzionale: Rivista quadrimestrale  
Dir. imm. e citt.: Diritto, immigrazione e cittadinanza  
Dir. pen. cont.: Diritto penale contemporaneo  
Dir. um. dir. int.: Diritti umani e diritto internazionale  
Dir. Unione eur.: Il Diritto dell'Unione europea  
Dir./s: Director/es  
Direttiva accoglienza I: Direttiva 2003/9/CE  
Direttiva accoglienza II: Direttiva 2013/33/UE

Direttiva procedure: Direttiva 2013/32/UE  
Direttiva qualifiche I: Direttiva 2004/83/CE  
Direttiva qualifiche II: Direttiva 2011/95/UE  
Direttiva rimpatri: Direttiva 2008/115/CE  
Direttiva sulla protezione temporanea (DPT): Direttiva 2001/55/CE  
Dirittifondamentali.it: Diritti fondamentali.it rivista on-line  
DO: Diario Ufficiale  
DOC: Documento  
DP: Diritto Pubblico  
DPCE Online: DPCE Online - Prospettive di diritto pubblico comparato  
DPCM: Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri  
Dublino I: Convenzione di Dublino del 1990  
Dublino II: Regolamento (CE) n. 343/2003  
Dublino III: Regolamento (UE) n. 604/2013  
DUDU: Dichiarazione universale dei diritti umani  
EASO: European Asylum Support Office  
ECHR: European Court of Human Rights  
ECRE: European Council on Refugees and Exiles  
EEP: East European Politics  
EFTA: Associazione europea di libero scambio  
EJLS: European Journal of Legal Studies  
EJML: European Journal of Migration and Law  
EUAA: Ufficio Europeo di Statistica  
Eumigrationlawblog.eu: EU Immigration and Asylum Law and Policy Blog  
Eur J Crime Crim Law Crim Justice: European Journal of Crime, Criminal Law  
and Criminal Justice  
Eur Law Rev: European Law Review  
Eur LJ: European Law Journal  
Eur Pap.: European Papers  
Eur. Const. Law Rev.: European Constitutional Law Review  
Eur. J. Int. Law: European Journal of International Law  
EURODAC: Sistema europeo per il confronto delle impronte digitali dei richie-  
denti asilo  
Eurojus.it: Eurojus.it Rivista  
Federalismi.it: Federalismi.it. Rivista di diritto pubblico italiano, comparato, eu-  
ropeo  
FJ: Fundamento jurídico  
FJHSS: Fudan Journal of the Humanities and Social Sciences  
Forum di quad. cost.: Forum di quaderni costituzionali  
Frontex: Agenzia europea della guardia di frontiera e costiera  
Fsjeurostudies.eu: Freedom, Security & Justice: European Legal Studies  
GC: Grande Camera della Corte edu  
Ger. Law J.: German Law Journal  
G.I.P: Giudice per le indagini preliminari

Gov. Oppos.: Government and Opposition  
 GP: Giurisprudenza Penale  
 GS: Gran Sezione della Corte di giustizia  
 GU: Gazzetta Ufficiale  
 HJRL: Hague Journal on the Rule of Law  
 ICC: International Criminal Court  
 Id.: Idem  
 IEE: Instituto Español de Estudios Estratégicos  
 IJIS: The Interdisciplinary Journal of International Studies  
 ILM: International Legal Materials  
 IMO: International Maritime Organization  
 Int. J. Refug. Law: International Journal of Refugee Law  
 J. Democr: Journal of Democracy  
 JMHS: Journal on Migration and Human Security  
 Lett.: lettera  
 LO: Ley Orgánica  
 MAE: Mandato d'arresto europeo  
 MEDP: Migration and Economic. Development Partnership  
 Mena: menores extranjeros no acompañados  
 MOU: Memorandum of Understanding  
 Msna: minori stranieri non accompagnati  
 N.: numero  
 Nord. J. Int. Law: Nordic Journal of International Law  
 NYIL: Netherlands Yearbook of International Law  
 OAS: Organizzazione degli Stati Americani  
 OEI: Ordine europeo di indagine penale  
 OHCHR: UN Human Rights Office  
 OIM, ONU: Organizzazione Internazionale per le Migrazioni  
 OJ: Official Journal of the European Union  
 ONG: Organizzazione non governativa  
 ONU - NN.UU.: Organizzazione delle Nazioni Unite  
 Ord.: ordinanza  
 P./pp.: Pagina/e  
 Paix et Sécurité Internationales: Peace & Security - Paix et Sécurité Internationales  
 Par/parr.: Paragrafo/i  
 PCM: Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática  
 PE: Parlamento europeo  
 PESC: Politica estera e di sicurezza comune  
 PESD: Politica di sicurezza e di difesa comune  
 PNG: Papua Nuova Guinea  
 Pol. dir.: Politica del diritto  
 Polit. Quart.: The Political Quarterly

Política criminal: Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas  
 Públicas en Materias Penales  
 PPR: Programmi di protezione regionale  
 Pub.L.: Public law  
 Quad. cost.: Quaderni costituzionali  
 Quest. giust.: Questione giustizia  
 Rass. dir. pubbl. eur.: Rassegna di diritto pubblico europeo  
 RDCE: Revista de Derecho Comunitario Europeo  
 RDP.: Revista de Derecho Político  
 RDUNED: Revista de derecho UNED  
 REDC: Revista Española de Derecho Constitucional  
 ReDCE: Revista de Derecho Constitucional Europeo  
 REDE: Revista Española de Derecho Europeo  
 REDÍ: Revista Española de Derecho Internacional  
 REEI: Revista Electrónica de Estudios Internacionales  
 REJUCRIM: Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos  
 REP: Revista de Estudios Políticos  
 Rev. Cent. East Eur. Law: Review of Central and East European Law  
 Rev. Derecho Migr. Extranj.: Revista de Derecho Migratorio y Extranjería  
 Revista del IEEEE: Revista del Instituto Español de Estudios Estratégicos  
 RGDE: Revista General de Derecho Europeo  
 RIDPP: Rivista italiana di diritto e procedura penale  
 Riv. dir. cost: Rivista di diritto costituzionale  
 Riv. dir. internaz.: Rivista di diritto internazionale  
 Riv. it. dir. pubbl. com.: Rivista italiana di diritto pubblico comunitario  
 Riv. trim. dir. pubbl.: Rivista trimestrale di diritto pubblico  
 Rivista AIC: Rivista Associazione Italiana dei Costituzionalisti  
 Rivista OIDU: Ordine internazionale e diritti umani  
 SAR: Search and Rescue  
 Sent./t: Sentenza/e  
 Sez.: Sezione  
 Sidiblog: blog della Società italiana di Diritto internazionale e di Diritto dell'U-  
 nione europea  
 Sing. J.L.S.: Singapore Journal of Legal Studies  
 SLSG: Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia  
 SLSLS: Sydney Law School Legal Studies  
 SM: Stato e Mercato  
 Solas: International Convention for the Safety of Life at Sea  
 SP: Sistema Penale  
 SpanYIL: Spanish yearbook of international law  
 SPSR: Swiss Political Science Review  
 Statuto di Roma: Statuto della Corte Penale Internazionale  
 STC/SSTC: sentencia/sentencias del Tribunal Constitucional  
 Strasbourgobservers.com: Strasbourg Observers

