



Costituzionalismo.it

Fascicolo 2 | 2021

**Il Nuovo Patto sulla migrazione e
l'asilo tra evoluzioni,
tendenze e contraddizioni
del diritto dell'Unione europea**

di Eleonora Frasca

EDITORIALE SCIENTIFICA

IL NUOVO PATTO SULLA MIGRAZIONE E L'ASILO TRA EVOLUZIONI, TENDENZE E CONTRADDIZIONI DEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

Eleonora Frasca

Dottoranda in diritto dell'Unione europea
Université Catholique de Louvain (UCLouvain, Belgio)
Membro dell'équipe EDEM

SOMMARIO: 1. IL NUOVO PATTO SULLA MIGRAZIONE E L'ASILO: TRA DUBBIA NATURA DELLO STRUMENTO E *REALPOLITIK* EUROPEA; 2. L'EVOLUZIONE DEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA DELLE MIGRAZIONI E DELL'ASILO: 2.1 MAGGIOR O MIGLIOR DIRITTO? FALLIMENTI E NUOVE PROSPETTIVE DI RIFORME; 2.2. L'UNIONE DELLE CRISI: TRA ECCEZIONALITÀ E IBRIDAZIONE; 3. LE MACRO-TENDENZE DEL DIRITTO EUROPEO DELLE MIGRAZIONI E DELL'ASILO: 3.1. TUTELA DEI DIRITTI UMANI IN OPPOSIZIONE AL PRINCIPIO DI SOVRANITÀ DEGLI STATI; 3.2 INTEGRAZIONE PER VIA LEGISLATIVA E RICORSO A STRUMENTI INFORMALI E DI EMERGENZA; 3.3 AZIONE UNILATERALE DEGLI STATI E COOPERAZIONE MULTILATERALE; 4. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.

*«Broken treaties, broken vows,
Broken pipes, broken tool,
People bending broken rules»*

BOB DYLAN, *Everything is broken* (1989)

1. Il Nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo: tra dubbia natura dello strumento e *realpolitik* europea

Il Nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo è stato presentato dalla Commissione europea il 23 settembre 2020 per mezzo di una comunicazione indirizzata al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni¹. Si tratta di

¹ Commissione europea, Comunicazione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni, *Un nuovo patto sulla migrazione e l'asilo*, Bruxelles, 23 settembre 2020, COM(2020) 609.

un documento di stampo programmatico, dal linguaggio tecnocratico, accompagnato da una serie di proposte legislative², tre raccomandazioni³, orientamenti⁴ e una tabella di marcia dei lavori previsti dal Patto⁵ per un totale di più di trecento pagine di proposte.

Sul piano formale, resta incerta la qualificazione giuridica del Nuovo Patto, sia rispetto a quale situazione o atto antecedente la Commissione intenda porre in evidenza un elemento di “novità”, sia quanto alla scelta del termine “patto”. Sull’elemento di novità, un riferimento implicito sembra essere stato fatto alla proposta avanzata dalla Presidenza francese del Consiglio europeo nel 2008, che non raccolse però il consenso sperato⁶.

La scelta del termine patto è densa di ambiguità. Da un lato, pare richiamare i recenti Patti mondiali (*Global Compacts*) delle Nazioni Unite sulla migrazione e sui rifugiati⁷. Se è vero che, nella versione inglese, sono utilizzate due parole diverse “compact” e “pact”, in molte lingue la parola patto è utilizzata in modo univoco e quindi suscettibile di creare confusione. Già allora ci si interrogava su cosa fosse un patto: la parola *compact*, nel linguaggio delle Nazioni Unite, è in uso per

² Si tratta delle seguenti proposte di regolamento: sulla gestione dell’asilo e della migrazione, sugli accertamenti: sulla procedura di asilo, sullo strumento di crisi, sulla modifica del regolamento che istituisce “Eurodac”.

³ Le raccomandazioni riguardano: i percorsi legali di protezione nell’Unione europea, la cooperazione tra gli Stati membri riguardo alle operazioni condotte da navi possedute o gestite da soggetti privati a fini di attività di ricerca e soccorso ed il meccanismo dell’Unione di preparazione e di gestione delle crisi connesse alla migrazione e loro gestione, GU L 317, 1 ottobre 2020, pp. 13 ss.

⁴ Commissione europea, *Orientamenti per l’attuazione delle norme dell’UE relative alla definizione e prevenzione del favoreggiamento dell’ingresso, del transito e del soggiorno illegali*, GU C 323, 1 ottobre 2020, pp. 1 ss.

⁵ Commissione europea, *Un nuovo patto sulla migrazione e l’asilo*, Bruxelles, 23 settembre 2020, COM(2020) 609, *Tabella di marcia per l’attuazione del nuovo patto sulla migrazione e l’asilo* (allegato).

⁶ Consiglio dell’Unione europea (Presidenza del Consiglio), *Patto europeo sull’immigrazione e l’asilo*, Bruxelles, 24 settembre 2009 (08.10) (OR.fr). Per approfondire: S. CARRERA, *Whose Pact? The Cognitive Dimensions of the EU Pact on Migration and Asylum*, Introduction, in: *The EU Pact on Migration and Asylum in light of the United Nations Global Compact on Refugees International Experiences on Containment and Mobility and their Impacts on Trust and Rights* (a cura di S. CARRERA e A. GEDDES), 2021, pp. 1 ss.

⁷ Osservano J.-Y. CARLIER e L. LEBOEUF come una tale scelta di parole sia «*regrettable et trompeur*». J.-Y. CARLIER, L. LEBOEUF, *Droit européen des migrations*, in *JDE*, 2021, p. 140.

indicare quegli atti formali, dal contenuto principalmente politico, che presentano un carattere normativo (sebbene non vincolante) in virtù del consenso ampio che ha condotto alla loro adozione⁸. Nel contesto europeo, tanto il termine patto quanto il termine *compact* furono utilizzati in ambito economico e monetario, sia con riferimento al Patto di stabilità e crescita del 1997⁹ che con riferimento al cosiddetto *Fiscal compact* del 2013¹⁰. Il primo fu adottato per mezzo di una risoluzione del Consiglio, accompagnata da due regolamenti tecnici¹¹, ed è pertanto un atto formale e programmatico, il quale trova la sua forza vincolante (oggetto di dibattito) nelle ulteriori misure che lo hanno accompagnato. Il *fiscal compact* (appellativo utilizzato comunemente per il trattato) è invece a tutti gli effetti un trattato internazionale, anche se di natura intergovernativa, stipulato dai soli Stati membri.

Al contrario, per il Patto sulla migrazione e l'asilo, l'uso del termine risulta fuorviante per due ragioni: *in primis*, poiché è dato nome "patto" a uno strumento, quello della comunicazione, che è sprovvisto di qualsiasi contenuto normativo; in secondo luogo, poiché il preconizzato raggiungimento di un accordo sul contenuto del patto (tra quali parti?) non trova positivo riscontro nei processi decisionali che coinvolgono le Istituzioni europee: nessun accordo formale può essere raggiunto prima che il complesso *iter* legislativo dell'Unione abbia inizio¹². L'autonomia legislativa della Commissione, peraltro, non è subordinata all'espressione di un consenso formale degli Stati membri in relazione a una determinata proposta, che può comunque rimanere disattesa. Ne consegue che, più che di un patto, si tratta di una *proposta* di patto, il cui esito rimane incerto¹³. Non sorprende,

⁸ Ampiamente, in argomento: T. GAMMELTOFT-HANSEN, E. GUILD, V. MORENO-LAX, M. PANIZZON, I. ROELE, *What Is a Compact? Migrants' Rights and State Responsibilities Regarding the Design of the UN Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration*, Raoul Wallenberg Institute of Human Rights and Humanitarian Law, 2017.

⁹ Risoluzione del Consiglio europeo relativa al Patto di stabilità e di crescita, Amsterdam, 17 giugno 1997, GU C 236 del 2 agosto 1997.

¹⁰ Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla *governance* nell'unione economica e monetaria (noto come «*fiscal compact*») del 2 marzo 2012, non pubblicato in Gazzetta ufficiale.

¹¹ Regolamenti del Consiglio n. 1466/97 e n. 1467/97 del 7 luglio 1997, GU L 209 del 2 agosto 1997.

¹² J.-Y. CARLIER, L. LEBOEUF, *ibidem*.

¹³ Nel primo parere del Comitato economico e sociale europeo del 21 gennaio

dunque, che il Nuovo Patto sia stato definito «*un objet politique surprenant*»¹⁴.

Se le scelte di comunicazione istituzionale disorientano, è sul piano sostanziale che delle critiche più severe possono essere mosse alla Commissione. Due obiettivi emergono dal Patto: il primo è quello di ridurre, e finanche impedire, l'ingresso irregolare di persone migranti nel territorio europeo, insistendo sia sulla collaborazione con i Paesi terzi che sulla parcellizzazione delle procedure alla frontiera, nell'ottica di una loro più ampia rapidità ed efficienza¹⁵. Nelle parole della Commissione, si tratta di instaurare «una procedura di frontiera fluida» che consiste in «accertamenti preliminari all'ingresso, una procedura di asilo e, se del caso, una procedura di rimpatrio rapido, combinando in tal modo processi attualmente distinti»¹⁶. Il secondo obiettivo è quello di modulare l'applicazione delle garanzie e delle tutele del diritto europeo a seconda tanto del "profilo" della persona migrante quanto dell'aumento del numero di persone che giungono alle frontiere dell'Unione.

Si intende in questa sede delineare in che modo i due obiettivi sono perseguiti. L'obiettivo di ridurre l'ingresso delle persone migranti è perseguito tramite l'introduzione di una procedura obbligatoria preliminare di accertamenti nei confronti dei cittadini di Paesi terzi alla frontiera (nella versione inglese: *screening*)¹⁷. A tal proposito acquista un rilievo decisivo la riforma – presentata sempre tramite proposta di regolamento – della Direttiva procedure che modifica le già esistenti

2021 (SOC 649) è dichiarato che il Nuovo Patto «risulta essere più un programma di lavoro della Commissione stessa che un vero e proprio patto».

¹⁴ D. DUEZ, *Frontières et migrations: les Européens au défi de la solidarité*, in *Revue Diplomatique*, (2021) Vol. 12, p. 62.

¹⁵ Si tratta dei punti 2.1 "Nuove procedure per stabilire rapidamente lo status all'arrivo", 4.1 "Rafforzare l'efficacia delle frontiere esterne dell'UE" e 6.1 "Massimizzare l'impatto dei nostri partenariati internazionali" della Comunicazione. In questo senso, si veda: S. BARBOU DES PLACES, *Chronique Droit de l'asile et de l'immigration – Pacte sur la migration et l'asile. La taylorisation des procédures aux frontières?*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2021, pp. 210.

¹⁶ Commissione europea, *Un nuovo patto sulla migrazione e l'asilo*, p. 5.

