



SI  
DI

*Società Italiana di Diritto Internazionale  
e di Diritto dell'Unione Europea*

22

MIGRAZIONI  
E DIRITTO INTERNAZIONALE:  
VERSO IL SUPERAMENTO  
DELL'EMERGENZA?

*XXII Convegno  
Trento  
8-9 giugno 2017*

a cura di  
**Giuseppe Nesi**

EDITORIALE SCIENTIFICA



SIDI  
Società Italiana di Diritto Internazionale e di Diritto dell'Unione Europea

## *Pubblicazioni*

### *Società Italiana di Diritto Internazionale e di Diritto dell'Unione Europea*

1. *La riforma del Diritto internazionale privato italiano* (I Convegno – Roma 1996), Napoli, 1997
2. *Diritto e organizzazione del commercio internazionale dopo la creazione della Organizzazione Mondiale del Commercio* (II Convegno – Milano 1997), Napoli, 1998
3. *Cooperazione fra Stati e giustizia penale internazionale* (III Convegno – Siena 1998), Napoli, 1999
4. *Riforme Costituzionali. Prospettiva europea e prospettiva internazionale* (IV Convegno – Salerno 1999), Napoli, 2000
5. *La Moneta tra sovranità statale e diritto internazionale* (V Convegno – Torino 2000), Napoli, 2001
6. *Il diritto internazionale del mare fra usi antichi e nuove forme di utilizzazione* (VI Convegno – Padova, Treviso, Venezia 2001), Napoli, 2002
7. *L'internazionalizzazione dei mezzi di comunicazione e la sovranità statale* (VII Convegno – Napoli 2002), Napoli, 2003
8. *Ordine internazionale e valori etici* (VIII Convegno – Verona 2003), Napoli, 2004
9. *Le migrazioni. Una sfida per il diritto internazionale comunitario e interno* (IX Convegno – Roma 2004), Napoli, 2005
10. *Regioni e autonomie territoriali nel diritto internazionale ed europeo* (X Convegno – Trieste-Gorizia 2005), Napoli, 2006
11. *Il principio dello sviluppo sostenibile nel diritto internazionale ed europeo dell'ambiente* (XI Convegno – Alghero 2006), Napoli, 2007
12. *I rapporti economici internazionali e l'evoluzione del loro regime giuridico. Soggetti, valori e strumenti* (XII Convegno – Milano 2007), Napoli, 2008
13. *La crisi del disarmo nel diritto internazionale. Nel quarto centenario della morte di Alberico Gentili* (XIII Convegno – Roma 2008), Napoli, 2009
14. *Europa e Mediterraneo. Le regole per la costruzione di una società integrata* (XIV Convegno – Bari 2009), Napoli, 2010
15. *La protezione dei diritti fondamentali. Carta dei diritti UE e standards internazionali* (XV Convegno – Bologna 2010), Napoli, 2011
16. *La tutela dei diritti umani e il diritto internazionale* (XVI Convegno – Catania 2011) Napoli, 2012
17. *L'Unione europea a vent'anni da Maastricht: verso nuove regole* (XVII Convegno – Genova 2012), Napoli, 2013
18. *Diritto internazionale e pluralità delle culture* (XVIII Convegno – Napoli 2013), Napoli, 2014
19. *Il futuro delle organizzazioni internazionali. Prospettive giuridiche* (XIX Convegno – Cormayeur 2014), Napoli, 2015
20. *L'incidenza del diritto non scritto sul diritto internazionale ed europeo* (XX Convegno – Macerata 2015), Napoli 2016
21. *La tutela della salute nel diritto internazionale ed europeo tra interessi globali e interessi particolari* (XXI Convegno – Parma 2016), Napoli, 2017

SIDI  
Società Italiana di Diritto Internazionale  
e di Diritto dell'Unione Europea

**MIGRAZIONI E DIRITTO INTERNAZIONALE:  
VERSO IL SUPERAMENTO DELL'EMERGENZA?**

*XXII Convegno*  
Trento  
8-9 giugno 2017

a cura di  
**Giuseppe Nesi**

EDITORIALE SCIENTIFICA

*Proprietà letteraria riservata*

© Copyright maggio 2018

Editoriale Scientifica s.r.l.  
Via San Biagio dei Librai, 39  
80138 Napoli  
ISBN 978-88-9391-391-1

## INDICE-SOMMARIO

<i>Presentazione</i>	9
PASQUALE DE SENA	
<i>Introduzione</i>	11
GIUSEPPE NESI	
GIUSEPPE SCIORTINO	
Le tensioni strutturali del regime europeo dell'asilo in prospettiva storica	17

### PRIMA SESSIONE

#### **Le politiche migratorie: una comparazione di casi studio e le loro interazioni con il diritto internazionale**

MARYELLEN FULLERTON	
A Settler Society Makes Its Own Rules: The United States, Mass Migration & International Law	39
CRISTIANO D'ORSI	
South Africa, Land of Immigration? Legal and Policy Reflections	75

### SECONDA SESSIONE

#### **Le migrazioni dal punto di vista di Stati e istituzioni internazionali**

##### *L'Europa di fronte alle migrazioni di massa*

ALESSANDRA LANG	
Cittadino dell'Unione e straniero, libera circolazione delle persone e immigrazione: una matrice dalle molte combinazioni	99
SALVATORE FABIO NICOLOSI	
Testing European Values Beyond Emergency: The Right to International Protection and Its Impediments	119