STS: Sentencia del Tribunal Supremo  
Studi int. eur.: Studi sull'integrazione europea  
SU: Sezioni Unite  
TUI: Testo Unico in materia di immigrazione  
TC: Tribunal Constitucional  
Teor. Real. Const.: Teoría y realidad constitucional  
TFUE: Trattato sul funzionamento dell'Unione europea  
Trattato della CE: Trattato istitutivo della Comunità europea  
TS: Tribunal Supremo  
TUE: Trattato sull'Unione europea  
U Chi L Rev: University of Chicago Law School  
U.C. Davis L. Rev.: University of California Davis Law Review  
Ud.: Udienza  
UE: Unione europea  
UN: United Nations  
UNCLOS: United Nations Convention on the Law of the Sea  
UNHCR: The United Agency Refugees  
Unicef: Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia  
Utrecht L. Rev.: Utrecht Law Review  
V.: si veda  
VerfBlog: Verfassungsblog – On Matters Constitutional  
Vol.: Volume  
www.e-ir.info: E-International Relations

# PREFAZIONE

## IMMIGRAZIONE E STATO DI DIRITTO

di *Roberto Bin*

*... no alien shall be admitted to become a citizen of the United States, or of any state, unless... he shall have declared his intention to become a citizen of the United States, five years, at least, before his admission, and shall, at the time of his application to be admitted, declare and prove, to the satisfaction of the court having jurisdiction in the case, that he has resided within the United States fourteen years, at least, and within the state or territory where, or for which such court is at the time held, five years, at least, besides conforming to the other declarations, renunciations and proofs, by the said act required, any thing therein to the contrary hereof notwithstanding.*

Era il 1798 e gli Stati Uniti introducevano così le prime restrizioni severe rivolte ad arginare gli effetti dell'immigrazione. Ma il vero obiettivo non era tanto quello di impedire l'arrivo di nuovi immigrati, di cui anzi il paese aveva bisogno, ma di ostacolare la loro integrazione e l'acquisizione della cittadinanza e del connesso diritto di voto. Una preoccupazione tutta politica della maggioranza federalista, che temeva, nelle imminenti elezioni presidenziali, il prevalere degli avversari democratici-repubblicani, verso cui i nuovi immigrati sembravano nutrire maggior simpatia. Già allora la regolazione dell'immigrazione era percepita come un affare di politica interna.

Quale fosse il vero obiettivo di una legge adottata in condizioni di presunta emergenza, fu comunque un obiettivo mancato: i federalisti persero le elezioni e l'immigrazione proseguì indisturbata, assumendo presto dimensioni bibliche. Si calcola che nel secolo successivo furono almeno 35 milioni gli europei che arrivano negli Stati Uniti, contribuendo in modo decisivo alla crescita demografica del paese; e solo le misure adottate nel 1914, di nuovo avendo all'orizzonte l'emergenza della Grande Guerra, misero una stretta al flusso dell'immigrazione.

La dimensione dei flussi migratori del XIX secolo non si limita a quelli diretti all'America del Nord. Si calcola che dall'Europa siano partiti più di 55 milioni di migranti, una cifra enorme (specie in rapporto ad una popolazione mondiale che solo a metà XIX secolo avrebbe superato 1,5 miliardi di esseri umani), causato in larga parte dalla miseria e dalla oppressione politica. L'emigrazione italiana raggiunse i 14 milioni di persone nel mezzo secolo che precedette la Prima guerra mondiale (a fronte di una popolazione complessiva di circa 30 milioni). Il Mezzogiorno d'Italia rischiò di spopolarsi e questo allarmò la classe politica nazionale. Per decenni fu un tema che impegnò costantemente il Governo e il Parlamento.

Le tesi e le proposte che alimentarono il dibattito riecheggiano tesi e proposte che oggi, a un secolo e mezzo di distanza, vengono ripetute perché ormai l'Italia si sente minacciata, non dallo spopolamento causato dall'emigrazione (la crisi demografica sta in effetti minacciando lo spopolamento di molta parte del Mezzogiorno), ma dalla "invasione" degli immigrati. Le cose che si dissero e si fecero allora sono perfettamente corrispondenti alle cose che si dicono e scrivono oggi<sup>1</sup>. Ci fu allora chi immaginò l'emigrazione come un "divellente" che libera la società dalla sua parte più turbolenta e violenta (a pensare così era anche un personaggio del livello di Mantegazza); oggi si paventa che con la barca degli immigrati vengano importati delinquenti e terroristi. Allora si denunciava il rischio che l'emigrazione causasse una crisi demografica e un crollo del mercato del lavoro, lasciando i latifondisti del Mezzogiorno privi di braccianti; ora si paventa che gli immigrati "tolgano il lavoro" alle fasce più deboli della popolazione. Allora si proponeva – e lo fece anche una circolare del Governo Menabrea del 1868 – di "dare alla gente del popolo una condizione conveniente", impedendo così "che quella povera gente e coi mezzi di trasporto resi così facili, e colle promesse dalle quali sono allettati, si decidesse di emigrare"; oggi qualche politico individua la soluzione del problema dell'immigrazione nello slogan "aiutiamoli a casa loro". Allora come oggi si optò per una "legislazione di polizia", volta a controllare e re-