¹⁷ Commissione europea, Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che introduce accertamenti nei confronti dei cittadini di paesi terzi alle frontiere esterne e modifica i regolamenti (CE) n. 767/2008, (UE) 2017/2226, (UE) 2018/1240 e (UE) 2019/817 (di seguito: proposta di regolamento sugli accertamenti), COM (2020)612 del 23 settembre 2020.

procedure di frontiera e ne amplifica la portata, insieme ad alcune disposizioni del regolamento sulla gestione dell'asilo e delle migrazioni¹⁸.

In linea generale, la gestione delle procedure e la loro moltiplicazione si propone di indirizzare le persone migranti verso regimi giuridici differenti e contribuisce così al secondo obiettivo, quello di modulare l'applicazione del diritto europeo: le garanzie procedurali e le tutele derivanti dai diritti fondamentali troverebbero applicazione flessibile, più o meno ampia, a seconda della situazione individuale della persona migrante nonché in virtù del momento più o meno critico che lo Stato membro interessato si troverebbe a fronteggiare. Quest'ultima circostanza sarebbe disciplinata dal regolamento crisi e forza maggiore¹⁹ che prevede soluzioni diverse, inclusa la deroga a determinate norme procedurali, in presenza del rischio imminente che si verifichi una situazione di crisi, in situazioni di crisi e in caso di forza maggiore²⁰.

A *latere* delle affermazioni di principio²¹, si pone il problema tra la compatibilità delle soluzioni proposte dalla Commissione, di taglio pragmatico e organizzativo, – «*a piece of realpolitik*»²² – con quanto disposto dal testo dell'articolo 80 TFUE, in base al quale le politiche dell'Unione in questo ambito, così come la loro attuazione, devono essere governate dal principio di solidarietà e di equa ripartizione delle responsabilità tra gli Stati membri²³.

Le misure previste dal Nuovo Patto, allo stato attuale, non sem-

¹⁸ Commissione europea, Proposta modificata di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sulla gestione dell'asilo e della migrazione e che modifica la direttiva 2003/109/CE del Consiglio e la proposta di regolamento (UE) XXX/XXX [Fondo Asilo e migrazione] (di seguito: proposta di regolamento gestione asilo e migrazione), COM (2020)610 del 23 settembre 2020.

¹⁹ Commissione europea, Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio concernente le situazioni di crisi e di forza maggiore nel settore della migrazione e dell'asilo, (di seguito: proposta di regolamento sulle situazioni di crisi e di forza maggiore), COM(2020)613 del 23 settembre 2020.

²⁰ Per approfondire: C. FRATEA, *La proposta di regolamento concernente le situazioni di crisi e di forza maggiore: un limitato progresso rispetto alla direttiva sulla protezione temporanea*, in *aisdue.eu*, II (2020), Focus "La proposta di Patto su immigrazione e asilo", pp. 165 ss.

²¹ Nella comunicazione, la Commissione europea pone l'accento sulla "solidarietà", la "responsabilità", la "fiducia reciproca" e un "quadro comune".

²² Così D. THYM, *European Realpolitik: Legislative Uncertainties and Operational Pitfalls of the 'New' Pact on Migration and Asylum*, in *EU Migration Law Blog*, 28 settembre 2020.

²³ In argomento, in questa rivista: M. PAPA, *Crisi dei rifugiati e principio di solida-*

brano sufficienti per risolvere le situazioni di violazioni (anche sistemiche) di diritti fondamentali che quotidianamente sono perpetrate nel Mar mediterraneo, a Ceuta e Melilla, a Moria, nell'isole Canarie, in prossimità degli *hotspot*, nelle zone di transito di Röszke e Tompa, così come lungo la rotta balcanica, dove la tutela del diritto europeo è debole e precaria²⁴.

Le proposte della Commissione insistono sulla creazione di finzioni giuridiche di non ingresso, sulla cooperazione con i Paesi terzi tramite accordi “non-accordi”²⁵, così come sulle politiche di contenimento e prevenzione dell’immigrazione irregolare e dei movimenti secondari all’interno dell’Unione²⁶. Attraverso le attività di esternalizzazione, i confini materiali degli Stati e dell’Unione vengono artificialmente separati da quelli giuridici, al fine di eludere ed escludere l’applicazione di importanti diritti fondamentali, come la protezione contro il *refoulement* e il diritto d’asilo, ostacolando l’ingresso nel territorio nazionale dei cittadini stranieri²⁷. Eppure va ricordato che la designazione, unilaterale e artificiale, di zone di frontiera che sarebbero esenti dall’applicazione delle norme di tutela dei diritti umani è stata respinta dalle Corti europee²⁸.

Questa strategia si iscrive nel solco delle attività di esternalizza-

rietà ed equa ripartizione delle responsabilità tra gli Stati membri dell’Unione europea, in *Costituzionalismo.it*, parte I; n. 3/2016.

²⁴ Cfr. F. L. GATTA, *Politiche migratorie respingenti e controllo rafforzato delle frontiere: l’impatto sui diritti umani della gestione della crisi dei rifugiati nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2020, pp. 77 ss.

²⁵ L’espressione è di C. FAVILLI, *Nel mondo dei “non-accordi”. Protetti sì, purché altrove*, in *Questione giustizia*, 1, 2020, pp. 143-153.

²⁶ Sia consentito rinviare a E. FRASCA e M. LUNARDINI, *La “collaborazione” con i partner internazionali e l’ottica distorta della sedentarietà*, in *Forum CeSPI “L’Italia, l’Europa e il dibattito sulla nuova politica migratoria”*, 13 aprile 2021.; si veda anche: L.B. LANDAU, I. FREEMANTLE, *Containment Development and Africa’s Time-Space Trap*, in: *The EU Pact on Migration and Asylum in light of the United Nations Global Compact on Refugees. International experiences on containment and mobility and their impacts on trust and rights* (a cura di S. CARRERA e A. GEDDES), pp. 274-281.

²⁷ In argomento, si segnalano i contributi del volume curato da P. MINDERHOUD, S. MANTU, K. ZWAAN, *Caught in between borders citizens, migrants and humans. Liber amicorum in honour of prof. dr. Elspeth Guild*, Tilburg, 2019.

²⁸ Si fa riferimento qui alla sentenza *ND e NT contro Spagna* in cui il governo spagnolo, utilizzando il concetto di “frontiera operativa”, sosteneva che alcune zone di frontiera – appositamente delineate per impedire l’ingresso non autorizzato di cittadini stranieri – non rientrassero nella propria giurisdizione. Corte EDU (Grande

zione tanto dei controlli alla frontiera che della protezione internazionale. I controlli alle frontiere, sia interne che esterne, hanno subito numerose trasformazioni che riguardano tanto il *lasso temporale* in cui vengono effettuati (un tempo contestuale all'ingresso e oggi anticipato), tanto il *luogo* dove il controllo avviene, dapprima alle frontiere fisiche dell'Unione e oggi sempre più frequentemente nei Paesi terzi, a chilometri di distanza dalle frontiere materiali dell'Unione. Inoltre, sempre più pervasiva è la cooperazione con soggetti diversi dalle autorità statali del Paese di destinazione, finanche privati, attraverso la delega delle funzioni di controllo e il rafforzamento delle capacità organizzative, tecniche e operative dei Paesi terzi per fini di controllo delle migrazioni e della protezione internazionale²⁹.

La conseguenza più grave di questa strategia è che tanto la molteplicità degli attori che assolvono alle funzioni di controllo quanto l'extra-territorialità dello stesso limitano la concreta possibilità, sia tecnica che fattuale, in capo ai giudici di occuparsi delle pratiche di esternalizzazione e privatizzazione delle politiche migratorie. Emblematiche, in questo senso, sono due sentenze della Corte di giustizia sull'esclusione dei rifugiati siriani dal territorio dell'Unione e dalla relativa protezione accordata loro dal diritto europeo e internazionale: il caso della dichiarazione UE-Turchia³⁰ e il caso dei visti umanitari³¹, ampiamente commentati dalla dottrina³².

Camera), sentenza del 13 febbraio 2020, caso di *N.D. e N.T. c. Spagna*, ricorso. N. 8675/15 e 8697/15.

²⁹ V. MITSILEGAS, *The border abroad, within and beyond. A rule-of-law based deconstruction*, in P. MINDERHOUD, S. MANTU, K. ZWAAN (Eds), *op. cit.*, pp. 41-48.

³⁰ Corte di giustizia dell'Unione europea, Ordinanza della Corte del 12 settembre 2018, *NF e a. contro Consiglio europeo*, Cause riunite da C-208/17 P a C-210/17 P, EU:C:2018:705.

³¹ Corte di giustizia dell'Unione europea (Grande Sezione), sentenza del 7 marzo 2017, Causa C-638/16 PPU, *X et X c. État belge*, EU:C:2017:173.

³² M. STARITA, *Le hasard dans le droit de l'Union européenne en matière d'accès au territoire de l'Union*, (a cura di J.-Y. CARLIER), in *La politique migratoire européenne à la lumière des jurisprudences relatives au visa humanitaire et à la déclaration UE-Turquie*, in *RTDeur* 55, 2019; J. SANTOS VARA, *Soft international agreements on migration cooperation with third countries: A challenge to democratic and judicial controls in the EU external migration law*, (a cura di S. CARRERA, J. SANTOS VARA, T. STIRK), *Constitutionalising the External Dimensions of EU Migration Policies in Times of Crisis*, 2019; T. SPIJKERBOER, *Bifurcation of people, bifurcation of law: externalization of migration policy before the EU Court of Justice*, in *Journal of Refugee Studies*, Volume 31, 2018, pp. 216-239.

2. L'evoluzione del diritto dell'Unione europea delle migrazioni e dell'asilo

Il Nuovo Patto è rivelatore dei mutevoli rapporti di potere tra Istituzioni, e tra Istituzioni e Stati membri, del peso della ciclicità delle crisi dell'integrazione europea nonché del ruolo del diritto in questo ambito³³. Il Patto è già stato oggetto di un'attenta analisi sia da parte della dottrina italiana che di quella europea³⁴ così come di critiche e pareri, anche istituzionali, come quello del Comitato europeo economico e sociale³⁵. Questo contributo si propone di fornire un'analisi del Patto alla luce delle evoluzioni del diritto europeo e di evidenziare le numerose ambiguità che lo caratterizzano³⁶.

³³ Sulle crisi dell'UE, ampiamente, in questa rivista, E. OLIVITO e G. REPETTO, *Perché pensare la crisi dell'UE in termini di conflitti costituzionali*, in *Costituzionalismo.it*, parte I, n. 3/2016.