ILARIA OTTAVIANO		
	Il controllo delle segnalazioni nello Schengen Information System II: alcune questioni in relazione alla collaborazione fra giudici di Stati diversi	143
ROSSANA PALLADINO		
	Il trattenimento dei migranti all'epoca dell'emergenza: misura eccezionale o (quasi) regola?	181
	<i>La responsabilità degli Stati nella gestione delle migrazioni</i>	
FRANCESCA DE VITTOR		
	Responsabilità degli Stati e dell'Unione europea nella conclusione e nell'esecuzione di "accordi" per il controllo extraterritoriale della migrazione	205
STEFANO DOMINELLI		
	La protezione diplomatica del rifugiato nei 2006 Draft Articles della Commissione di diritto internazionale: criticità e possibili proposte	231
ANDREA SACCUCCI		
	Il divieto di espulsioni collettive di stranieri in situazioni di emergenza migratoria	251
	<i>Verso nuove soluzioni giuridiche della questione migratoria</i>	
ELISA RUOZZI		
	La dichiarazione di New York del 2016 sui rifugiati e migranti fra aspetti giuridici e sociologici: una finta partenza nella gestione dei massive movements?	281
CHIARA DI STASIO		
	Le recenti misure dell'Unione europea per uscire dalla crisi migratoria: criticità irrisolte e prospettive future	299
FRANCESCO AGNELLO		
	The Trust Fund for Africa: An Emergency Tool to Address the Root Causes of Irregular Migration?	325
FEDERICO FERRI		
	La gestione dei flussi migratori nel quadro delle politiche UE di aiuto allo sviluppo: criticità e paradossi	357

## TERZA SESSIONE

## Le migrazioni dal punto di vista dei soggetti privati

*Le rotte dei migranti*

MARTINA GUIDI	
La nuova guardia costiera e di frontiera europea e i vecchi problemi di tutela dei diritti umani fondamentali	377
LUIGI PROSPERI	
La tratta di migranti in Libia come crimine contro l'umanità: prospettive per la repressione sul piano nazionale e internazionale	403
CAROLA RICCI	
I "corridoi umanitari" aperti grazie a <i>sponsor</i> privati: quale base giuridica in Europa?	425

*Le condizioni dei migranti*

FRANCESCA IPPOLITO	
La vulnerabilità come criterio emergente per una maggiore tutela del migrante nel contenzioso internazionale	447
STEFANO ANGELERI	
Healthcare of Undocumented Migrants Framed as a <i>Right to Emergency Treatment</i> ? The State of the Art in European and International Law	467
HEIDI GILCHRIST	
Higher Education as a Human Right and the Refugee Crisis	483

*Il minore migrante*

CARMELO DANISI	
Il principio del preminente interesse del minore in ambito migratorio: verso una convergenza?	507
CHIARA RAGNI	
<i>Status civitatis</i> e interesse del minore: limiti alle politiche migratorie degli Stati membri dell'Unione europea	531

ANNITA LARISSA SCIACOVELLI

La protezione dei minori stranieri non accompagnati  
in Europa alla luce delle criticità rilevate  
dalla Corte di Strasburgo: fra *asylum acquis*,  
proposte di riforma dell'UE e Legge "Zampa"

551

#### QUARTA SESSIONE

#### **La distinzione tra rifugiato e migrante economico: una dicotomia da superare?**

*Relazione introduttiva*

BRUNO NASCIBENE

579

GIUSEPPE CATALDI

La distinzione tra rifugiato e migrante economico:  
una dicotomia da superare

585

FULVIO VASSALLO PALEOLOGO

Migranti economici tra principio di legalità  
e discrezionalità amministrativa

603

ELSPETH GUILD

The UN's Engagement with: Unsafe, Disorderly  
and Irregular Migration

623

*Conclusioni*

MARCO GESTRI

645

#### APPENDICE

*Organi direttivi della SIDI*

679

## PRESENTAZIONE

Il XXII Convegno della Società italiana di Diritto internazionale e di Diritto dell'Unione europea, svoltosi presso l'Università di Trento nei giorni 8 e 9 giugno 2017, si è intitolato "Migrazioni e diritto internazionale: verso il superamento dell'emergenza".

A 12 anni dal Convegno di Roma, anch'esso dedicato al fenomeno delle migrazioni ("Le migrazioni. Una sfida per il diritto internazionale comunitario e interno"), la scelta del tema è parsa giustificata per la sua enorme attualità, e per la portata, nuova e drammatica, delle questioni che esso implica oggi, sul piano giuridico internazionale ed europeo, nonché delle loro ricadute sul piano interno.

La pluralità dei livelli, normativi, politici, economici ed operativi, interessati dalle suddette questioni si riflette chiaramente nella varietà delle figure coinvolte (fra le quali, funzionari internazionali e molti Colleghi, italiani o stranieri, spesso non riconducibili agli ambiti disciplinari propri della Società) e nella complessa articolazione degli interventi che hanno dato corpo al Convegno. Questi ultimi, malgrado la varietà dei motivi cui risultano ispirati, appaiono, peraltro, riconducibili, in misura significativa, alla prospettiva di fondo in cui si sono svolti i lavori; e cioè, all'idea secondo la quale i movimenti di popolazioni non possono più considerarsi come una circostanza contingente, ma, piuttosto, come una delle cifre essenziali del momento storico in corso e dei tempi a venire.

Il Convegno di Trento, pur iscrivendosi nella tendenza, di recente largamente invalsa, ad approfondire argomenti trasversali riguardo alle diverse "anime" scientifiche della Società, si è caratterizzato, altresì, per due profili piuttosto peculiari, che vanno qui ricordati. Si tratta anzitutto del respiro interdisciplinare, forse ancora più marcato che in precedenti occasioni, analogamente concernenti temi suscettibili di aperture ad impostazioni metodologiche, ovvero ad angoli visuali diversi, rispetto a quelli tipici del nostro lavoro di giuristi, studiosi del Diritto internazionale o del Diritto dell'Unione europea. Si tratta poi dell'amplissimo spazio riservato a relatori, scelti col metodo della *call for papers*, e degli ampi spazi di dibattito, che si sono creati nel quadro delle diverse sessioni, animate e coordinate da studiosi più giovani, e largamente partecipate anche da studiosi più maturi. Indipendentemente dalle diverse opinioni che si abbiano, sia sul metodo della *call* (quale metodo primario, se non

generalizzato, di selezione dei relatori), che su quello delle sessioni parallele, si può dunque ritenere che essi (metodi) abbiano ben funzionato, contribuendo, in modo rilevante, all'ottima riuscita dei lavori, anche sul piano della vivacità del confronto fra i partecipanti.