1. I riferimenti e le citazioni che seguono li ho tratti da: F. Thistlethwaite, "Migration from Europe Overseas in the Nineteenth and Twentieth Century", in *A Century of European Migration 1830-1930*, a cura di R.J. Vecoli e S.M. Sinke, Urbana, 1991, p. 17 ss.; D. Freda, "La regolamentazione dell'emigrazione in Italia tra Otto e Novecento: una ricerca in corso", *Historia et ius*, 6, 2014, Paper 9; Id., *Governare i migranti*, Giappichelli, Torino, 2017; L. Coviello, *Emigranti dimenticati. Storie e testimonianze di lucani in Paraguay e in Uruguay*, Quad. di documentazione del Consiglio regionale Basilicata 2007, cap. 2. Per un'analisi dei provvedimenti assunti o progettati dalle autorità italiane cfr. il commento di V. Grossi, "La politica dell'emigrazione in Italia nell'ultimo trentennio (1868-1898)", *Rivista maitima*, 1899, p. 269 ss.

primere il fenomeno e a punire i migranti e chi ne agevola lo spostamento, perseguendo “le frodi e gli abusi degli agenti d’emigrazione”<sup>2</sup>.

Perché evocare questi dati e precedenti nella premessa ad un libro che si occupa degli standard di tutela degli immigrati in Europa e dei limiti che rivelano gli strumenti giuridici a ciò apprestati? Per due buoni motivi.

Anzitutto perché occorre ricordare che l’emigrazione è un fenomeno ciclico che ha segnato la storia dell’umanità, anche del mondo moderno, quello dominato dalla internazionalizzazione dell’economia e del commercio. I flussi migratori del XIX secolo erano massicci, complessi e fatti di un andare e tornare continui di persone che si comportavano come uccelli migratori<sup>3</sup>. Se ciò era vero per la migrazione tra le sponde dell’Atlantico, lo era e lo è tanto di più per la migrazione tra le sponde del Mediterraneo, così vicine: il che ha indotto in passato tanti italiani a cercare lavoro in Algeria o Tunisia, allarmando il governo del Re. Ora che il fenomeno migratorio ha ripreso vigore, ma portando i migranti verso l’Europa, appare evidente quanto poco l’Unione europea e i suoi Stati siano attrezzati a fronteggiarla. Gli strumenti sono concepiti sullo stampo tradizionale del diritto d’asilo, strumento eccezionale che è del tutto inadeguato ad affrontare crisi migratorie che – come si scrive nell’*Introduzione* – si sono trasformate “da una situazione eccezionale momentanea e temporanea a una situazione eccezionale permanente”. L’analisi della distanza tra le norme apprestate dall’Unione europea e dagli Stati aderenti e i problemi che pongono le crisi migratorie è condotta in questo libro con precisione e lucidità, mettendo in rilievo tutte le crepe che l’esperienza pone in luce e l’incapacità delle istituzioni di colmarle.

Un secondo motivo per cui uno sguardo rivolto al passato può essere utile ad introdurre questo libro è che così se ne mette in luce un merito specifico: quello di aver posto in evidenza il rischio che l’affannosa rincorsa a reperire qualche rimedio alle ricorrenti crisi migratorie finisca con abbassare la guardia nei confronti delle deroghe che le misure di emergenza, ripetute sino a normalizzarsi, introducono e giustificano minando i capisaldi dello Stato di diritto e della tutela delle libertà. È una vecchia storia, che si ripete ogni qualvolta ci si trovi impreparati ad affrontare qualche “crisi”. La storia nordamericana ce lo mostra con chiarezza: ogni qualvolta si sia reagito ai pericoli “esterni” con misure repressive delle libertà costituzionali, queste poi si sono rivelate utili a reprimere il dissenso sul piano interno<sup>4</sup>.

2. Così, commentando la legge speciale proposta da Crispi, V. Grossi, *op. cit.*, p. 282.

3. La metafora è di F. Thistlethwaite, *op. cit.*, p. 26.

4. Cfr. G. Stone, *Perilous Times - Free Speech in Wartime*, New York – London, Norton & Co, 2004, il quale – significativamente – inizia la sua rassegna proprio dall’*Alien Act 1798*, citato all’inizio.

Non occorre andare lontano per ritrovare conferme significative di quale minaccia derivi dalle leggi di emergenza. Basta ricordare cosa è accaduto dopo l'attacco terroristico alle Torri gemelle di New York nel 2001. Paesi che pur vantavano, e con enfasi, le proprie solide tradizioni costituzionali e liberali si piegarono alla "emergenza" approvando, una dopo l'altra, leggi restrittive dei più elementari diritti e delle connesse tutele: come il *Patriot Act 2001* negli Stati Uniti, l'*Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001* nel Regno Unito, il *Luftsicherheitsgesetz* in Germania. Nessuna di queste leggi sopravvisse però al controllo di costituzionalità dei giudici. Le ragioni sono spiegate nelle parole di Lord Hoffmann, che andrebbero scolpite nel marmo:

*The real threat to the life of the nation, in the sense of a people living in accordance with its traditional laws and political values, comes not from terrorism but from laws such as these. That is the true measure of what terrorism may achieve<sup>5</sup>.*

Oggi non è il terrorismo (o almeno, non direttamente) a opprimere la tutela dei diritti fondamentali, ma le crisi migratorie. Come in questo libro ben si argomenta, ad esse dovrebbe essere data una risposta seria e intelligente, tenendo le mani lontane dai diritti fondamentali e dalle garanzie dello Stato di diritto.

5. § 73 della sent. UKHL 56 [2004].