³⁴ Il Nuovo Patto è stato oggetto di un'intensa attività di studio e analisi, tanto generale quanto tematica. Per i commenti "a caldo" si veda: M. BORRACCETTI, *Il Patto europeo sull'immigrazione e l'asilo e la sua (solo) annunciata discontinuità*, in *Diritti comparati*, 5 novembre 2020, C. FAVILLI, *Il patto europeo sulla migrazione e l'asilo: "c'è qualcosa di nuovo, anzi d'antico"*, in *Questione Giustizia*, (Diritti senza confini), 2 ottobre 2020; S. PEERS, *First analysis of the EU's new asylum proposals*, in *EU Law Analysis*, 25 settembre 2020; S. THIERY, *Présentation du nouveau pacte sur la migration et l'asile par la Commission: vers plus de solidarité en matière d'accueil des réfugiés?*, in *Association Française des Etudes Européennes*, 9 ottobre 2020. Per le rassegne di commenti tematici sul Nuovo Patto, si segnalano il Focus "La proposta di Patto su immigrazione e asilo" dell'Associazione Italiana Studiosi di Diritto dell'Unione Europea (AISDUE); il Symposium a cura della redazione di ADiM blog, in *Adimblog.com*, 2021-2021; il forum a cura di V. MILITELLO, M. SAVINO, E. CAVASINO e A. SPENA, *Nuovo Patto sulla Migrazione e l'asilo: un cambio di passo per la mobilità delle persone in Europa?*, in *Giustizia insieme*; il volume a cura di S. CARRERA e A. GEDDES, *EU Pact on Migration and Asylum in light of the United Nations Global Compact on Refugees. International experiences on containment and mobility and their impacts on trust and rights*, © EUI, 2021 e, infine, la rassegna nel dell'Odysseus Research Network a cura di D. THYM, *Special Collection on the 'New' Migration and Asylum Pact*, in *Eumigrationlawblog.eu*, 2020-2021.

³⁵ Opinione del Comitato economico e sociale europeo sulla Comunicazione della Commissione sul Nuovo Patto per la Migrazione e l'Asilo, GU del 9 aprile 2021 C123/15-21.

³⁶ Nel fare ciò, questo contributo si basa e contribuisce alla ricerca svolta attraverso il progetto GLOBMIG "New approaches to understanding & modeling global migration trends" e in particolare sull'articolo di E. FRASCA e F.L. GATTA, *Changing trends and dynamics of EU migration law and governance: a critical assessment of the evolution of migration legislation and policy in Europe* (in corso di pubblicazione).

Tre sono gli aspetti principali di discontinuità che emergono dall'analisi del Nuovo Patto rispetto al passato meno recente. Il primo è la scelta del tipo di atto in cui puntualizzare gli orientamenti programmatici in materia di migrazioni e asilo e, soprattutto, l'Istituzione che l'ha adottato: la Commissione europea. Nel 2019, si celebrarono i vent'anni dall'adozione delle conclusioni di Tampere³⁷, il primo documento europeo di indirizzo politico e programmatico nell'area delle migrazioni e dell'asilo, diventato a dir poco iconico, che ha segnato l'inizio del processo di armonizzazione del diritto nazionale degli Stati membri³⁸. Da Tampere in poi, tale indirizzo era stato diretto dal Consiglio europeo, ai sensi dell'odierno art. 68 TFUE, e cristallizzato in programmi quinquennali: alle conclusioni di Tampere seguì il programma dell'Aia (2005-2009)³⁹ e quello di Stoccolma (2010-2015)⁴⁰. I programmi erano sottoposti a monitoraggio e valutazione degli obiettivi raggiunti nel quinquennio.

Con l'Agenda europea sulla migrazione, preceduta e seguita dalle Conclusioni del consiglio europeo⁴¹, la ciclicità dei programmi si è interrotta⁴². Presentata anch'essa sotto forma di comunicazione e come reazione all'assenza di un accordo sulle operazioni di ricerca e soccorso nel Mediterraneo, nel documento sono confluite le varie iniziative che, secondo la Commissione, l'Unione europea avrebbe dovuto intraprendere, nel breve, medio e lungo periodo, «per delineare un approccio coerente e globale che permetta di cogliere i vantaggi e vincere le sfide che la migrazione reca in sé»⁴³. Per meglio dire, a fronte

³⁷ Consiglio europeo di Tampere, 15 e 16 ottobre 1999, Conclusioni della presidenza. In argomento: A. DI PASCALE, *A vent'anni dal Programma di Tampere quali prospettive per le politiche di immigrazione e asilo dell'Unione europea?*, in *Eurojus*, Fascicolo n. 4, 2019, pp. 107-115; P. DE BRUYCKER, M. DE SOMER e J.-L. DE BROUWER (eds.), *From Tampere 20 to Tampere 2.0: Towards a new European consensus on migration*, Bruxelles, European Policy Centre, 2019.

³⁸ P. DE BRUYCKER, *The New Pact on Migration and Asylum: What it is not and what it could have been*, in *Eumigrationlawblog.eu*, 15 dicembre 2020.

³⁹ Consiglio europeo, *Programma dell'Aia: rafforzamento della libertà, della sicurezza e della giustizia nell'Unione europea*, GU del 2 marzo 2005, C 53/1-14.

⁴⁰ Consiglio europeo, *Programma di Stoccolma: un'Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini*, GU del 4 maggio 2010, C 155/1-38.

⁴¹ Cfr. in particolare, le conclusioni del Consiglio europeo del 23 aprile 2015 e del 25 e 26 giugno 2015.

⁴² Commissione europea, *Agenda europea sulla migrazione*, Bruxelles, 15 maggio 2015, COM(2015) 240.

⁴³ *Ibidem*, p. 1.

di una Commissione che riconosce l'importanza e l'urgenza di politiche migratorie diverse e più efficaci, il Consiglio reagisce respingendo sistematicamente le proposte e mantenendo – di fatto – il controllo politico sul tema dell'immigrazione, così da legarlo alle partite elettorali nazionali⁴⁴.

Tuttavia – e questa è la seconda osservazione – l'incremento dell'attività di comunicazione e *leadership* da parte della Commissione relativamente a molteplici aspetti della politica migratoria, attraverso strumenti di natura *soft*, non è stato supportata da una contestuale evoluzione del diritto. La Commissione ricerca meticolosamente il più ampio consenso preliminare tra gli Stati membri e propone loro soluzioni di compromesso, con l'obiettivo di mitigare le divisioni di principio e le divergenze nelle prassi che si sono manifestate negli ultimi anni, in vario modo, nell'applicazione (o non applicazione) del diritto, con gravi ripercussioni sull'integrità fisica e sull'autodeterminazione delle persone migranti⁴⁵.

Il contenuto del Patto è intriso di cenni di intesa agli Stati membri in direzione di una sostanziale asimmetria degli impegni (alcuni dei quali sono opzionali) e rivela una notevole disomogeneità degli obblighi e delle responsabilità gravanti sui singoli Paesi membri nonché un'ampia discrezionalità di cui gli Stati godrebbero nell'applicazione del diritto europeo. A tal proposito si evidenzia l'incapacità della Commissione di concepire un quadro normativo in grado di garantire, anzitutto, la certezza dell'applicazione del diritto europeo da parte dei singoli Stati membri senza che residuino potenziali “vuoti di tutela”. Inoltre, la Commissione non è in grado di proporre alternative cogenti, nonostante alcune riflessioni in questa direzione fossero state avanzate nel precedente, sfortunato ciclo di riforme, ad esempio con la proposta del Parlamento europeo sul superamento del regolamento Dublino III attraverso l'introduzione di criteri innovativi che prescindono da quello del primo ingresso irregolare⁴⁶.

⁴⁴ J.-Y. CARLIER, F. CRÉPEAU e A. PURKEY, *op. cit.*, p. 50.

⁴⁵ A. SPAGNOLO, *Un gioco delle parti sulla pelle delle persone. L'insostenibilità delle ragioni greche, turche ed europee nella crisi migratoria in corso*, in *Sidiblog*, 14 marzo 2020.

⁴⁶ Parlamento europeo, Relazione sulla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apoli-

Dal Patto emerge infatti la conservazione dello *status quo*, dovuto proprio ai conflitti di interesse tra gli Stati membri⁴⁷. Tali conflitti si alimentano delle limitazioni insite nel progetto stesso del Sistema europeo comune d'asilo (a livello interno), cioè di un sistema fondato su una distribuzione non proporzionale delle responsabilità degli Stati membri in materia di protezione internazionale, che pesa maggiormente sui paesi del sud e dell'est dell'Unione. Confrontato con il grande numero di ingressi di rifugiati nel territorio europeo, il Sistema comune di asilo è stato posto dinanzi ai suoi limiti, che si traducono, al di là del dato normativo, nella diversità e nel diverso funzionamento dei sistemi d'asilo nazionali, che non solo presentano condizioni di accoglienza e livelli di protezione differenti, ma sono sollecitati a sforzi non equi. Tuttavia, questi limiti appaiono come non superabili: le soluzioni presentate, da un lato, sono servite a riequilibrare solo precariamente e temporaneamente le asimmetrie di responsabilità (si pensi al meccanismo di ricollocazione), dall'altro sono state utilizzate per eludere le tutele del diritto europeo e dei diritti fondamentali (si pensi all'istituzione del *hotspot* o all'utilizzo delle clausole del paese terzo sicuro). La conservazione dello *status quo*, dovuto proprio ai conflitti di interesse tra gli Stati membri, ha portato, negli ultimi anni, a spostare il centro dell'attenzione normativa (o pseudo-normativa) dalla gestione interna alla gestione *esterna* delle migrazioni. Ha condotto alla ricerca di soluzioni all'infuori del territorio dell'Unione, attraverso una più ampia e pervasiva cooperazione con i Paesi terzi⁴⁸.

Un'ultima osservazione di contesto deve essere formulata. Il diritto europeo dell'asilo e delle migrazioni presenta un livello tutto considerato poco elevato di armonizzazione, se comparato ad altri ambiti del diritto europeo, come il mercato unico. Due fasi di armonizzazione hanno contribuito alla "comunitarizzazione" della materia, anche grazie all'attività tecnica di interpretazione della Corte di giustizia

de del 16 novembre 2017 (Cosiddetto rapporto Wikström). Per un'analisi, si veda F. MAIANI, *The Report of the European Parliament on the reform of the Dublin system: certainly bold, but pragmatic?*, in *Eumigrationlawblog.eu*, 20 dicembre 2017.

⁴⁷ L. HADJ ABDOU, *From the Migration Crisis to the New Pact on Migration and Asylum: The Status Quo Problem*, Bridge Network – Working Paper 11.