Val la pena di rilevare che il merito di tutto ciò è da ascrivere interamente a Giuseppe Nesi – Vice-Presidente della Società per il 2016-2017 – e al nutrito gruppo di Colleghi più giovani, che lo hanno affiancato nell'ideazione e nella concreta, articolata realizzazione del Convegno. Anche in questo caso, il ringraziamento è tutt'altro che di maniera, se si considerano la sensibilità e la disponibilità con cui il Vice-Presidente ha sempre proceduto, nel corso del periodo di gestazione dell'iniziativa in seno al Consiglio direttivo; l'impegno da lui profuso, che si è aggiunto ai suoi impegni istituzionali (in qualità di Preside del Dipartimento "Facoltà di Giurisprudenza" dell'Università di Trento); la capacità di gestire una "macchina" complessa, e di reperire le risorse necessarie a metterla in moto, in un momento di estrema difficoltà per l'Università italiana.

Pasquale De Sena  
Segretario generale della SIDI

## INTRODUZIONE

Giuseppe NESI\*

### **Perché un convegno sulle migrazioni?**

Quando a Parma, nel corso del XXI convegno annuale della Società Italiana di Diritto Internazionale e Diritto dell'Unione europea (SIDI), fummo invitati a organizzare il successivo convegno non avemmo dubbi nel proporre all'Assemblea della SIDI di trattare a Trento il tema delle migrazioni. E ciò nonostante fossimo ben consci che "Le migrazioni: una sfida per il diritto internazionale, comunitario ed interno" era stato il titolo del IX convegno annuale svoltosi a Roma nel 2004.

Perché allora riproporre a poco più di dieci anni di distanza la trattazione del medesimo argomento, seppure in una diversa ottica? In realtà, è sufficiente scorrere l'indice del volume del convegno di Roma del 2004, e i testi delle eccellenti relazioni e interventi pronunciati in quella sede e pensare a quanto accaduto successivamente per rendersi conto che il tema delle migrazioni aveva conosciuto in un breve lasso di tempo degli stravolgimenti a livello internazionale, europeo e interno.

Le cosiddette "primavere arabe" e i gravi disordini e i conflitti armati da esse scaturiti, oltre a causare seria instabilità all'interno di numerosi Stati, hanno moltiplicato in maniera esponenziale il numero dei migranti soprattutto nel bacino del Mediterraneo. Allo stesso tempo, l'allargamento dell'Unione europea tra il 2004 e il 2007 ha ampliato a numerosi nuovi Stati l'applicazione delle norme europee, con i conseguenti diritti e obblighi a loro carico, anche nel settore delle migrazioni. Negli ultimi anni, inoltre, alcuni (pochi) tra gli Stati membri dell'Unione hanno dovuto affrontare con strumenti e strutture spesso non adeguati flussi migratori di portata eccezionale.

In questo contesto, la scelta del tema delle migrazioni per il XXII convegno annuale della SIDI derivava dalla diffusa convinzione che studiare il fenomeno migratorio oggi nel mondo, in Europa, ma anche e for-

\* Professore ordinario di Diritto internazionale, Università degli Studi di Trento, Vicepresidente della Società Italiana di Diritto Internazionale e di Diritto dell'Unione Europea (2016-17).

se soprattutto in Italia, non era mai stato così importante. E se, da internazionalisti, questo ci appariva di tutta evidenza dal punto di vista giuridico, in quanto cittadini europei e, verrebbe da dire, esseri umani, l'importanza e l'urgenza del tema risultavano incontestabili anche in una prospettiva etica e pratica.

Nonostante a volte si tenda a dimenticare che il fenomeno migratorio ha natura globale e affonda le proprie radici nella storia dell'umanità, è difficile negare che, in questo particolare momento storico e per le ragioni sopra ricordate, l'Europa è sottoposta a una forte pressione migratoria che probabilmente non ha eguali nel suo recente passato. Si tratta di una pressione che interessa in primo luogo il Mediterraneo e il confine sudorientale del continente, come ben sappiamo, ma che dispiega i propri effetti nell'intera Europa. Sono effetti chiaramente visibili fino ad essere tangibili: visibili nel mare solcato da barconi carichi di migranti, visibili nelle stazioni e per le strade delle nostre città, visibili negli affollatissimi centri di accoglienza, visibili ai confini interni ed esterni dei Paesi membri lungo cui si accalcano persone desiderose di raggiungere la propria famiglia o in cerca di un futuro per sé e per i propri figli che auspicano migliore di quello che avrebbero nei loro Paesi d'origine, visibili e forse anche troppo visibili a causa dei toni allarmistici assunti dai mass media e, troppo spesso, dai nostri rappresentanti.

Ma sono anche effetti più nascosti, ma non per questo meno rilevanti. Basti pensare ai rischi che una gestione emergenziale, poco ponderata e poco concertata del fenomeno migratorio pone per la tenuta del progetto europeo. All'interno dell'Unione la posizione degli Stati è molto diversificata. Per alcuni di essi questa inedita pressione migratoria è un fenomeno storicamente noto, per altri è nuovo e numericamente, per ora, trascurabile. Proprio in questi ultimi, in modo forse paradossale, l'opinione pubblica è largamente schierata su posizioni di netto rifiuto rispetto ai doveri giuridici e talvolta soprattutto etici di accoglienza e di solidarietà. Atteggiamento che appare in contraddizione con le richieste di sostegno e di risorse dei fondi europei da parte delle popolazioni e delle autorità di quegli stessi Paesi. Proprio per questa ragione, non si può dare per scontato che il contrapporsi degli interessi tra i vari Stati membri non possa in futuro avere ripercussioni anche gravi sul modo in cui intendiamo l'Europa – ed è questa una prima domanda che da esperti di diritto internazionale e diritto dell'Unione europea dobbiamo porci.