## INTRODUZIONE

Anche se i movimenti migratori hanno, da sempre, rappresentato una costante nella storia dell'umanità, l'aumento esponenziale dei flussi di persone, che cercano di entrare nel territorio dell'UE, è un fenomeno relativamente recente. Le nuove dimensioni degli spostamenti esigono di modificare i principali profili del diritto di richiedere ed ottenere protezione internazionale. Nel nuovo contesto di affluenza massiccia, soprattutto negli Stati di primo arrivo, il diritto di asilo si scontra con la difficoltà per le autorità competenti di stabilire se effettivamente esistono i presupposti per concederlo e con i rischi sulla sostenibilità del sistema. È evidente che la soluzione alla tensione tra *ius migrandi* e *ius imperii* non si può basare su una semplice astrazione di carattere utopico, strumentalizzando il presunto processo di tendenziale universalizzazione dei diritti umani, perché nella prassi tali diritti non solo non vengono rispettati ma sono di sovente annullati.

L'incapacità dell'UE di elaborare una risposta sta favorendo il rafforzamento di tendenze centralizzatrici. Non potrebbe essere altrimenti, dato che da qualche parte si dovrà pur offrire una soluzione. Queste tendenze si stanno diffondendo non solo negli Stati di prima linea, come l'Italia, i quali sono maggiormente esposti allo sviluppo di crisi, che in alcuni casi sono imprevedibili e molto difficili, quasi impossibili, da gestire, e negli Stati, come quelli del gruppo del Visegrad, in cui si ravvisa l'esistenza di derive illiberali, ma anche negli altri Stati membri. È sufficiente pensare all'atteggiamento di chiusura della Francia e della Germania di fronte all'emergenza di Lampedusa.

Il richiamo alla necessità di un intervento dello "Stato salvatore" è funzionalmente orientato a giustificare una politica restrittiva. Nel progressivo ritorno alla centralizzazione, senza dubbio problematico, perché

dimostra il fallimento del CEAS (*Common European Asylum System*) e le debolezze dell'Unione, è necessario che la Costituzione riacquisti con forza la sua centralità, come principale punto di riferimento, a partire dal quale ricostruire un nuovo sistema.

Infatti, anche se gli Stati continuano a mantenere l'ultima parola, decidendo chi può oltrepassare i propri confini, non significa che il loro margine di discrezionalità non possa essere sottoposto a limiti, tutto il contrario, continuano a dovere fare i conti con la tavola di valori e con gli standard riconosciuti non solo a livello costituzionale ma anche in ambito internazionale ed europeo, i quali dovrebbero rappresentare dei limiti indefettibili.

Dalla cornice costituzionale e dagli obblighi derivanti dal diritto sovranazionale, si deduce che lo Stato è tenuto a valutare le domande e a risolverle, rispettando le garanzie del procedimento, e a adottare misure positive per facilitare l'entrata dei richiedenti e la loro inclusione. Non si può trascurare, infatti, che dal riconoscimento di tale status e dal regime di accoglienza assicurato, funzionale all'integrazione, dipende il diritto alla vita e all'integrità fisica del singolo.

Ma come riconfigurare il sistema? La necessaria riformulazione della protezione internazionale deve svilupparsi su due piani tra loro collegati: la dimensione interna e la dimensione esterna del diritto costituzionale di asilo, in relazione alla tendenza ad estendere gli effetti della politica migratoria oltre le frontiere dello Stato. L'effettività di questo diritto, infatti, discende non solo dalla sua regolazione negli Stati membri, ma è necessaria la collaborazione con gli Stati di origine e di transito dell'immigrazione per frenare *in loco* i flussi e controllarli.

Tre sono le categorie fondamentali, che dovrebbero costituire i parametri di riferimento: il concetto di vulnerabilità, il principio-dovere di solidarietà e, più in generale, la clausola dello Stato di diritto. L'estrema fragilità di coloro che chiedono asilo si deduce dalle motivazioni, che inducono ad abbandonare le proprie case e a cercare aiuto, iniziando un viaggio, caratterizzato da durissime difficoltà e terribili esperienze. Si tratta di persone, che soffrono o che hanno fondati timori di soffrire nel paese di provenienza per persecuzioni per motivi di razza, a causa delle proprie credenze religiose, della nazionalità, delle proprie opinioni politiche o dell'appartenenza a un determinato gruppo sociale, a un genere o per l'orientamento sessuale.

In altri termini, coloro che fuggono dai loro paesi di origine sono consapevoli che, per sopravvivere, devono lasciare, nella maggior parte dei casi improvvisamente, da un giorno all'altro, tutto quello che hanno: le persone a cui più tengono, i loro effetti personali, le loro case e i beni, per cercare di sottrarsi a un presente senza via d'uscita alla ricerca di un futu-

ro. Si chiede protezione internazionale per salvare la propria vita e quella dei familiari e cominciare un nuovo cammino, che si spera sia migliore.

Le ragioni che inducono ad abbandonare il proprio paese giocano un ruolo determinante, perché non rappresentano solo il presupposto per la concessione dell'asilo ma perché si mantenga nel tempo. Si tratta di un processo, caratterizzato da varie fasi. Una volta affrontati i pericoli e le sofferenze del viaggio, che possono essere durissimi, come mostrano le immagini diffuse dai media, l'interessato deve presentare domanda, deve sottoporsi ai procedimenti pertinenti e deve attendere che si risolvano.

Tali procedimenti, considerando il numero elevato di richiedenti soprattutto negli Stati con frontiere esterne, come la Spagna, l'Italia, la Grecia e Malta, possono soffrire dilazioni eccessive. Sono caratterizzati, inoltre, da un importante deficit di garanzie e dalla violazione del diritto di essere ascoltato, del diritto di avvalersi di un interprete e di un traduttore, del diritto a un esame individualizzato e del diritto a un ricorso. Infine, nel caso in cui lo Stato risponda positivamente, si deve affrontare il processo di integrazione, tutt'altro che semplice.

Quanto al troppo spesso dimenticato principio-dovere di solidarietà, in virtù del quale gli Stati dovrebbero adottare tutte le misure a loro disposizione per assicurare un'accoglienza dignitosa, non solo non viene rispettato in modo adeguato, ma continua ad essere sottoposto a valutazioni di mera opportunità politica, che tendono a dare priorità ad esigenze di contenimento e di controllo. L'indifferenza generalizzata pregiudica l'altro principio fondamentale, insieme al quale dovrebbe essere declinato e che resta disatteso: l'equa distribuzione delle responsabilità.