⁴⁸ S. SAROLEA, *Asile et Union européenne face à la crise: d'une gestion interne à une gestion externe*, in *Revue Québécoise de Droit International – Vol. Hors série*, 2019.

dell'Unione europea⁴⁹. Nella prima fase (2003-2005)⁵⁰ furono previsti standard minimi comuni mentre nella seconda (2011-2013) il diritto interno degli Stati membri è stato solo parzialmente adattato al quadro europeo. La mancanza di una piena armonizzazione del diritto ha avuto come conseguenza una sua applicazione frammentaria, dovuta al permanere di prassi divergenti tra Paesi membri, così rivelandosi un problema di attuazione piuttosto che di enunciazione del diritto⁵¹. La terza fase (2016-2019) doveva coincidere con le proposte di riforma avanzate dalla Commissione, soprattutto degli strumenti del Sistema europeo comune di asilo⁵². Difatti, se da un lato, le proposte del Patto scaturiscono dal sostanziale fallimento del pacchetto di riforme presentato nell'ambito dell'Agenda europea sulla migrazione – sempre dalla Commissione – nel 2016, dall'altro, il Nuovo Patto è immerso nel più ampio contesto delle crisi dell'Unione, sia alla luce della cosiddetta crisi migratoria sia dell'emergenza sanitaria odierna.

⁴⁹ Per uno studio empirico del ruolo del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE in ambito migratorio: V. PASSALACQUA, *Empirical insights on preliminary rulings in the EU migration law field*, in ADiM Blog, Febbraio 2021.

⁵⁰ E. GUILD, P. MINDERHOUD (a cura di), *The First Decade of EU Migration and Asylum Law*, Brill Nijhoff, 2012.

⁵¹ P. BOELES, M. DEN HIJER, G. LODDER e K. WOUTERS (a cura di), *European Migration Law*, Anversa, 2014.

⁵² La Commissione presentò sei proposte di atti legislativi nell'ambito di una nuova riforma del diritto europeo dell'asilo: la Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce una procedura comune in materia di protezione internazionale nell'Unione e abroga la direttiva 2013/32/UE; la proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale (rifusione); la proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio recante norme sull'attribuzione a cittadini di paesi terzi o apolidi della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria e sul contenuto della protezione riconosciuta, che modifica la direttiva 2003/109/CE del Consiglio, del 25 novembre 2003, relativa allo status dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo; la proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un quadro dell'Unione per il reinsediamento e modifica il regolamento (UE) n. 516/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio e, infine, la proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di paese terzo o da un apolide (rifusione).

2.1. *Maggior o miglior diritto? Fallimenti e nuove prospettive di riforme*

Quale significato assume dunque una *nuova* proposta di riforma del diritto europeo delle migrazioni e dell’asilo? Faticosamente si può argomentare che il Nuovo Patto contribuisca allo scopo di armonizzazione, men che meno alla definizione di una politica comune europea. Al contrario, legittime soluzioni che, presentate come temporanee e a carattere emergenziale (veri e propri “esperimenti”, come gli *hotspot*, gli accordi *ad hoc* per la ricollocazione dei migranti soccorsi in mare, la dichiarazione UE-Turchia), rischiano di diventare parte dell’*acquis* europeo. Inoltre, è stato rilevato che la Commissione, in applicazione dell’accordo inter-istituzionale tra il Parlamento europeo, il Consiglio e la Commissione “legiferare meglio”⁵³ non ha operato una valutazione d’impatto sulle proposte presentate né può dirsi che si sia fondata su dati disponibili relativamente agli esperimenti su cui il Patto si fonda⁵⁴.

È stato osservato che la moltiplicazione delle leggi in senso lato, non contribuisce necessariamente a un maggior (e miglior) diritto⁵⁵. Numerosi commentatori si interrogano, difatti, sulla *necessità* stessa di una riforma, specialmente se declinata nel solco della burocratizzazione del diritto e di modifiche in senso restrittivo⁵⁶. Se non è discutibile che la scelta di un “minimo” o un “massimo” diritto sia intrinsecamente politica (perché solo nell’arena politica può essere stabilita l’opportunità di legiferare o non legiferare)⁵⁷, bisogna dire chiaramente che le proposte della Commissione difficilmente sono destinate a tradursi in diritto.

⁵³ Accordo inter-istituzionale del 13 aprile 2016 “Legiferare meglio” tra il Parlamento europeo, il Consiglio dell’Unione europea e la Commissione europea, GU del 12 maggio 2016, L 123/1-14.

⁵⁴ Sul punto, si rinvia a G. CORNELISSE, M. RENEMAN, *Border procedures in the Commission’s New Pact on Migration and Asylum: A case of politics outplaying rationality?*, in *European Law Journal*, 2021;1, pp. 1 ss. e a I. MAJCHER, T. STRIK, *Legislating without evidence: the recast of the EU return directive*, in *European Journal of Migration and Law*, 2021,23(2), pp. 123 ss.

⁵⁵ M. MOUZOURAKIS, *More laws, less law: The European Union’s New Pact on Migration and Asylum and the fragmentation of “asylum seeker” status*, in *European Law Journal*, 2021;1, pp. 1 ss.

⁵⁶ Per tutti, M. SAVINO, *L’ingenuità amministrativa del Patto UE sulla migrazione e l’asilo: una solidarietà costruita sull’acqua*, in *Giustizia Insieme*, 30 giugno 2021.

⁵⁷ N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Giappichelli, 2016, p. 191.

Con l'Agenda europea sulla migrazione e la riforma del 2016, la Commissione ha inaugurato un approccio, non previsto nel diritto istituzionale dell'Unione, cosiddetto "a pacchetto", che di fatto ha impedito l'adozione individuale di quegli atti legislativi su cui era stato raggiunto un accordo tra co-legislatori⁵⁸. Nella dimensione interna della politica d'asilo, il processo legislativo europeo è entrato in una fase di stagnazione nel giugno 2018 quando, con l'instaurarsi della Presidenza austriaca del Consiglio, si è ricercata, da un lato, l'*unanimità* in seno al Consiglio – una prassi peculiare e contraria alle regole previste dai Trattati sul voto di maggioranza –, dall'altro, l'adozione degli altri atti legislativi è stata resa, in un certo senso, dipendente dal raggiungimento di un accordo sull'atto che avrebbe modificato (e superato) il regolamento Dublino III (accordo poi mai raggiunto). La riforma non è (ancora) stata portata a termine poiché tra gli Stati membri è sorto un forte disaccordo sul significato della fiducia reciproca e della solidarietà. Il Nuovo Patto interviene quindi in una situazione in cui lo sviluppo *ulteriore* del diritto europeo sembra difficile da realizzarsi.

Problematici sono poi i rapporti tra le proposte del 2016 – che sono, per così dire, "sopravvissute" al Nuovo Patto (quella sul reinsediamento, quella sull'Agenzia europea dell'asilo, quella sulla direttiva rimpatri) –, con quelle presentate per mezzo del Patto. Le prime erano state pensate e formulate in armonia con le proposte c.d. regolamento Dublino IV e il regolamento procedure, ora oggetto di nuove proposte. Non sembra dubitabile che queste ultime determinino criticità e discrepanze; le nuove proposte mancano infatti di ambizione, prima fra tutte quella del *superamento* del regolamento Dublino e sembrano limitarsi ai soli aspetti in cui è attesa una forma di consenso tra gli Stati Membri. La situazione al riguardo è però oggettivamente complessa sicché le differenze di interessi tra Stati membri difficilmente saranno superabili con un sistema fondato sull'accumulo di procedure e di costi.

È significativo che le uniche riforme di rilievo che non sono fallite sono quelle che riguardano l'Agenzia della Guardia di frontiera e costiera europea (Frontex), il cui mandato e bilancio sono stati oggetto di una repentina espansione⁵⁹. Tuttavia, l'espansione del mandato non è stata accompagnata da un'espansione dei poteri di controllo sul suo

⁵⁸ Ad esempio, la proposta che istituiva il quadro dell'Unione per il reinsediamento.

⁵⁹ Recentemente, cfr D. VITIELLO, *Le frontiere esterne dell'Unione europea*, 2020, Bari, p. 416 ss.

operato, rendendo l’Agenzia oggetto di gravissime controversie: sono stati ampiamente documentati i problemi di trasparenza delle sue attività e il rispetto dei diritti umani nell’attuazione delle stesse⁶⁰.

In definitiva, con la presentazione del Nuovo Patto la Commissione sembra voler ribadire la necessità di una riforma, ma nel farlo dimostra di cedere nuovamente alle dinamiche repressive avanzate dal Consiglio (e quindi dagli Stati membri) e di non sapere – o voler – svolgere il suo ruolo di guardiana dei trattati, e quindi anche di protettrice dei diritti dei migranti e delle garanzie proprie dello stato di diritto, un tema su cui, in altri ambiti, la Commissione non esita a mobilitarsi. La Commissione, che aveva svolto questo ruolo nelle precedenti fasi di riforma del diritto d’asilo e delle migrazioni, ovvero quelle di rifusione delle prime direttive e regolamenti, adesso ne abdica in favore degli interessi politici nazionali degli Stati membri. In tempi recenti, è infatti il Parlamento europeo ad assolvere alla funzione, che spetterebbe alla Commissione, di tutela dei diritti di migranti, in modo però spesso soltanto simbolico⁶¹.

2.2. *L’Unione delle crisi: tra eccezionalità e ibridazione*

La riforma proposta dalla Commissione con il Nuovo Patto si inserisce nel più ampio contesto delle crisi dell’Unione, in un’ottica di continuità tra la cosiddetta crisi migratoria, che ha lasciato «cicatrici visibili» nelle politiche europee⁶², e la crisi sanitaria, che sembra averne

⁶⁰ In merito, per un approfondimento, L. KARAMANIDOU e B. KASPAREK, *Fundamental rights, accountability and transparency in European governance of migration: The case of the European Border and Coast Guard Agency Frontex*, in *Working Papers Global Migration: Consequences and Responses*, Paper 2020/59, July 2020. Si veda anche: F.L. GATTA, *Between rule of law and reputation: Frontex’s withdrawal from Hungary*, in *VerfBlog*, 8 febbraio 2021.

⁶¹ Si fa qui riferimento al lavoro svolto dalla Commissione per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni (LIBE) nella preparazione di importanti risoluzioni del Parlamento europeo. Nel corso degli anni, si segnalano, tra le tante: la risoluzione del 12 aprile 2016 sulla situazione nel Mediterraneo e la necessità di un approccio globale dell’UE in materia di immigrazione (2015/2095(INI)); la risoluzione dell’11 dicembre 2018 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti i visti umanitari (2018/2271(INL)), quella sull’attuazione della direttiva rimpatri (2019/2208(INI)), e, da ultimo, quelle sulla protezione dei diritti umani e la politica migratoria esterna dell’UE del 19 maggio 2021 (2020/2116(INI)) e sui nuovi canali per la migrazione legale di manodopera del 20 maggio 2021 (2020/2010(INI)).