Le domande sono in realtà numerose e non tutte di così vasto respiro; e molte di esse dipendono dal fatto che in questo contesto politico frammentato le soluzioni giuridiche e le prassi adottate dagli Stati e dalle organizzazioni internazionali sembrano essere improvvisate e inefficaci,

come purtroppo accade allorché ci si trova a gestire qualsiasi fenomeno in via emergenziale. Si pensi per esempio al modo in cui nuove rotte migratorie si creano in stretta correlazione con le soluzioni giuridiche di volta in volta individuate dall'Unione e dagli Stati membri. È quanto accaduto, ad esempio, con le numerose modifiche del tracciato della cosiddetta rotta balcanica in relazione ai tentativi degli Stati europei interessati, ripetuti nel tempo, di chiudere le frontiere orientali. Le barriere costruite dalla Grecia nel 2012, dalla Bulgaria nel 2014 e dall'Ungheria l'anno successivo hanno portato i migranti a tracciare nuovi percorsi e addirittura all'apertura di una "rotta artica" nel 2015.

Quel che è peggio è che le soluzioni europee non sono solo, in genere, scarsamente efficaci. In taluni casi esse paiono anche porsi in contrasto con alcuni principi fondamentali del diritto internazionale, oltreché con i tanto sbandierati valori fondativi dell'Unione europea, come il principio di non refoulement, o il divieto di trattamenti inumani e degradanti e più in generale il rispetto dei diritti fondamentali. Da qui anche i numerosi interventi dei giudici nazionali ed europei che sono sempre più di frequente chiamati a valutare il rispetto delle norme sulla tutela dei diritti fondamentali nel settore delle migrazioni nel quadro di un crescente nervosismo dell'opinione pubblica che, in una contingenza economica difficile, non si fa scrupolo ad indicare nei migranti i responsabili delle odierne difficoltà.

Alla luce di ciò, resta però forte l'impressione che questo infelice stato di cose non sia soltanto il risultato di fattori economici, culturali e sociali di portata storica, ma dipenda anche dall'approssimativa o insufficiente regolazione giuridica del fenomeno migratorio. Si individuano da un lato soluzioni apparentemente innovative che però, dall'altro, si pongono in contrasto con i principi fondamentali dell'ordinamento e seguono una logica securitaria di gestione dell'emergenza. E di conseguenza nessuna o scarsa considerazione pare ricevere il principio di solidarietà tra i Paesi membri dell'Unione europea al fine di ripartire in modo equo, condiviso ed efficace i costi e le responsabilità.

A livello universale, la preoccupazione per la carenza di risposte adeguate alle migrazioni e la consapevolezza che un'ottica emergenziale non potrà favorire un'adeguata trattazione del fenomeno ha indotto le Nazioni Unite a promuovere la dichiarazione di New York sulle migrazioni, adottata all'unanimità dai Capi di Stato e di governo nel settembre 2016. Si trova in quel documento l'impegno a rispondere al fenomeno migratorio nel "full respect for international law and international human rights law, and where applicable, international refugees law and international humanitarian law". La dichiarazione di New York ha sensibilizza-

to tutti gli Stati membri dell'ONU sul tema delle migrazioni e ha dato il via a un negoziato che dovrebbe portare all'adozione alla fine del 2018 del *Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration* e del *Global Compact on Refugees*.

### Questo volume

Proprio dall'inconfutabile dato secondo cui ha prevalso negli ultimi anni una trattazione emergenziale del fenomeno migratorio ha preso le mosse il XXII convegno della SIDI, la cui struttura è riprodotta, per quanto possibile, in questo volume.

Alla luce della rilevanza dell'interazione del diritto con altre discipline e della necessità di esaminare il fenomeno in diversi contesti geografici, il volume si apre con un esame di tipo sociologico e una ricostruzione storica delle tensioni strutturali del regime europeo dell'asilo e prosegue con una comparazione delle politiche migratorie adottate dagli Stati Uniti e dal Sudafrica, casi studio particolarmente significativi. Il tentativo di comprendere l'impatto della logica emergenziale sulle migrazioni avvalendoci anche di altre discipline e l'allargamento dell'orizzonte a contesti geografici ulteriori, quali l'Australia, risultano ancora più chiaramente da altri interventi svolti durante il convegno, e per i quali si rinvia alla pagina internet dello stesso.<sup>1</sup>

Allorché si è trattato d'individuare i temi giuridici principali che attingono alle politiche migratorie, si è ritenuto opportuno suggerire una distinzione tra diversi punti di vista, quello di chi attua queste politiche, e quello di chi le subisce. Questa distinzione ha ispirato le due macrosezioni parallele nelle quali sono stati raccolti gli interventi relativi al punto di vista delle istituzioni e degli Stati e a quello dei soggetti privati. Nel primo gruppo di capitoli, a loro volta raccolti in sezioni dedicate alla reazione dell'Europa alle migrazioni di massa, alla responsabilità degli Stati nella gestione delle migrazioni e a possibili soluzioni giuridiche della questione migratoria, sono state esaminate da un lato le interpretazioni o le trasformazioni cui sono andati incontro principi, istituti e dinamiche tradizionali del diritto internazionale come tutela dei diritti fondamentali, cittadinanza, asilo, protezione diplomatica, cooperazione giudiziaria; dall'altro, alcune innovazioni introdotte in settori quali la cooperazione allo sviluppo, l'istituzione di fondi fiduciari, la tutela della si-

<sup>1</sup> All'indirizzo <<http://webmagazine.unitn.it/evento/giurisprudenza/18645/xxii-convegno-annuale-sidi>>.

curezza. Nella macro-sezione riguardante il punto di vista dei soggetti privati, a sua volta articolata in “rotte dei migranti”, “condizione dei migranti” e “minore migrante”, sono invece stati approfonditi gli aspetti concernenti quelle categorie di migranti ritenuti particolarmente vulnerabili, la qualificazione del traffico di migranti come crimine contro l’umanità, il tema dei corridoi umanitari, il diritto alla tutela della salute, il diritto all’istruzione.