Infine, non si può trascurare che l'adozione di una risposta ordinata per gestire i flussi migratori è una questione di Stato di diritto, dal momento che incide sui suoi elementi costitutivi, tra i quali si trovano il riconoscimento e la tutela effettiva dei diritti fondamentali. L'UE non cesserà di essere l'epicentro dei flussi migratori, ma continuerà ad attrarre un numero sempre maggiore di stranieri. In virtù della sua *vis attractiva*, grazie al benessere più o meno generalizzato e all'elevato standard garantito rispetto alla maggior parte dei paesi degli altri continenti, l'Unione è divenuta il centro di tali movimenti, uno Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia (SLSG), in cui aspirare a vivere in condizioni dignitose.

Abbandonare e lasciare sole, prive di protezione, queste persone specialmente vulnerabili, non è solo contrario ai principi strutturali dei moderni Stati democratici, ma significa avere poca memoria, perché l'Unione è divenuta un luogo di accoglienza solo negli ultimi decenni, prima è stata a lungo una terra di emigrazione. Inoltre, se consideriamo la strana

congiuntura in cui stiamo vivendo non si può escludere che in un futuro prossimo i cittadini europei possano essere obbligati ad abbandonare di nuovo i loro paesi.

L'incertezza e il carattere convulso della società attuale, di cui l'aggressione della Russia all'Ucraina e il più recente conflitto tra Israele e Palestina sono degli esempi evidenti, dovrebbero farci pensare che non esiste la pace perpetua, che tutto è ciclico, e che pertanto anche il continente europeo potrebbe essere presto coinvolto in situazioni critiche, da cui si dovrebbe cercare una via d'uscita; potrebbe accadere in qualsiasi momento. La Russia ha lanciato un messaggio molto chiaro a tutto il mondo.

Pare retorico continuare a discutere dopo tanto tempo sulla necessità di una risposta comune per affrontare l'affluenza massiccia, attraverso la riforma del CEAS, per aiutare soprattutto gli Stati con frontiere esterne ed evitare che i flussi migratori diventino un problema. Nessuno dubita che, solo assicurando un'accoglienza dignitosa e una maggiore inclusione, l'immigrazione potrà essere concepita come un fenomeno positivo in grado di aiutare a risolvere i problemi demografici di un'Europa invecchiata e di riattivare determinati settori dell'economia, in cui si osserva la mancanza di manodopera. In realtà, non stiamo scoprendo nulla di nuovo.

Tuttavia, se l'accordo sulla riforma del CEAS è arrivato solo a dicembre 2023, dopo quasi un decennio, significa che non vi è stata una reale volontà di intervenire per migliorare la situazione e che a qualcuno compensa mantenere lo *status quo*. L'elaborazione di una risposta ordinata richiede di raggiungere un punto di equilibrio tra le esigenze di contenimento dei movimenti migratori e, pertanto, gli interessi particolaristici degli Stati e la tutela dei diritti.

Nel contesto attuale, non ci troviamo di fronte a una semplice eccezionalità di carattere temporale ma a una situazione normalizzata di "crisi permanente", in cui, oltre a un elevato afflusso costante e generalizzato, si producono situazioni puntuali di emergenza, che interessano in un preciso momento determinati Stati, i quali sono sottoposti a una improvvisa pressione incontrollabile. È sufficiente pensare alla crisi di Ceuta (2021) o all'attacco ibrido della Bielorussia alle frontiere dei paesi dell'Europa dell'Est (2022) o alla situazione esplosa a Lampedusa nell'ultimo anno, che pare non avere fine.

Ad ogni modo, i numeri, in realtà, non sono l'unico fattore, che ha impedito di proteggere in modo effettivo queste persone e di offrire loro un'adeguata accoglienza, ma piuttosto l'inadempimento reiterato da parte degli Stati membri – non solo quelli del Visegrad – del dovere di solidarietà e di distribuzione equitativa delle responsabilità, che si trovano intrin-

secamente connessi, e in generale degli standard minimi di tutela, a cui si deve aggiungere un'attitudine ostruzionista verso una riforma integrale e garantista.

Le crisi migratorie non possono essere concepite come un problema di pochi, poiché si sottovaluterebbero le ricadute sulla tenuta dell'UE e degli Stati membri. La politica dei porti chiusi o quasi-chiusi, anche attraverso gli sbarchi selettivi, praticati dall'Italia, così come le “*devoluciones en caliente*” o “*rechazos en las fronteras*” nelle valli di Ceuta e di Melilla, le frontiere spagnole con il Marocco – solo per citare qualche esempio –, rappresentano la risposta all'impossibilità di affrontare una situazione di affluenza massiccia costante, che perdura ormai da molto tempo, a causa della mancanza di aiuto da parte dei soci europei.

Il presente lavoro, che si compone di quattro capitoli, cerca di approfondire tali profili, offrendo le basi per una nuova ricostruzione del diritto di asilo, al fine di adattare il sistema di protezione internazionale alle tendenze degli ultimi anni e di assicurare un maggior rispetto dei diritti fondamentali.

In modo specifico, il Capitolo I, intitolato “Diritti e immigrazione nell'UE come questione di Stato di diritto”, di carattere introduttivo, intende contestualizzare la risposta dell'Unione alle diverse crisi, nel quadro della *rule of law backsliding*. Sia le crisi migratorie derivanti dall'affluenza massiccia di persone, che entrano in modo costante, in molte occasioni imprevista, nei territori in particolare degli Stati membri con frontiere esterne, così come quelle causate dalla debolezza dei sistemi e dai bassi standard di tutela degli “Stati illiberali”, presentano importanti sfide. In entrambi i casi, infatti, si produce la violazione grave e ripetuta dei diritti dei migranti alla ricerca di rifugio.

Di seguito, il Capitolo II analizza i limiti e le prospettive di riforma del diritto di asilo come “diritto di frontiera”, considerando la costante tensione tra *ius migrandi* e *ius imperium*, tra approccio umanitario e riaffermazione della sovranità statale. La riconfigurazione della dimensione interna di questo diritto è stata imposta dalle caratteristiche, che hanno acquisito i flussi migratori, *in primis* dal loro carattere strutturale e massiccio. Al riguardo, non si può trascurare che, sebbene sia un diritto individuale, nella pratica viene esercitato in modo collettivo. Nel contesto attuale, gli Stati non sono tenuti ad esaminare semplicemente la domanda del singolo o di un gruppo esiguo di persone, ma si trovano a risolvere un numero in molti casi molto elevato di richieste, moltiplicando inevitabilmente i problemi in tutte le fasi del procedimento.