⁶² D. DUEZ, *op. cit.*

sottolineato la permanenza. La pandemia ha infatti esacerbato le relazioni tra Stati membri e Istituzioni europee, in direzione di una più ampia affermazione degli interessi egoistici degli Stati. Anche se con ovvie differenze in termini di intensità e impatto delle misure emergenziali sulla mobilità dei cittadini europei e dei Paesi terzi, proprio come nel 2016, la criticità della situazione sanitaria ha spinto gli Stati membri a procedere a una “non applicazione”, o almeno ad ampie deroghe, delle norme di diritto europeo esistenti. Questa propensione all’unilateralismo è evidente sia nella gestione dello spazio senza frontiere all’interno dell’Unione (cosiddetta area Schengen) sia nella gestione del Sistema europeo comune di asilo⁶³. L’Unione ha risposto a questa tendenza attraverso l’adozione di strumenti di natura non vincolante come raccomandazioni e orientamenti⁶⁴.

In realtà, la deriva verso le misure di tipo emergenziale è una conseguenza dello stallo nei processi decisionali. Al tempo stesso, è l’utilizzazione strumentale della retorica della crisi che giustifica il ricorso a misure straordinarie, spesso di natura informale. Questo è vero tanto nelle relazioni tra Stati membri quanto nelle relazioni internazionali dell’Unione con i Paesi terzi. A titolo di esempio, nella dimensione interna del diritto d’asilo, si sottolinea che al Consiglio è stato lasciato un ampio margine di discrezionalità nell’adozione delle decisioni sulla ricollocazione dei richiedenti asilo dall’Italia e dalla Grecia⁶⁵. Nella dimensione esterna delle politiche migratorie, si segnala invece lo strumento emergenziale costituito dal Fondo fiduciario d’urgenza dell’Unione per l’Africa⁶⁶, volto a concretizzare gli impegni stretti, sul

⁶³ Sul tema, per un approfondimento a J.-Y. CARLIER, E. FRASCA, F.L. GATTA e S. SAROLEA, *The EU’s response to COVID-19 between sovereignty, public health and fundamental rights: Some remarks on the functioning of the Schengen area and the Common European Asylum System*, in *European Journal of Human Rights*, Vol. 4-5, 2020, pp. 233 ss.

⁶⁴ Ad esempio, Commissione europea, *Orientamenti relativi alle misure per la gestione delle frontiere destinate a tutelare la salute e garantire la disponibilità di beni e servizi essenziali*, GU del 16 marzo 2020, C 86, 1-4.

⁶⁵ Consiglio, decisione 2015/1523 del 14 settembre 2015 e decisione 2015/1601 del 22 settembre 2015 che *istituiscono misure temporanee nel settore della protezione internazionale a beneficio dell’Italia e della Grecia*.

⁶⁶ Commissione europea, decisione del 20 ottobre 2015 sull’istituzione di un fondo fiduciario di emergenza dell’UE per la stabilità e la lotta contro le cause profonde della migrazione irregolare e del fenomeno degli sfollati in Africa C(2015) 7293. Sul punto, in senso critico della legalità dello strumento: T. SPIJKERBOER e E. STEYGER,

piano politico, tra Unione europea e Paesi africani al fine di prevenire l'immigrazione irregolare dal continente africano⁶⁷.

Viene da chiedersi, se l'epoca "normale" dell'Unione non rappresenti l'*eccezione* rispetto ai periodi di crisi che si susseguono costantemente, mettendo in luce le debolezze e le contraddizioni del diritto europeo delle migrazioni e dell'asilo. Le crisi producono misure straordinarie, tese verso le soluzioni a breve termine, soluzioni che mettono in discussione i principi dello stato di diritto, l'equilibrio istituzionale all'interno dell'Unione e, più in generale, il processo di integrazione europea. Tali misure vengono "accettate" – nonostante i numerosi dubbi sulla loro legittimità – proprio in virtù della loro eccezionalità e quindi della loro durata temporanea⁶⁸. Il passo successivo, però, è l'assorbimento e il consolidamento di tali misure emergenziali nel quadro giuridico dell'Unione, in un processo di ibridazione tra misure informali e formali (dalla base legale debole e contestabile), cioè *formalizzate*, a posteriori, nel quadro legislativo.

Un esempio di questa tendenza avanzato dalla Commissione nel Nuovo Patto è il consolidamento del cosiddetto approccio *hotspot*, ovvero una soluzione pensata per le situazioni di emergenza per mezzo del quale alcuni luoghi sono destinati alle operazioni di identificazione e rilevamento delle impronte digitali di coloro che hanno attraversato in modo irregolare le frontiere esterne e al funzionamento di meccanismi opachi per ripartirli in richiedenti asilo, richiedenti asilo sottoponibili a ricollocazione e stranieri in condizione di irregolarità⁶⁹. Nella proposta di regolamento sugli accertamenti nei confronti dei cittadini di Paesi terzi, l'*hotspot* viene elevato a metodo di funzionamento *legale* delle frontiere⁷⁰.

European external migration funds and public procurement law, in *European Papers*, 4(2019)2, pp. 493 ss.

⁶⁷ Impegni assunti con la dichiarazione politica del summit di La Valletta, 11 e 12 novembre 2015.

⁶⁸ La stessa tendenza è visibile nella trasformazione del diritto europeo con riferimento alla crisi dell'eurozona: F. SCHIMMELFENNIG, *European integration (theory) in times of crisis. A comparison of the euro and Schengen crises*, in *Journal of European Public Policy*, 2018, 25:7, pp. 969 ss.

⁶⁹ Inaugurato Comunicazione della Commissione, *Agenda europea sulla migrazione*, COM (2015) 240 final. Per un'analisi si veda: M. BENVENUTI, *Gli hotspot come chimera. Una prima fenomenologia dei punti di crisi alla luce del diritto costituzionale*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 2/2018, pp. 1 ss.

⁷⁰ Come argomenta, utilizzando il termine "normalizzazione" dell'approccio

3. Le macro-tendenze del diritto europeo delle migrazioni e dell'asilo

Il Nuovo Patto rappresenta un punto di osservazione privilegiato rivelatore di alcune macro-tendenze del diritto dell'Unione europea dell'asilo e delle migrazioni. La sua storia, lunga quasi quattro decenni, è quella di una materia tradizionalmente considerata prerogativa della sovranità statale e venuta lentamente integrandosi in quella che (almeno sulla carta) è considerata una "politica comune", che quindi richiederebbe armonizzazione, cooperazione e coordinamento.

Tra le tante, tre macro-tendenze caratterizzano il diritto europeo in questo ambito: la contrapposizione tra la tutela dei diritti umani e il principio di sovranità statale; l'integrazione per via legislativa in opposizione al ricorso a strumenti informali ed emergenziali; la cooperazione multilaterale e sovranazionale in antitesi alla propensione degli Stati membri all'unilateralismo. Ogni macro-tendenza, abitata da spinte e dinamiche opposte che comunque coesistono al di là di queste dicotomie, fornisce una chiave di lettura delle trasformazioni del diritto, in generale, e delle proposte del Nuovo Patto, in particolare⁷¹.

3.1. Tutela dei diritti umani in opposizione al principio di sovranità degli Stati

Il principio di sovranità dello Stato, che tutt'oggi costituisce un principio cardine in materia di condizioni di ingresso, soggiorno ed espulsione del cittadino straniero⁷², è stato progressivamente ridimensionato e le sue ripercussioni mitigate a favore di una più ampia af-

hotspot, G. CAMPESI, *L'approccio hotspot e il prezzo della coercizione*, in *Rivista il Mulino*, 2020. Si veda anche: ASGI, *Proposta di regolamento sugli accertamenti nei confronti dei cittadini di paesi terzi. Osservazioni e proposte*, 18 marzo 2021, consultabile online.

⁷¹ Per un appassionante studio delle trasformazioni del diritto in altri ambiti: A. ALGOSTINO, *Diritto proteiforme e conflitto sul diritto. Studio sulla trasformazione delle fonti del diritto*, Torino, 2018.

⁷² Sin dai tempi della decisione della Corte EDU nel caso di *Abdulaziz, Cabales e Balkandali*, il paradigma di diritto internazionale sulle questioni migratorie pone in posizione preminente il diritto dello Stato di decidere sull'ingresso e l'espulsione dei cittadini stranieri, e i diritti umani degli stessi come eccezioni. Corte EDU, 28 maggio 1985, *Abdulaziz, Cabales and Balkandali*, ricorsi n. 92214/80, 9473/81 e 9474/81.

fermazione dei diritti umani delle persone migranti⁷³. L'apporto della giurisprudenza delle Corti di giustizia dell'Unione europea e della Corte europea dei diritti dell'uomo ha giocato un ruolo significativo in direzione della tutela e dell'espansione dei diritti delle persone migranti, limitando, grazie al principio di proporzionalità, l'esercizio discrezionale delle prerogative degli Stati in materia di asilo e controllo delle migrazioni⁷⁴.

Nel Nuovo Patto, non si registrano significativi avanzamenti nella tutela dei diritti umani delle persone migranti. Ancor meno sono visibili elementi di solidarietà di tipo verticale, cioè degli Stati nei confronti delle persone migranti, i cui bisogni e interessi risultano sostanzialmente ignorati e non assumono rilevanza nell'ambito delle misure previste. Poche disposizioni rivelano un'attenzione a tali diritti, ad esempio quelle della proposta di regolamento gestione asilo e migrazione che prevedono una più ampia considerazione dei legami familiari o del possesso di un diploma o di una qualificazione rilasciata da uno Stato membro in vista della redistribuzione dei richiedenti asilo sul territorio dell'Unione⁷⁵.

Al contrario, la parte centrale e, in un certo senso, innovativa del Patto si concentra sull'uso strumentale del diritto che ha come conseguenza quella di ridurre l'applicazione degli standard di tutela dei diritti umani⁷⁶. L'introduzione della fase di accertamento, che opera at-

⁷³ In merito, sul tema: B. SCHOTEL, *On the right of exclusion: law, ethics and immigration policy*, Londra, 2012; J.-Y. CARLIER e S. SAROLEA, *Droit des étrangers*, Bruxelles, 2016; V. CHETAÏL, *Sovereignty and migration in the doctrine of the law of nations: an intellectual history of hospitality from Vitoria to Vattel*, in *European Journal of International Law* 27(4)2019, pp. 901 ss.; M.-B. DEMBOUR, *When Human Rights Become Migrants*, Oxford, 2015; B. NASCIMBENE, A. DI PASCALE, *State sovereignty vs. migrants' individual rights: looking for a new balance*, in *Eurojus*, 4/2020; G. ROMEO, *Diritti fondamentali e immigrazione*, in *Federalismi.it*, Numero speciale 2/2019; S. SAROLEA *Droits de l'homme et migrations. Des droits du migrant aux droits de la personne migrante*, Bruxelles, 2006.