L’organizzazione di questa parte del convegno, e oggi del volume, è stata estremamente impegnativa, ma anche motivo di soddisfazione e di orgoglio, dal momento che costituisce il risultato di una *call for papers* di successo, all’esito della quale abbiamo selezionato 21 proposte tra le quasi 80 ricevute dall’Italia e dall’estero e quasi tutte provenienti da giovani cultori della materia. Sono queste le sessioni in cui sono più chiaramente emerse, secondo quanto auspicato, realistiche e costruttive proposte volte a superare l’ottica emergenziale in vista di soluzioni ordinate, corrette e conformi al diritto del fenomeno delle migrazioni.

L’ultima parte del volume è dedicata a quello che è fin da subito sembrato uno degli aspetti più salienti del dibattito, politico prima ancora che giuridico, e cioè la distinzione tra migrante economico e rifugiato. Su tale distinzione si incentra il discorso sull’opportunità e dunque sulla necessità giuridica dell’accoglienza dei migranti per cause economiche. Dai contributi di quest’ultima sessione emerge che se il diritto internazionale non vuole svolgere il ruolo del servitore degli interessi della politica è bene che gli internazionalisti, nella loro veste di studiosi di diritto internazionale – pubblico e privato –, di diritto dell’Unione europea e di organizzazione internazionale, riflettano seriamente sulla legittimità, sulla praticabilità e sugli effetti di tale distinzione.

### **Ringraziamenti**

Sia qui permesso ringraziare, oltre all’Università degli Studi di Trento e alla Facoltà di Giurisprudenza che ha messo a disposizione i locali e le strutture in cui il convegno di Trento si è svolto, i relatori e tutti coloro che hanno partecipato al convegno, chi questo convegno ha generosamente sostenuto, e in primo luogo la Provincia Autonoma di Trento e il suo Presidente, il dott. Ugo Rossi, nonché la Regione Autonoma Trentino Alto Adige Südtirol. Nel corso di un colloquio nel quale abbiamo presentato l’iniziativa è stato di grande conforto avere conferma che il sostegno a questo incontro di studiosi provenienti da tutto il mondo s’inseriva in un impegno che la Provincia Autonoma di Trento ha as-

sunto da anni con piena consapevolezza dei rischi, anche politici, che questo comporta. Non è peraltro un caso che a Trento e nella provincia da tempo operino fianco a fianco e con grande successo istituzioni pubbliche, organizzazioni non governative, associazioni ed enti che hanno al centro della loro attività proprio l'assistenza ai migranti e ai richiedenti asilo. E non è un caso che l'Università degli Studi di Trento anch'essa ormai da anni, nelle sue articolate componenti e in diversi settori, dedichi enorme attenzione allo studio dei fenomeni migratori, promuovendo iniziative, conducendo ricerche, pubblicando i risultati di queste ricerche e coinvolgendo anche molti studenti in molteplici attività di assistenza, anche di tipo giuridico, ai migranti.

Un importante contributo è venuto da ITAS, nel quadro della cooperazione instaurata da anni con la Facoltà di Giurisprudenza, e dalla Fondazione Cassa di Risparmio di Trento e Rovereto.

Il convegno ha potuto contare anche sul sostegno dell'Editoriale Scientifica, della Giappichelli Editore, della Cacucci e della Giuffrè Editore. A loro va il nostro sentito ringraziamento.

Da un punto di vista organizzativo e scientifico, i ringraziamenti, non di rito, sono per i colleghi Antonino Ali, Elena Fasoli, Marco Pertile, e per i più giovani dottorandi Chiara Antoniazzi, Iotam Andrea Lerer, Isabella Oldani, Luca Poltronieri Rossetti e, soprattutto, per il dottor Paolo Turrini, che oltre ad avere con il gruppo di Trento curato con particolare dedizione, grande generosità e con profonda competenza la progettazione e la struttura del convegno, ha anche coordinato le varie fasi della pubblicazione di questo volume. Non è retorica dire che senza il loro impegno costante e attento sarebbe stato impossibile organizzare il convegno e pubblicarne gli atti.

Grazie a Giorgia Sartori che, insieme al personale della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Trento, è stata come di consueto preziosa negli aspetti amministrativi dell'organizzazione del convegno.

Infine, ma non per questo meno importante, un sentito ringraziamento al pittore Andrea Boato, che ha graziosamente permesso la riproduzione nelle locandine e nelle brochure del convegno di due sue splendide opere che, con strumenti espressivi diversi dalle parole ma non per questo meno efficaci, dicono molto sul tema delle migrazioni.

## LE TENSIONI STRUTTURALI DEL REGIME EUROPEO DELL'ASILO IN PROSPETTIVA STORICA

Giuseppe SCIORTINO\*

SOMMARIO: 1. La società moderna è una società poco mobile. – 2. Le lontane radici del regime dell'asilo. – 3. Il cambiamento dei sistemi migratori europei. – 4. La nascita del regime internazionale dell'asilo. – 5. Tutto inizia in Germania. – 6. Un regime europeo per l'asilo. – 7. Cosa è successo negli ultimi anni? – 8. Conclusioni.