Di seguito, il Capitolo III esamina l'ineffettività del diritto di accesso al territorio dell'UE, osservando, da un lato, la necessità di esplorare le vie di accesso legale, come la protezione temporale, il visto umanitario o il reinserimento, per promuoverne l'uso e per facilitare l'estensione degli istituti di protezione internazionale a collettivi, che continuano ad essere esclusi, come ad esempio i "rifugiati climatici"; dall'altra si riafferma l'importanza del rispetto del principio del *non-refoulement* e l'incompatibilità con gli standard minimi di tutela di pratiche come le "*devoluciones en caliente*" o le espulsioni collettive praticate dalla Polonia.

Infine, il Capitolo IV si occupa dell'esternalizzazione delle frontiere, analizzando le tendenze al riguardo, fermo restando che, sebbene possa essere uno strumento utile per limitare i movimenti, non può prescindere da un approccio basato sul rispetto dei diritti fondamentali. Il riferimento ad alcuni paesi terzi di origine e transito, con cui gli Stati dell'UE stanno stipulando accordi, permette di comprendere le cause dei flussi al fine di cercare di aiutare tali Stati e di realizzare uno studio che tenga conto del carattere globale e strutturale del fenomeno migratorio.

Si tratta generalmente di "Stati falliti", che si trovano in una situazione di permanente instabilità in termini democratici o che sono coinvolti in un conflitto bellico e in gravi difficoltà dal punto vista economico. In Libia, ad esempio, si può osservare come la rottura dello Stato di diritto e l'intorno di impunità sono riusciti a convertire le attività di contrabbando e traffico in un pilastro dell'economia di conflitto. L'evidente collusione tra le organizzazioni criminali e le autorità statali ha favorito la commissione di gravi crimini contro i migranti. Solo attraverso la conoscenza dei diversi contesti si può cercare di ridurre progressivamente il divario tra Stati sviluppati e Stati in via di sviluppo, tra "Nord e Sud", incentivando i processi di democratizzazione.

Dal punto di vista metodologico, l'approccio è interdisciplinare. L'eminentemente carattere *multilevel* della protezione internazionale, risultante dalla coesistenza di una molteplicità di fonti, che si intrecciano nei diversi spazi di regolazione del sistema, rende necessario analizzare non solo gli standard adottati a livello internazionale, che sono stati determinanti – basti pensare al ruolo svolto dalla Convenzione di Ginevra del 1951 sullo statuto del rifugiato –, ma anche le misure nel seno dell'UE e le loro ricadute sugli ordinamenti degli Stati membri.

Il CEAS costituisce, infatti, un sistema articolato e complesso, integrato da una pluralità di fonti di diversa natura, sia normativa sia giurisprudenziale, che interagiscono. L'obiettivo è stabilire una cornice comune in materia di accoglienza, procedimenti e in relazione agli altri aspetti riguardanti i richiedenti asilo e i rifugiati nel territorio dell'UE.

Sebbene si faccia riferimento alla politica adottata da vari Stati membri, tra cui la Polonia e l'Ungheria, i c.d. "Stati illiberali" dell'UE, e ad alcuni Stati Terzi di origine e transito, come la Libia, la Tunisia o l'Albania, il testo si concentrerà, soprattutto, sul sistema spagnolo e su quello italiano.

La scelta dei due ordinamenti è dovuta a ragioni non solo di carattere scientifico ma anche personale. Dal primo punto di vista, l'Italia e la Spagna sono due "paesi di prima linea", dotati di frontiere esterne: la Spagna costituisce la frontiera occidentale con il continente africano, le Città Autonome di Ceuta e Melilla; mentre l'Italia rappresenta il fulcro della rotta del Mediterraneo Centrale. La loro particolare posizione geografica li espone in modo naturale ad importanti flussi, imponendo l'istituzione di un sistema, che permetta di raggiungere l'equilibrio tra la gestione e il controllo del fenomeno migratorio e la protezione dei diritti fondamentali. Inoltre, malgrado le apparenti similitudini, le risposte adottate presentano importanti differenze.

Dal secondo punto di vista, l'interesse sorge dall'esperienza personale e professionale dell'autrice, che, sebbene nata e cresciuta in Italia, vive e lavora in Spagna ormai da anni. La diretta conoscenza di entrambi i paesi e dei processi di integrazione degli stranieri le hanno permesso di percepire le contraddizioni, le persistenti discriminazioni, i deficit, le difficoltà che uno straniero deve affrontare per essere accettato nella società di accoglienza e di valutare con maggiore oggettività i due sistemi.



# I.

## DIRITTI E IMMIGRAZIONE NELL'UE COME QUESTIONE DI STATO DI DIRITTO

SOMMARIO: 1. La UE tra crisi migratorie e *rule of law backsliding*. - 2. L'incapacità di adottare una riforma sostanziale. - 3. La rottura della *mutual trust*: tra disfunzioni del CEAS e rispetto degli standard di tutela. - 4. La riconfigurazione delle relazioni tra gli Stati membri. - 4.1. Le eccezioni nei contesti di crisi sistemica. - 4.2. Le eccezioni al di là dei contesti di crisi sistemica. - 5. Il *modus procedendi* dei nuovi Stati illiberali. - 6. Le tecniche in materia migratoria. - 6.1. L'appello alla sovranità nazionale e la mancanza di solidarietà. - 6.2. L'identità costituzionale nazionale e la sfida al primato del diritto dell'UE. - 6.3. L'immigrazione come minaccia per la sicurezza nazionale. - 7. L'inadempimento del diritto dell'UE da parte dell'Ungheria: le pronunce sulla "prigione dei rifugiati" di Röscke. - 8. La Corte di giustizia come garante dello Stato di diritto e la complementarità con la Corte edu nella lotta contro le crisi sistemiche.