⁷⁴ Cfr. R. S. DE FAZIO, *Alcuni cenni sulla gestione delle frontiere dell'Unione europea e la disciplina della protezione internazionale in Italia. Quali garanzie per la sicurezza e il rispetto dei diritti fondamentali?*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studie*, pp. 123 ss.

⁷⁵ Come spiega C. FAVILLI, *La solidarietà flessibile e l'inflessibile centralità del sistema Dublino*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 1/2021, gennaio-aprile, pp. 85 ss.

⁷⁶ Come ricorda, dettagliatamente, L. MARIN, *Una rilettura di alcune misure del Patto sulle migrazioni alla luce della sussidiarietà: il valore aggiunto europeo come*

traverso la finzione giuridica del non-ingresso, nonché l'ampliamento delle procedure alla frontiera hanno come principale scopo una rapida suddivisione delle persone in candidate alla procedura d'asilo (e, tra queste, persone con più o meno *chances* di ottenere il riconoscimento dello status, in base del criterio della nazionalità) e persone rimpatriabili. A tal fine, è previsto l'uso, di fatto, di misure di trattenimento e di privazione della libertà (sebbene la Commissione non approfondisca di che natura o in che modalità), in contrasto con le garanzie procedurali e le tutele che spettano alle persone migranti, incluse quelle correlate allo status di richiedente d'asilo⁷⁷. La circostanza che dall'esito dello *screening* dipenda il passaggio alla procedura successiva ha come effetto il dilatarsi dei tempi dell'accesso alla procedura d'asilo con l'effetto di uno svuotamento dello status di "richiedente" di quelle garanzie procedurali sviluppate proprio in virtù del diritto europeo, inclusa la possibilità di un ricorso effettivo contro una decisione negativa, i cui tempi risultano abbreviati⁷⁸. Permane, poi, il problema degli scarsi (se non inesistenti) meccanismi di monitoraggio del rispetto dei diritti fondamentali nelle zone di frontiera⁷⁹.

Se la tutela dei diritti umani è affievolita nelle zone di confine, il principio di sovranità degli Stati occupa uno spazio importante in questa serie di proposte legislative. Come è stato sottolineato, le proposte non dimostrano un vero valore aggiunto "europeo"⁸⁰, ma – al contrario – in nome dell'efficienza e della rapidità delle procedure impongono agli Stati membri di frontiera un accumulo dei costi operativi e degli oneri aggiuntivi che, seppur pragmatici, appaiono irrealistici.

Inoltre, gli Stati ostili alla redistribuzione dei richiedenti asilo possono optare per forme differenziate di solidarietà, come le ricolloca-

utopia?, in *aisdue.eu*, II (2020), Focus "La proposta di Patto su immigrazione e asilo", pp. 184 ss.

⁷⁷ Cfr., E. CELORIA, *Stranieri trattenuti alle frontiere esterne dell'Unione: il quadro di garanzie individuato dalla Corte di giustizia e le sfide del Nuovo patto sulle migrazioni e l'asilo*, in *European Papers*, 5(2020)3, pp. 1385 ss.

⁷⁸ M. MOUZOURAKIS, *More laws, less law: The European Union's New Pact on migration and asylum and the fragmentation of "asylum seeker" status*, in *European Law Journal*, 2021;1, pp. 1 ss.

⁷⁹ Si veda, a tal proposito, l'opinione dello European Network of National Human Rights Institutions, *Opinion on Independent Human Rights Monitoring Mechanisms at Borders under the EU Pact on Migration and Asylum*, 10 marzo 2021, disponibile online.

⁸⁰ L. MARIN, *op. cit.*

zioni, lo sviluppo di capacità di accoglienza e il sostegno operativo ai Paesi membri, partecipando così in modo asimmetrico, e in via emergenziale, alle responsabilità in materia di asilo⁸¹. Questa asimmetria degli sforzi è in contrasto con il diritto europeo dei Trattati che all'art. 80 TFUE prevede, almeno sul piano teorico, che le politiche dell'Unione devono essere governate dal principio di solidarietà e di equa ripartizione delle responsabilità tra gli Stati membri, come principio composito che si indirizza soprattutto agli Stati membri.

L'asimmetria si verifica anche con la creazione di un peculiare legame tra asilo e rimpatri. Ulteriori misure di tipo solidale consistono infatti nello sviluppo di capacità nel settore delle espulsioni e nella sponsorizzazione delle stesse, uno degli strumenti più criticati del Nuovo Patto, tanto per la scarsa fattibilità della misura quanto per le ripercussioni in tema di diritti fondamentali⁸². Per mezzo della sponsorizzazione, uno Stato membro si impegna a “sostenere” i rimpatri di un altro fornendo un aiuto di tipo logistico, finanziario e di consulenza; se tali sforzi si rivelano infruttuosi scaduto il termine di otto mesi deputato all'attuazione dell'espulsione (ridotto a quattro mesi durante le situazioni di crisi), lo Stato membro patrocinante “prende in carico” le persone non rimpatriate, trasferendole nel proprio territorio, e si impegna a proseguire all'attuazione dell'espulsione in conformità alla direttiva rimpatri⁸³.

Queste concezioni di solidarietà “flessibile” sono ben lontane da quelle recentemente sottolineate dagli Avvocati generali della Corte di giustizia in tema di migrazioni⁸⁴. Si pensi alle parole dell'Avvocato

⁸¹ G. MORGESSE, *La solidarietà tra Stati membri dell'Unione europea nel nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo*, in *aisdue.eu*, II (2020), Focus “La proposta di Patto su immigrazione e asilo”, pp. 16 ss.

⁸² In argomento: J.-P. CASSARINO, *Readmission, Visa Policy and the 'Return Sponsorship' Puzzle in the New Pact on Migration and Asylum*, in *ADiM Blog*, Analisi e opinioni, Novembre 2020; M. MORARU, *The new design of the EU's return system under the Pact on Asylum and Migration*, in *Eumigrationlawblog.eu*, 14 gennaio 2021; L. VOSYLIUTE, *When Principles Are Compromised: EU Return Sponsorship in Light of the Un Global Compacts*, in: *The EU Pact on Migration and Asylum in light of the United Nations Global Compact on Refugees International Experiences on Containment and Mobility and their Impacts on Trust and Rights* (a cura di S. CARRERA e A. GEDDES), pp. 291.

⁸³ Così il regolamento gestione asilo e migrazione.

⁸⁴ Significativa è la lettura dei principi dello Stato di diritto, del dovere di leale cooperazione e del principio di solidarietà nell'opinione dell'Avvocato generale Eleanor

generale Wathelet nelle conclusioni del caso *Jawo*, in cui anche la Corte ha mostrato una particolare attenzione alla tutela dei diritti umani delle persone migranti (in particolare: la protezione contro la tortura e contro i trattamenti inumani e degradanti) a scapito della stretta applicazione delle disposizioni del regolamento Dublino⁸⁵. Wathelet si esprimeva così: fino a quando non verrà adottata una vera e propria politica in tema di protezione internazionale, che garantisca condizioni di vita minime e uniformi ai beneficiari di protezione, assicurando che il principio di solidarietà sia una realtà a beneficio non solo degli Stati membri, ma soprattutto degli esseri umani coinvolti, spetta «agli Stati membri – compresi i giudici nazionali – garantire la piena efficacia delle norme attualmente in vigore»⁸⁶.

La proposta della sponsorizzazione dei rimpatri dovrebbe risultare appetibile soprattutto agli stati di Visegrád, che hanno dimostrato a più riprese la loro scarsissima inclinazione a partecipare ai meccanismi di solidarietà (seppur emergenziali) in materia di asilo. È però difficile immaginare che gli Stati che si sono opposti ai meccanismi di ricollocazione di persone che avevano una pretesa legittima al diritto di soggiorno (poiché per potere essere ricollocati, i richiedenti asilo dovevano appartenere a una nazionalità il cui tasso di riconoscimento di protezione fosse pari o superiore al 75% è il trasferimento di persone) accetteranno di ricollocare cittadini stranieri in attesa di espulsione, un meccanismo di per sé di difficile applicazione. Sono proprio i Paesi di Visegrád, che hanno fatto del nazionalismo e dell'agenda identitaria la cifra delle loro battaglie xenofobe, i più critici di qualsivoglia ulteriore sviluppo del diritto europeo suscettibile di comprimere ulteriormente la loro sovranità statale⁸⁷.

Sharpston del 31 ottobre 2019 nelle cause riunite C-715/17, C-718/17 e C-719/17 Commissione europea c. Polonia, Ungheria e Repubblica ceca, EU:C:2019:917.

⁸⁵ Corte di giustizia dell'Unione europea, 19 marzo 2019, *Jawo*, Case C-163/17, EU:C:2019:218. Per una nota a sentenza, si veda M. DEN HEIJER, *Transferring a refugee to homelessness in another member state: Jawo and Ibrahim*, in *Common Market Law Review* 57(2), 2020, pp. 539 ss.

⁸⁶ Opinione dell'Avvocato generale Melchior Wathelet del 25 luglio 2018 nella causa C-163/17, *Jawo*, EU:C:2018:613.

⁸⁷ Si veda, per un'analisi degli argomenti "sovranisti" di contestazione del diritto e le politiche d'asilo europee: G. ROMEO e S. PENASA, *Sovereignty-based arguments and the European asylum system: searching for a European constitutional moment?*, in *European Journal of Migration and Law*, 2020, pp. 11–38.

3.2. *Integrazione per via legislativa e ricorso a strumenti informali e di emergenza*

La seconda macro-tendenza è anch'essa tipica dell'attività dell'Unione in questo ambito: all'integrazione per via legislativa si alterna, l'uso di strumenti programmatici, comunicazioni, e di atti atipici che, in mancanza di riforme legislative, costituiscono la parte più cospicua dell'attività dell'Unione. Nuovamente, da una fase di stallo legislativo caratterizzata dal ricorso a soluzioni emergenziali, si passa ora, con il Nuovo Patto, all'ennesima fase di potenziale (ri)costruzione del Sistema comune europeo di asilo. In tempi di crisi, soluzioni flessibili sono state ricercate in nome della loro efficacia e il ricorso a misure informali, spesso opache, si è intensificato, sollevando problemi in termini sia di rispetto dei principi dello stato di diritto che di tutela dei diritti dei migranti⁸⁸.

Le dinamiche di crisi sono state talmente interiorizzate che la Commissione ha proposto la modifica della Direttiva protezione temporanea (mai utilizzata nonostante la sua adattabilità alla situazione del 2015), prevedendo una serie di situazioni dalla gravità "graduale": da una presunta situazione di "normalità" a una situazione di "pressione alle frontiere" a una situazione di "crisi"⁸⁹.