La «crisi dei rifugiati» ha dominato le prime pagine dei giornali per quasi tre anni. Negli ultimi mesi, con la sostanziale chiusura del corridoio turco (marzo 2016), e di quello libico (luglio 2017), l'attenzione è leggermente scemata. Ma la «crisi» è lungi dall'essere conclusa. La tenuta degli accordi coi paesi confinanti, che hanno garantito la forte riduzione dei flussi, è lungi dall'essere garantita. In ogni caso, i paesi europei dovranno per lungo tempo affrontarne gli effetti. Non tanto in termini di profilo demografico delle popolazioni straniere, che – incredibile ma vero – gli afflussi di rifugiati hanno modificato solo parzialmente, quanto per i cambiamenti che questa ha innestato nelle opinioni pubbliche e nei sistemi dei partiti in un ampio numero dei paesi europei. Quasi dovunque, infatti, la crisi dei rifugiati ha accelerato, e condensato, l'agonia delle culture politiche tradizionali, favorendo sia la nascita di nuove formazioni sia la metamorfosi di molte di quelle sinora sopravvissute (Brubaker 2017, Moffitt 2017). Ne è scaturito un clima dove, a prescindere dai contenuti delle analisi, avanzare qualunque riflessione pubblica sul tema delle migrazioni implica mettere in conto l'alta probabilità di ritrovarsi coinvolti in un qualche tipo di zuffa.

E questo a maggior ragione quando si parla di rifugiati, cioè di coloro che hanno diritto – al contrario dei «normali» migranti «economici» – alla protezione promessa dal diritto internazionale. Da un lato, l'attivismo umanitario rivendica un obbligo di accoglienza incondiziona-

\* Docente presso il Dipartimento di Sociologia e Ricerca Sociale, Università degli Studi di Trento.

to. Ogni tentativo da parte dei governi di contenere o regolare gli arrivi viene quindi denunciato come moralmente e politicamente illegittimo, il sinistro operare di una «fortezza Europa» arcigna ed egoista. Dall'altro capo dello spettro politico, e con maggiore successo, i rifugiati vengono descritti come degli invasori, masse di fanatici disperati destinati a distruggere lo stato sociale, il mercato del lavoro e la stessa coesione sociale delle società europee. Ambedue le posizioni funzionano molto bene nella polemica politica e nei post su Facebook. Un po' meno nel gestire il mondo reale.

In questa situazione, è quasi inevitabile la tentazione di appiattare l'analisi sull'attualità. Una tentazione, tuttavia, a cui è bene cercare di non cedere. Per cercare di comprendere cosa stia succedendo, e cosa potrebbe succedere, è indispensabile inquadrare il tema delle migrazioni in una prospettiva storica e strutturale (Massey, Arango et al. 1998, Hoerder 2002). La crisi dei rifugiati del 2015-17 è stata infatti solo l'ultimo esempio di una lunga sequenza di «crisi» ed aggiustamenti, alcune delle quali, come quella del 1990-93, sono state forse persino più turbolente di quella attuale. I rifugiati sono il flusso migratorio più controverso in Europa da diversi decenni. Buona parte delle politiche migratorie europee sono state introdotte (e via via rafforzate) nel tentativo di gestire proprio questo tipo di flussi (Sciortino 2017). Comprendere la natura esatta del problema implica il rischio di dovere accettare che non esistano soluzioni semplici e popolari. Evita, tuttavia, il rischio, ben più gravido di conseguenze, di perseguire cure che siano peggiori del male che pretendono di curare.

### *1. La società moderna è una società poco mobile*

Le migrazioni internazionali sono sicuramente una dimensione cruciale dell'attuale ordine internazionale, una delle espressioni più visibili della crescente interdipendenza tra le regioni del pianeta. Le rimesse degli immigrati sostengono lo sviluppo di molti paesi, veicolando più risorse finanziarie del tradizionale aiuto internazionale (World Bank 2017). Il lavoro straniero è ormai divenuto un pilastro indispensabile in *quasi* tutte le economie sviluppate del pianeta. In sua assenza, interi settori – soprattutto agricoltura, costruzioni e lavoro di cura – cesserebbero semplicemente di esistere nella loro attuale configurazione (Oecd 2017). Per quanto riguarda il nostro paese, si può stimare che circa un terzo della classe operaia della penisola ha una cittadinanza diversa da quella italiana (Saraceno, Sartor et al. 2013).

Nel caso delle migrazioni internazionali, tuttavia, non ritroviamo a livello globale nulla di simile a quanto esiste per le merci e i capitali. Non vi sono trattati internazionali vincolanti, strumenti di risoluzione delle controversie, organismi internazionali capaci di disporre di poteri riconosciuti. Ampia parte delle scelte migratorie sono lasciate alla discrezionalità degli stati. Visto che i flussi migratori si dirigono verso un numero ristretto di economie sviluppate, l'ordine migratorio internazionale è di fatto largamente determinato dalle scelte compiute da un ristretto numero di paesi d'immigrazione quando stabiliscono l'ammissione o meno di potenziali immigrati sul loro territorio (Hollifield, Martin et al. 2014). Gli stati d'immigrazione perseguono attualmente tutti politiche altamente restrittive, finalizzate ad ammettere nel proprio territorio solo una minuscola frazione del numero di potenziali migranti presente sul pianeta. Va inoltre considerato che l'orientamento restrittivo è grosso-modo inversamente correlato con la disponibilità a riconoscere dei diritti agli immigrati che vengono ammessi. Gli stati – generalmente autoritari – che applicano norme apertamente discriminatorie alle condizioni di lavoro e di residenza degli stranieri, come i paesi del Golfo e diversi dei paesi di recente industrializzazione del sud-est asiatico, sono inclini ad ammettere molti più immigrati di quanto non facciano gli stati – generalmente ad ordinamento liberale – che riconoscono agli stranieri diversi diritti, inclusa la possibilità di conseguire nel tempo una residenza permanente e (*per questo?*) sono molto più restrittivi nel consentire gli ingressi (Ruhs 2015).