### 1. La UE tra crisi migratorie e *rule of law backsliding*

Lo sviluppo di una politica comune in materia di immigrazione, asilo e controllo delle frontiere esterne rappresenta una delle principali sfide per la tenuta dello Stato di diritto, poiché incide sulla struttura del sistema e sui valori che gli sono inerenti (art. 2 TUE)<sup>1</sup>. In questo senso, la gestione ordinata del fenomeno migratorio<sup>2</sup> e il rispetto dei diritti degli

1. Sull'art. 2 TUE, v. P. Mori, "Il primato dei valori comuni dell'Unione europea", *Dir. Unione eur.*, 2021, n. 1, pp. 73-92.

2. G. Morgese, "Principio di solidarietà e proposta di rifusione del regolamento di Dublino", in E. Triggiani (a cura di), *Dialoghi con Ugo Villani*, Cacucci, Bari, 2017, p. 476, lo definisce un elemento strutturale e fisiologico della nostra società.

stranieri provenienti dai paesi terzi richiedono una cornice normativa specifica<sup>3</sup>. Questo significa che l'approccio non può essere di carattere emergenziale<sup>4</sup>.

I profili contraddittori e le carenze, che hanno caratterizzato il CEAS sin dall'inizio, si sono manifestati in modo evidente dopo la crisi umanitaria dei rifugiati degli ultimi anni<sup>5</sup>. Il "fattore esogeno" di questa emergenza, dovuto all'incremento in modo esponenziale dei flussi migratori, soprattutto attraverso canali irregolari, ha sviluppato un fattore "endogeno",

3. Attualmente, la crisi migratoria non si può concepire come una situazione di "emergenza momentanea" ma costituisce piuttosto un'"emergenza permanente", nell'ambito della quale possono sorgere crisi puntuali di maggiore intensità. La situazione "*extra ordinem*", prodottasi in seguito alla crisi umanitaria del 2015, si è in un certo senso "normalizzata". Questo significa che gli arrivi di persone in cerca di protezione non possono più essere gestiti attraverso il "diritto europeo di eccezione", come nel caso delle Decisioni n. 1523 e 1601/2015, sul piano di ricollocazione dei migranti a beneficio dell'Italia e della Grecia (OJ L 248, 24.9.2015 e OJ L 239, 15.9.2015), ma è necessario adottare una nuova cornice normativa, che preveda delle misure specifiche. Sulla categoria dell'emergenza nel diritto costituzionale europeo, si permetta il rinvio a V. Faggiani, "Los estados de excepción ante los nuevos desafíos: hacia una sistematización en perspectiva multinivel", *Federalismi.it*, n. 24, 2020, pp. 19-43.

4. Nel 2015 l'Europa ha vissuto la peggiore crisi dei rifugiati dalla Seconda Guerra Mondiale (OIM, Comunicado Global, "Más de un millón de migrantes y refugiados han llegado a Europa en 2015, informó la OIM", *www.iom.int*, 6.1.2016). Lo spazio Schengen di libera circolazione dovette affrontare l'arrivo massiccio, secondo dati di UNHCR, di più di 1.500.000 di persone. Questa tragedia umanitaria mostrò le disfunzionalità del "sistema di Dublino" e la sua ineffettività pratica. Generalmente, queste persone, che provenivano da paesi in guerra, come la Siria, l'Afganistan, l'Iraq e la Somalia, una volta giunte alle coste del Mediterraneo, cercavano di attraversare i Balcani per recarsi nei paesi dell'Europa occidentale e settentrionale. L'ecatombe di rifugiati di Lampedusa, ad aprile del 2015, in cui morirono più di 800 persone, aprì gli occhi all'UE sulla portata di questo problema e sulla necessità di rafforzare la politica comune. Al riguardo, v. A. Del Valle Gálvez, "Los refugiados, las fronteras exteriores y la evolución del concepto de frontera internacional", *RDCE*, n. 55, 2016, pp. 759-777; Id., "Unión Europea, crisis de refugiados y limes imperii", *RGDE*, n. 38, 2016, pp. 1-13; R. García Mahamut, "La ductilidad del derecho a la protección internacional (refugio y protección subsidiaria) ante las crisis humanitarias: un desafío para Europa y para el sistema europeo común de asilo", *Teor. Real. Const.*, n. 38, 2016, pp. 211-238; J.M. Goig Martínez, "Inmigración, asilo y refugio ante los retos actuales de la política exterior europea", *RDUNED*, n. 18, 2016, pp. 55-84; J.A. González Vega, "Mitos y mistificaciones: la Unión Europea y la protección internacional (a propósito de la 'crisis de los refugiados')", *RDCE*, n. 56, 2017, pp. 27-75.

5. Sulla prima fase della politica migratoria dell'Unione, v. B. Nascimbene, *Da Schengen a Maastricht: apertura delle frontiere, cooperazione giudiziaria e di polizia*, Giuffrè, Milano, 1995; A. Olesti Rayo, "Las políticas de la Unión Europea relativas al control en las fronteras, asilo e inmigración", *ReDCE*, Año 5, n. 10, 2008, pp. 13-48.

di conflittualità tra gli Stati<sup>6</sup>. Ai difetti strutturali e alle lacune normative si è aggiunta la complessa congiuntura politica, economica e culturale-identitaria, che ha favorito il consolidamento di tendenze sovraniste, il cui obiettivo è la centralizzazione e la conseguente chiusura dello spazio europeo.

Per comprendere perché è così necessario e urgente modificare il CEAS e perché stia risultando praticamente impossibile concretizzare questo progetto, innanzitutto, è opportuno chiedersi quali sono i principali limiti. Nonostante, la prima criticità, a cui si è soliti fare riferimento siano i numeri, il problema consiste nell'assenza di una reale volontà politica di adottare un nuovo modello, basato su una strategia condivisa. Il sistema attuale è caratterizzato, infatti, da importanti deficit, che non gli permettono di funzionare in modo adeguato.