Ciò che emerge però è un diritto che, anziché operare sui fattori che ciclicamente scatenano la crisi – ossia le ragioni dei movimenti irregolari, le crisi umanitarie che provocano le migrazioni forzate, il criterio di primo ingresso (per citarne alcuni) – si concentra sulle conseguenze⁹⁰. Fare proprie le dinamiche di crisi significa, inevitabilmente, accettare che gli standard di tutela del diritto siano elastici e, in parte, sacrificabili⁹¹. La crisi, quindi, diventa parametro per garantire quali

⁸⁸ Sul ruolo del soft law in questo ambito, si veda: M-L. BASILIEN-GAINCHE, *L'emprise de la soft law dans la gestion des migrations en Europe*, in *L'Europe et les migrations*, (a cura di M. BENLOLO-CARABOT); L. IMBERT, *La coopération sans le(s) droit(s): le foisonnement des accords « njusticiables » avec les pays tiers*, in *Plein droit*, 2017, pp. 45-48.

⁸⁹ Proposta di regolamento sulle situazioni di crisi e di forza maggiore, COM(2020)613 del 23 settembre 2020.

⁹⁰ In argomento: A. TAGLIAPIETRA, *Migranti: UE e normalizzazione logica emergenza*, in *Affarinternazionali*, 26 dicembre 2018.

⁹¹ Si veda: E. CAVASINO, *La solidarietà fra Stati e UE e la carenza di una visione costituzionale del governo dei flussi e delle crisi migratorie nel nuovo patto sulla migrazione e l'asilo*, in *Giustizia Insieme*, 30 giugno 2021.

diritti si applicheranno e quali no (e a chi, di volta in volta), smorzando le garanzie procedurali alla frontiera. Questo *modus operandi* è pericoloso per un'Unione fondata sullo stato di diritto e per una materia che, presentando un forte radicamento nei diritti della persona umana, richiederebbe una massima attenzione verso la tutela offerta soprattutto dalle garanzie procedurali⁹².

Una simile concezione del diritto diventa uno strumento al servizio delle priorità politiche dell'Unione e dei suoi Stati membri, come l'agognato arresto degli ingressi irregolari nel territorio europeo e l'aumento del numero di espulsioni di cittadini stranieri. La cooperazione con i Paesi terzi – nel Patto chiamata “collaborazione” – è un esempio dei rischi che l'Unione e gli Stati membri accettano di correre optando per forme alternative e semplificate di cooperazione, mutate sulla “utilità” del Paese terzo interessato in termini di controllo dei movimenti di persone⁹³. Di fatto, il diritto è sostituito da una zona grigia di informalità che opera su due livelli di azione, quello europeo e quello nazionale dello Stato membro “cooperante”, sia esso la Spagna con il Marocco, l'Italia con la Libia o la Grecia con la Turchia⁹⁴. Gli esempi più emblematici di questa tendenza sono la dichiarazione UE-Turchia⁹⁵, gli accordi nell'ambito del nuovo partenariato europeo

⁹² Cfr. P. DE PASQUALE, *Dal Nuovo Patto per la migrazione e l'asilo a un diritto dell'emergenza dell'Unione europea: a che punto è la notte?*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 4(2020), pp. 5 ss.

⁹³ In argomento, si veda: P. GARCIA ANDRADE, *EU cooperation on migration with partner countries within the New Pact: new instruments for a new paradigm?*, in *Eumigrationlawblog.eu*, 8 dicembre 2020; A. LIGUORI, *Il nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo e la cooperazione dell'Unione europea con i Paesi terzi: niente di nuovo sotto il sole?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 1/2021, gennaio-aprile, pp. 1 ss; T. SPIJKERBOER, in *The EU Pact on migration and asylum in light of the UN Global Compact on Refugees* (a cura di S. CARRERA e A. GEDDES), pp. 61 ss; sia consentito il rinvio a E. FRASCA, *More or less (soft) law? The case of third country migration cooperation and the long-term effects of EU preference for soft law instruments*, in *Queen Mary Law Journal*, 1(2021), pp. 1 ss.

⁹⁴ D. VITIELLO, *Legal Narratives of the EU External Action in the Field of Migration and Asylum: From the EU-Turkey Statement to the Migration Partnership Framework and Beyond*, in *Securitisating Asylum Flows*, Leiden, 2020, pp. 130-166.

⁹⁵ Dichiarazione UE-Turchia, comunicato stampa del Consiglio europeo, 18 marzo 2016. In argomento: O. CORTEN, *Accord politique ou juridique: Quelle est la nature du 'machin' conclu entre l'Ue et la Turquie en matière d'asile?*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 10 giugno 2016; M. DEN HEIJER, T. SPIJKERBOER, *Is the EU-Turkey refugee and migration deal a treaty?*, in *EU Law Analysis*, 7 aprile 2016; C. FAVILLI, Nel mondo dei “non-accordi”. Protetti sì, purché altrove, in *Questione*

sulle migrazioni (i cosiddetti *migration compacts*)⁹⁶, e il *Memorandum of Understanding* tra Italia e Libia⁹⁷.

L'impatto pratico (e giuridico) di queste attività informali e non trasparenti non deve essere sottovalutato. La stipulazione di accordi internazionali in forma controversa ha come conseguenza quella di oscurare l'assetto costituzionale e istituzionale europeo⁹⁸. Il pluralismo istituzionale, e così il principio di leale cooperazione, sono piegati dagli Stati membri a discapito delle altre Istituzioni, così da distorcere le relazioni tra il Parlamento europeo, il Consiglio e la Commissione⁹⁹.

Le numerose attività di esternalizzazione, sopra brevemente esaminate, sono utilizzate per eludere la responsabilità in caso di violazioni di diritti fondamentali da parte dell'Unione e degli Stati membri. La pluralità dei soggetti esercitanti la funzione di controllo – statali e non statali, pubblici o privati, interni o esterni all'assetto istituzionale dell'Unione – ha per effetto una segmentazione delle procedure di controllo e una scarsa trasparenza delle diverse fasi, che rendono

giustizia, 2020, pp. 143-154; M. GATTI, *La dichiarazione Ue-Turchia sulla migrazione: un trattato concluso in violazione delle prerogative del Parlamento?*, in *Eurojus*, 11 aprile 2016.

⁹⁶ Commissione europea, *Comunicazione sulla creazione di un nuovo quadro di partenariato con i paesi terzi nell'ambito dell'Agenda europea sulla migrazione*, COM(2016) 385 final. In argomento: F. IPPOLITO, *Compacts di partenariato con Stati di migrazione: "i vestiti nuovi dell'imperatore"?*, in *Federalismi*, 1, 2017, pp. 2-23; C. BAULOZ, *The EU migration partnership framework: an External solution to the crisis*, in *EU Migration Law Blog*, 31 gennaio 2017; N. RESLOW, *Old wine in new wineskins? The EU's migration partnership framework*, in *Junge Wissenschaft im Öffentlichen Recht e.V.*, 2017.

⁹⁷ *Memorandum d'intesa sulla cooperazione nel campo dello sviluppo, del contrasto all'immigrazione illegale, al traffico di esseri umani, al contrabbando e sul rafforzamento della sicurezza delle frontiere tra lo Stato della Libia e la Repubblica italiana*, firmato a Roma il 2 febbraio 2017. In argomento: G. CARELLA, *Il sonno della ragione genera politiche migratorie*, in *SIDIBlog*, 11 settembre 2017; M. MANCINI, *Il Memorandum d'intesa tra Italia e Libia del 2017 e la sua attuazione*, in N. RONZITTI, E. SCISO (a cura di), *I conflitti in Siria e Libia. Possibili equilibri e le sfide al diritto internazionale*, Torino; M. MANCINI, *Italy's new migration control policy: Stemming the flow of migrants from Libya without regard for their human rights*, in *The Italian Yearbook of International Law*, 1, 2018, pp. 259-281.

⁹⁸ Ma anche nazionale, si veda: E. OLIVITO, *The Constitutional fallouts of border management through informal and deformed external action: the case of Italy and the EU*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2020, pp. 112 ss.

⁹⁹ Per tutti, si veda E. CANNIZZARO, *Disintegration through law?*, in *European Papers*, (2016)36.

più complessa l'individuazione del soggetto responsabile della decisione¹⁰⁰. L'extra-territorialità del controllo pone inoltre la questione della giurisdizione, specialmente nel caso di violazioni di diritti fondamentali¹⁰¹. La Corte di giustizia UE ha difatti dichiarato il ricorso per annullamento della dichiarazione UE-Turchia irricevibile per mancanza di giurisdizione¹⁰². Per tale ragione, ovvero per lo scarso potere di controllo che la Corte può (o vuole) esercitare su meccanismi di cooperazione atipici e non formalizzati, la Corte è stata tacciata di «*judicial passivism*»¹⁰³.

3.3. Azioni unilaterali degli Stati e cooperazione multilaterale

Infine, una terza tendenza, quella tra cooperazione multilaterale e sovranazionale in opposizione all'unilateralismo degli Stati membri, è utile a illustrare alcune proposte previste nel Patto. Significativa è anche la circostanza che, nel Nuovo Patto, nessun riferimento è rilevabile ai *Global Compacts* delle Nazioni unite, una iniziativa multilaterale senza precedenti¹⁰⁴.

Se negli ultimi decenni è stato possibile costruire, all'interno dell'Unione, un sistema integrato e complesso di gestione delle migra-

¹⁰⁰ C. COSTELLO, I. MANN, *Border justice: migration and accountability for human rights violations*, in *German Law Journal*, 21, 3020, pp. 311-334. Si veda, per il caso della cooperazione Italia-Libia: C. DI STASIO, *Esternalizzazione delle frontiere: violazione dei diritti umani dei migranti e responsabilità dello stato*, in *Dirittifondamentali.it*, Fascicolo 1/2021, 15 febbraio 2021; F. DE VITTOR, *Responsabilità degli Stati e dell'Unione europea nella conclusione e nell'esecuzione di "accordi" per il controllo extra-territoriale della migrazione*, in *Diritti Umani e Diritto internazionale*, 12, 2018.

¹⁰¹ Per quanto riguarda la dichiarazione UE-Turchia, Van Malleghem ha riflettuto sull'elusione del diritto europeo e sul conseguente sfruttamento delle Istituzioni *al di fuori* del quadro giuridico dell'Unione e, quindi, a discapito della protezione dei diritti fondamentali: P.-A. VAN MALLEGHEM, *La Cour de justice refuse de revisiter la légalité de l'accord UE-Turquie*, in *Cahiers de l'EDEM*, ottobre 2018.

¹⁰² Corte di giustizia dell'Unione europea, 12 settembre 2018, *NF, NG e NM*, Cause riunite C-208/17 P e C-210/17 P, EU:C:2018:705.

¹⁰³ I. GOLDNER LANG, *Towards "Judicial Passivism" in EU Migration and Asylum Law?* in T. ČÁPETA, I. GOLDNER LANG e T. PERIŠIN (a cura di), *The Changing European Union: a critical view on the role of law and courts*, Hart Publishing, 2021 (in corso di pubblicazione).