Nonostante questo orientamento restrittivo, come qualunque ricerca condotta negli ultimi decenni documenta, ampie fasce dell'opinione pubblica (in praticamente tutti i paesi democratici) manifestano preferenze *ancora* più restrittive. Quasi dappertutto, inoltre, le politiche migratorie perseguite dagli stati vengono giudicate inefficaci e inadeguate. Nonostante tale giudizio sia più accentuato in alcuni periodi – come l'attuale – occorre ricordare che tale atteggiamento è comunque fortemente presente persino nei periodi più calmi. In generale, nei paesi democratici e sviluppati del pianeta ci sono sempre molti più immigrati di quanti i cittadini dichiarano di desiderare (a parte naturalmente quando hanno urgente bisogno di una badante, di un manovale o di un nuovo pizzaiolo) e politiche sempre più inefficaci di quanto si pensa dovrebbero essere.

Il fatto è che, se ci si sposta dal punto di vista delle economie sviluppate a quello globale, è difficile non riconoscere che i sistemi di controllo dei paesi d'immigrazione sono, in realtà, non solo altamente restrittivi ma anche in buona misura efficaci (Hollifield, Martin et al.

2014). Nonostante decenni di cicalecci sulla globalizzazione, il multiculturalismo, il meticcio e la fine della capacità degli stati nazionali di controllare i propri confini, appena il 3,3% della popolazione mondiale vive oggi in un paese diverso da quello di nascita. Percentuale in crescita, ma sicuramente non in modo vorticoso: negli ultimi tre lustri, la percentuale di migranti sulla popolazione mondiale è cresciuta dello 0,5%. Né questa crescita è costante e inevitabile: in alcuni periodi recenti, vi sono state diminuzioni anche significative (Abel e Sander 2014). Anche nel caso dei rifugiati, che godono giuridicamente di un diritto alla protezione, è noto come la grande maggioranza di loro sia ospitata attualmente in altri paesi in via di sviluppo, quasi sempre confinanti con lo stato dal quale fuggono. Solo una piccola minoranza di loro è accolta nelle economie sviluppate (UNHCR 2017). Un'ampia frazione della popolazione mondiale probabilmente non prova una particolare voglia di spostarsi, e si astiene dal farlo se possibile. Una parte della popolazione mondiale, tuttavia, lo farebbe volentieri, se solo ne avesse la possibilità. Tale frazione, persino nelle stime più riduttive, è comunque molto rilevante in valori assoluti. Secondo le stime disponibili, il potenziale migratorio contemporaneo – costituito dagli individui che sarebbero seriamente intenzionati a emigrare se solo ne avessero la possibilità – è *almeno* di quattro volte superiore al numero di tutti i migranti sul pianeta (Esipova, Ray et al. 2011). Vi sono al mondo, in altre parole, molte più persone che vorrebbero spostarsi di quante effettivamente riescano a farlo. Vi sono anche pochi dubbi sulla direzione lungo la quale, se potessero, queste persone si sposterebbero. Basta dare uno sguardo al confine tra Messico e Stati Uniti, o tra l'Europa meridionale e i paesi della costa sud del Mediterraneo: le aree più ricche da un lato del confine sono comunque marcatamente più povere delle aree meno ricche che si trovano dell'altra parte (Waldinger 2015). Cosa confermata dai (pochi) sondaggi disponibili condotti nei paesi in via di sviluppo. Che indicano il nord-America come meta più ambita dai potenziali migranti, e i paesi dell'Unione europea come meta successiva (Esipova, Ray et al. 2011).

Contrariamente a quanto si pensa, quindi, confini, passaporti, visti e permessi di soggiorno costituiscono un sistema di controllo della mobilità altamente efficace. Senza il quale, semplicemente, il mondo contemporaneo sarebbe radicalmente diverso da com'è. Con un certo grado di brutalità, sono questi filtri che hanno consentito alla cittadinanza (e alla residenza) di diventare il più importante privilegio ascrivibile dell'epoca contemporanea, il principale fattore globale che governa la stratificazione sociale del pianeta (Milanovic 2012). Tale sistema di controllo è, di fatto, la premessa implicita del funzionamento delle istituzioni politiche

degli stati democratici. Sarebbe difficile concepire una comunità politica democratica che non operi sulla base di una definizione stabile dei confini della stessa comunità. Ancora di più concepire interventi redistributivi, il cosiddetto welfare state, se la platea dei beneficiari fosse radicalmente diversa, e continuamente in movimento, rispetto a quella di chi li finanzia. Si tratta quindi di sistemi forse imperfetti, ma lungi dall'essere inefficaci.

Se tutto ciò è vero, tuttavia, perché i flussi in ingresso sono spesso superiori agli obiettivi dichiarati dai politici (che spesso peraltro hanno orientamenti più espansivi delle opinioni pubbliche degli stessi paesi)? Perché gli stati, particolarmente se ispirati anche solo minimamente a un ordinamento liberal-democratico, generalmente finiscono per accettare sul proprio territorio più migranti di quanti hanno dichiarato (o dichiarato) di desiderare? Per riprendere il titolo di un famoso saggio di qualche anno fa, *Perché gli stati liberali accettano un'immigrazione che non vogliono?* (Joppke 1998).

Per molti settori dell'opinione pubblica, che questo si verifichi implica dire due cose. Che l'immigrazione è qualcosa che viene forzata dall'esterno, e che i loro governi la «subiscono», non si sa se per ignavia o per calcolo. Tale interpretazione è sbagliata ma comprensibile. La risposta che generalmente riceve, invece, è sbagliata e basta. Ogni volta che qualcuno si lamenta dell'immigrazione eccessiva e della scarsa capacità di controllo degli stati, i politici – di un po' tutti gli schieramenti – fanno a gara a sottolineare i vincoli materiali, tecnici o amministrativi. Si dà la colpa ai duemila chilometri di coste, alla (piuttosto inefficiente) organizzazione delle forze dell'ordine, alla mancanza di risorse o alle debolezze del coordinamento europeo. Oppure si coglie l'occasione per fare qualche facile polemica coi giudici. Preparando così la strada all'ennesima promessa che questi limiti verranno finalmente superati con più uomini, nuove leggi, più tecnologie, più finanziamenti.