Da un punto di vista giuridico<sup>7</sup>, le principali carenze sono rappresentate da una distribuzione delle competenze poco chiara<sup>8</sup>, dalla deriva tendenzialmente intergovernativa, che ha facilitato lo sviluppo di un modello differenziato a geometria variabile, in cui coesistono distinti regimi, dall'armonizzazione solo parziale della legislazione con la conseguente adozione di diversi standard di tutela, dall'inadempimento soprattutto da parte di alcuni Stati membri di tale cornice, dalla diversa gravità della crisi sul territorio europeo e, in generale, dalla mancanza di fiducia reciproca, di solidarietà degli Stati nei confronti degli individui (art. 78 TFUE) e

6. N. Ruccia, "Crisi dell'asilo, integrazione europea e metodo intergovernativo: osservazioni critiche", *Rivista OIDU*, n. 2, 2019, p. 366.

7. Sulle deficienze della politica europea in materia di immigrazione e asilo, v. C. Favilli, "La politica dell'Unione in materia d'immigrazione e asilo: carenze strutturali e antagonismo tra gli Stati membri", *Quad. cost.*, n. 2, 2018, pp. 361-388. Sui profili contraddittori e i limiti strutturali, si permetta il rinvio a V. Faggiani, *La protección internacional de los migrantes en la UE: estándares de tutela, límites y perspectivas de reforma del derecho de asilo*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2023.

8. Sulla distribuzione di competenze v. E. Guild, "¿Por qué el asilo es un tema tan polémico en la Unión Europea?", in J. Abrisketa Uriarte (Dir.), *Políticas de asilo de la UE: convergencias entre las dimensiones interna y externa*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 21-37; G. Caggiano, "Il processo decisionale dell'Unione europea a fronte del crescente sovranismo euroscettico. Ritorno al metodo intergovernativo per la 'questione europea dell'immigrazione'?", *Studi int. eur.*, n. 3, 2018, pp. 553-576; J.C. Fernández Rozas, "Control de fronteras, asilo e inmigración en la Unión Europea: un conflicto competencial no resuelto", in Aa.Vv., *Memorial para la Reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, t. I, CEPC, Madrid, 2016, pp. 359; F.J. Roldán Barbero, "El reparto de competencias entre la Unión Europea y sus Estados miembros en materia de inmigración y asilo", *Rev. Derecho Migr. Extranj.*, n. 57, 2021, pp. 17-46.

degli altri Stati e di equa distribuzione delle responsabilità anche sul piano finanziario (articoli 67, par. 2, e 80 TFUE)<sup>9</sup>.

Dal punto di vista politico, invece, le principali difficoltà sono costituite dall'avversione verso una riforma profonda. Purtroppo, la dura opposizione soprattutto da parte di determinati Stati membri, *in primis* quelli del Visegrad, anche se non solo, e la conseguente tendenza alla rinazionalizzazione e a un approccio securitario sono strettamente legate al contesto di regressione costituzionale, che, sebbene stia interessando specialmente i c.d. "Stati illiberali dell'UE"<sup>10</sup>, è un fenomeno generalizzato.

9. Le basi normative della solidarietà nella politica comune di immigrazione e asilo si rinvencono nell'art. 78, par. 1, in combinato disposto con l'art. 80 del TFUE, in relazione alla solidarietà tra Stati, e nell'art. 67, par. 2 TFUE, in relazione alla solidarietà degli Stati nei confronti degli individui. La solidarietà nei confronti degli individui, che si deduce in modo implicito dagli obiettivi generali, indicati all'art. 78, par. 1, TFUE: "offrire uno status appropriato a qualsiasi cittadino di un paese terzo che necessita di protezione internazionale e" "garantire il rispetto del principio di non respingimento", in conformità alla "Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 e al protocollo del 31 gennaio 1967 relativi allo status dei rifugiati, e agli altri trattati pertinenti", è successivamente prevista in modo specifico all'art. 80 TFUE, "completandolo". Detto precetto, attribuisce un ampio margine di discrezionalità alle istituzioni e agli Stati membri, prevedendo che "Le politiche dell'Unione di cui al presente capo e la loro attuazione sono governate dal principio di solidarietà e di equa ripartizione della responsabilità tra gli Stati membri, anche sul piano finanziario. Ogniqualvolta necessario, gli atti dell'Unione adottati in virtù del presente capo contengono misure appropriate ai fini dell'applicazione di tale principio". Sulle sue declinazioni v. G. Morgese, *La solidarietà tra gli Stati membri dell'Unione europea in materia di immigrazione e asilo*, Cacucci, Bari, 2018, pp. 20-56. Si veda anche C. Favilli, "L'Unione europea e la difficile attuazione del principio di solidarietà nella gestione dell'emergenza immigrazione", *Quad. cost.*, n. 3, 2015, pp. 783-811; V. Mitsilegas, "Solidarity and trust in the Common European Asylum System", *CMS*, vol. 2, n. 2, 2014, pp. 181-202; e Id., "Solidarity beyond the State in Europe's Common European Asylum System", *www.e-ir.info*, 27.8.2018.

10. I concetti di "democrazia illiberale", "populismo costituzionale", "autoritarismo costituzionale" o "costituzionalismo autoritario" sembrano degli ossimori e contraddicono l'essenza del "costituzionalismo", che si fonda sul principio della separazione dei poteri, sull'imposizione di *checks and balances* e sulla presenza di un sistema di diritti fondamentali, che intende tutelare non solo i diritti della maggioranza ma soprattutto delle minoranze. Al riguardo, si rinvia a W. Sadurski, "How Democracy Dies (in Poland): A Case Study of Anti-Constitutional Populist Backsliding", *SLSLS*, Research Paper, 2018, pp. 1-71; G. Halmai, "The Making of Illiberal Constitutionalism' with or without a New Constitution. The Case of Hungary and Poland", <https://me.eui.eu>, p. 1 e ss. L'autore critica il concetto di "*illiberal constitutionalism*" o "*illiberal democracy*" o "*authoritarian*" o "*illiberal constitutionalism*", malgrado consideri che sia legittimo parlare di Costituzioni in regime autoritario (p. 2). Dello stesso autore v. anche, "Is There Such Thing as Populist Constitutionalism? The Case of Hungary", *FJHSS*, vol. 11, n. 3, 2018, pp. 323-339. In questo senso, si rinvia a J.-W. Müller, "The Problem With Illiberal Democracy", *www.*