¹⁰⁴ Per tutti, si veda: J.-Y. CARLIER, F. CRÉPEAU e A. PURKEY, *From the European 'migration crisis' to the Global Compact for Migration: a political transition short on legal standards*, in *McGill Journal of Sustainable Development* 16(2)2020.

zioni, dalla più risalente politica comune, quella dei visti, all'istituzione di Agenzie europee e alla creazione di strumenti di finanziamento dedicati alle politiche di asilo, migrazione e integrazione, nei rapporti tra Stati membri si osservano sia atteggiamenti di chiusura che di aperto contrasto al diritto dell'Unione europea e di taluni diritti fondamentali, incluso il diritto d'asilo.

Gli atteggiamenti di aperta contestazione del diritto e della politica di asilo dell'UE sono evidenti nel caso del già richiamato meccanismo di ricollocazione d'emergenza di richiedenti asilo dalla Grecia e dall'Italia verso i Paesi membri. Fin dalla loro introduzione, le decisioni di ricollocazione sono state aspramente contestate, sia giuridicamente che politicamente, dai Paesi di Visegrád che rifiutavano di ricollocare le loro quote di richiedenti asilo. La persistente e manifesta opposizione di Polonia, Ungheria e Repubblica Ceca al meccanismo, e il loro mancato rispetto dell'obbligo di solidarietà, costituisce una seria minaccia allo stato di diritto nell'Unione e il venire meno al dovere di leale cooperazione¹⁰⁵.

Il ripristino temporaneo dei controlli alle frontiere interne – subordinato alla previa notifica alla Commissione nonché a dei limiti temporali precisi in caso di minaccia grave per l'ordine pubblico o la sicurezza interna di uno Stato membro¹⁰⁶ – è un esempio di propensione verso l'unilateralismo degli Stati membri¹⁰⁷. A partire dal 2015, con il suggerirsi degli attentati terroristici, del rapido aumentare degli ingressi di richiedenti asilo nell'Unione e, infine, con l'affermarsi della crisi sanitaria, gli Stati membri hanno unilateralmente ripristinato i controlli alle frontiere interne senza conformarsi alle regole procedurali del Codice frontiere Schengen; aggirando i limiti e le condizioni stabilite dal diritto dell'Unione, cambiando la base giuridica per la reintroduzione dei controlli, o fondandoli, ogni volta, su giustificazioni diverse,

¹⁰⁵ Si fa qui riferimento alle due note sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea, quella del 6 settembre 2017, *Slovacchia e Ungheria c. Consiglio*, causa C-643/15, EU:C:2017:631, e quella del 2 aprile 2020, *Commissione c. Polonia, Ungheria e Repubblica ceca*, cause riunite C-715/17, C-718/17 and C-719/17, EU:C:2019:761.

¹⁰⁶ Ai sensi degli articoli 25 e seguenti del regolamento 2016/399 del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un codice unionale relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone (codice frontiere Schengen), GU L 77, 23 marzo 2016, pp. 1–52.

¹⁰⁷ In argomento, A. DI PASCALE, Respingimento dello straniero e controlli delle frontiere interne ed esterne nel diritto dell'UE, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 2/2020, pp. 1 ss.

gli Stati membri hanno trasformato un meccanismo temporaneo ed eccezionale in una prassi permanente e ordinaria¹⁰⁸.

La Commissione ha sottolineato a più riprese l'importanza dell'abolizione dei controlli alle frontiere interne, e i "costi" del mal funzionamento di Schengen¹⁰⁹. Anche nel Nuovo Patto – in cui una sezione è consacrata al "corretto funzionamento dello spazio Schengen" – la Commissione afferma che «quanto più a lungo avranno luogo questi controlli, tanto maggiori saranno gli interrogativi sulla loro natura temporanea e proporzionalità»¹¹⁰.

Nella prospettiva dell'integrazione europea, la lettura di questi eventi è tutt'altro che confortante: da un lato, l'unilateralismo degli Stati membri ha per effetto quello di rendere perenne una modalità di gestione emergenziale e per significato quello della mancanza di fiducia reciproca tra Stati membri; in altre parole, il dovere di leale cooperazione è disconosciuto in favore di atteggiamenti di forte chiusura nazionale. D'altro canto, le Istituzioni europee non hanno mai reagito con la fermezza che il diritto europeo pure consentirebbe. Va ricordato che nessuna procedura di infrazione è mai stata iniziata dalla Commissione per possibile violazione del Codice frontiere Schengen; al contrario, le Istituzioni hanno scelto la via *soft* delle raccomandazioni, cercando pazientemente di ripristinare l'ordine, di «tornare a Schengen», in un clima di estrema sfiducia.

Con una recente comunicazione che dipende dal Nuovo Patto, la Commissione ha presentato la sua strategia per uno spazio Schengen senza controlli alle frontiere interne, in cui afferma che fiducia e impegno sono «elementi imprescindibili per il funzionamento dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia»¹¹¹, auspicando che il ricorso ai controlli alle frontiere interne rimanga l'*extrema ratio*.

¹⁰⁸ S. MONTALDO, *The Covid-19 emergency and the reintroduction of internal border controls in the Schengen area: never let a serious crisis go to waste*, in *European Papers*, 2020, pp. 1 ss.

¹⁰⁹ Commissione europea, Comunicazione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo e al Consiglio, *Ritorno a Schengen – Una tabella di marcia*, Bruxelles, 4 marzo 2016, COM(2016) 120.

¹¹⁰ Commissione europea, *Un nuovo patto sulla migrazione e l'asilo*.

¹¹¹ Commissione europea, Comunicazione al Parlamento europeo e al Consiglio, *Strategia per uno spazio Schengen senza controlli alle frontiere interne pienamente funzionante e resiliente*, 2 giugno 2021, COM(2021)277.

4. Considerazioni conclusive

Questa lettura, in parte critica, del Nuovo Patto alla luce delle evoluzioni del diritto europeo e di alcune macro-tendenze che ne caratterizzano lo sviluppo rivela una troppo ampia considerazione, da parte della Commissione, degli interessi dei Paesi membri. Al tempo stesso, la proposta presenta un paradosso: pur andando incontro alle richieste degli Stati membri, emerse principalmente durante le negoziazioni della precedente riforma, in direzione di una modifica del diritto europeo in senso restrittivo, le divergenze di interessi tra gli stessi Stati membri non sembrano superabili da una riforma fondata sull'accumulo di procedure e di costi, destinata a colpire maggiormente e nuovamente i Paesi di frontiera.

La riforma non affronta i veri difetti “di fabbricazione” del Sistema comune di asilo e dello spazio Schengen. Non affronta neppure il problema dell'applicazione efficace del diritto dell'Unione europea. È proprio la scarsa o parziale attuazione da parte dei singoli Stati membri a evidenziare le numerose ambiguità del diritto europeo in questo ambito e a lasciare aperte domande insidiose su *quale sia il ruolo* del diritto europeo, sull'effettività della tutela che lo stesso offre alle persone migranti nonché su quante e quali “zone di non-diritto” esso crea e alimenta¹¹².

La circostanza che asilo e migrazioni siano ambiti di competenza condivisa ha fatto in modo che il diritto europeo si sia sviluppato gradualmente, alternando periodi di formalizzazione (e successiva attuazione a livello nazionale) a periodi di pianificazione piuttosto simbolica. Le priorità evidenziate dalla Commissione nel Patto, in opposizione ai diritti delle persone migranti e in antitesi al principio di solidarietà, non risultano coerenti con il progetto politico dell'integrazione europea. Infatti, le soluzioni prospettate dalla Commissione agiscono sulle conseguenze e non sulle cause della mancanza di solidarietà e di fiducia reciproca tra Stati membri e riposano su una sempre più fragile cooperazione con gli Stati terzi¹¹³.

¹¹² L'espressione «zones de non-droit» appartiene a J-Y. CARLIER e F. CRÉPEAU, *De la crise migratoire européenne au pacte mondial sur les migrations: exemple d'un mouvement sans droit?*, in *Annuaire français de droit international*, LXIII-2017, Parigi.

¹¹³ Si fa qui breve riferimento ai fatti accaduti recentemente a Ceuta e alla circostanza che i Paesi cosiddetti “partner” dell'Unione europea, come appunto il Maroc-

Infine, le derive sovraniste di alcuni Stati membri di certo nuociono all'integrazione europea e al consolidamento di una politica comune dell'asilo e delle migrazioni e mettono in luce l'attuale scarso allineamento di tutti gli Stati membri al comune sistema valoriale europeo, ai sensi dell'articolo 2 TUE. Le soluzioni pragmatiche di contrasto all'immigrazione irregolare, la ricerca di meccanismi di solidarietà flessibili e l'esigenza di inglobare misure emergenziali nel quadro giuridico dell'Unione non sono compatibili con quel sistema valoriale, fondato sulla solidarietà, la fiducia reciproca e i principi dello stato di diritto.

* * *

ABSTRACT

ITA

Questo contributo analizza il Nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo alla luce delle evoluzioni del diritto europeo e di alcune macro-tendenze che ne caratterizzano lo sviluppo. L'odierna proposta di riforma della Commissione europea interviene in un contesto di cicliche crisi, tipico dell'integrazione europea, all'indomani del parziale fallimento di quella presentata nel 2016. Ne emerge una riforma in cui la tutela dei diritti umani dei migranti è posta in relazione alle soluzioni pragmatiche di contrasto all'immigrazione irregolare e di ricerca di meccanismi di solidarietà flessibili. L'esigenza di inglobare le misure emergenziali emerse nel corso degli ultimi anni nel quadro giuridico dell'Unione si confronta, infatti, con le politiche interne degli Stati membri e la necessità di un più efficace coordinamento delle stesse.

EN

This article analyses the New Pact on migration and asylum in light of the evolution of European law and the trends which characterize its development. In the aftermath of the partial failure of the reform advanced in 2016,

co, possono ritornare unilateralmente sugli impegni presi con l'Unione in materia di prevenzione e controllo degli ingressi irregolari. Sul punto, sia consentito rinviare a: E. FRASCA, *Quando la prevenzione dell'immigrazione irregolare si arresta: l'incerta natura e la debole tenuta degli impegni tra Marocco e Unione europea*, in *Sidiblog*, 3 giugno 2021.

the new European Commission's proposals are placed in a context of recurrent crises, typical of the process of integration of the European Union. What emerges is a reform in which the protection of human rights coexists together with pragmatic solutions as well as flexible solidarity mechanisms put forward to curb irregular immigration. If it appears an urgency to incorporate the newly developed emergency measures into the EU legal framework, the Union is confronted with Member States' domestic policies and the need for a more effective coordination.



Costituzionalismo.it

Email: info@costituzionalismo.it

Registrazione presso il Tribunale di Roma

ISSN: 2036-6744 | Costituzionalismo.it (Roma)