Vi sono certamente notevoli problemi materiali, tecnici e amministrativi. Nel caso del nostro paese, è difficile negare che un'impostazione più razionale e maggiore competenza tecnica nella stesura delle leggi e dei regolamenti migratori consentirebbe grandi progressi (Colombo e Sciortino 2003, Pastore 2016). Il punto fondamentale, tuttavia, è la necessità di riconoscere che le difficoltà del controllo migratorio hanno a che fare con alcune tensioni strutturali che derivano dalla natura stessa delle società contemporanee sviluppate. Che sono, come è noto, società differenziate, dove sfere di vita distinte convivono, ognuna sulla base di logiche di funzionamento e meccanismi di regolazione propri e largamente indipendenti, in un equilibrio quasi mai facile (Luhmann 2012).

Ai fini del problema qui discusso, due di queste tensioni sono particolarmente rilevanti:

- Quella tra la politica, regolata dal riferimento a una comunità territoriale, e l'economia, regolata invece da un sistema di prezzi.
- Quello tra la politica, che si legittima sulla base di un riferimento particolaristico, comunitario, e il diritto, che si legittima sempre più frequentemente in riferimento a criteri via via più universalistici (Luhmann 2013).

La prima tensione è fondamentale per comprendere le condizioni di possibilità delle migrazioni di lavoratori, attraverso programmi di reclutamento o, come negli ultimi decenni in Europa, attraverso catene migratorie spesso irregolari. Queste sono possibili non perché non vi siano abbastanza guardie di frontiera, ma perché i mercati del lavoro convertono l'irregolarità giuridica in un fattore di riduzione del costo delle prestazioni. Ma è la tensione tra le scelte restrittive dei governi e l'operare del diritto che spiega perché il successo dei provvedimenti di espulsione sia, in tutta Europa, limitato e i meccanismi di controllo del territorio e dei luoghi di lavoro poco pervasivi, rendendo possibile lo sviluppo di sistemi irregolari di discrete dimensioni (Cvajner e Sciortino 2010). La tensione strutturale tra diritto e politica, a cui saranno dedicate le prossime pagine, è ancora più centrale nel caso dei rifugiati. Questi sono forse la prova migliore del fatto che i vincoli principali delle politiche migratorie non sono geografici o tecnici, ma hanno a che fare col funzionamento stesso dei regimi liberali. Coloro che nel 2015 sbarcavano sulle spiagge greche, o quelli che tuttora giungono – sia pur con numeri molto ridotti – sulle spiagge siciliane, sono infatti tutto meno che «clandestini». Non eludono i controlli di frontiera. Non cercano di passare inosservati, anzi al contrario spesso attirano l'attenzione sul loro arrivo. Nel giungere sul territorio, peraltro, non compiono alcun reato. Se potessero, sceglierebbero spesso di non avvalersi delle misure di sostegno offerte.

Il loro arrivo, in altre parole, non è dovuto al fatto che i controlli non funzionano. È dovuto alla loro capacità di esercitare un diritto riconosciuto, che pone vincoli precisi a quello che l'Italia, o ogni altro paese europeo, può fare per fermarli. Vincoli che derivano dalle conseguenze pratiche dei valori incorporati nelle nostre costituzioni, nei trattati internazionali e nei nostri sistemi giuridici, nonché dal complesso di norme, formali e informali, e sensibilità, esplicite ed implicite, che costituiscono l'ossatura della civiltà europea per come noi la conosciamo. Da quello che si può definire come liberalismo strutturale (con una brutta traduzione dell'anglosassone *embedded liberalism*). Se i sistemi di controllo esistenti non riescono a impedire questi arrivi, non è sicuramente per colpa

del multiculturalismo. Ancora meno per il cosmopolitismo dell'élite. Molto più banalmente, è perché precise norme giuridiche lo impediscono.

Queste norme, peraltro, non sono particolarmente nuove. Derivano da una tradizione liberale che si è sviluppata nell'arco di diversi secoli (Sciortino 2017). Alcune sono state codificate nell'ottocento negli ordinamenti nazionali dei principali paesi liberali e successivamente (alla luce dei disastri della prima metà del novecento) convertite in una serie di accordi internazionali. Altre sono state introdotte decenni fa proprio per stabilizzare il continente europeo. Altre ancora sono divenute necessarie nel corso del processo di coordinamento tra gli stati europei. Una breve ricostruzione di questo processo può contribuire ad evidenziare uno dei paradossi dell'attuale dibattito in Europa: i diffusi, e peraltro assai esagerati, timori per i pericoli che la diversità culturale dei rifugiati comporterebbe per l'identità europea, rappresentano spesso un pericolo ben maggiore per la sopravvivenza di questa identità del fenomeno che temono. Molte delle proposte avanzate in questi anni per «difendere l'Europa» dal pericolo costituito dai migranti, ricordano infatti quell'ufficiale che affermò che l'unico modo di salvare il villaggio di Bén Tre era stato raderlo al suolo.

## *2. Le lontane radici del regime dell'asilo*

Le migrazioni forzate esistono almeno da quanto esiste il potere politico. Solo nei primi decenni dell'ottocento, tuttavia, emerge in Europa l'idea che l'asilo non dovrebbe essere un atto discrezionale giustificato dalla ragione di stato, bensì un diritto dello straniero, parte naturale e integrante di un ordinamento liberale. All'epoca, se aveva la pelle bianca, chi fuggiva poteva facilmente trasferirsi sul territorio di un altro stato, visto che non c'erano praticamente controlli sugli ingressi (Torpey 1998, Bade 2000). «Protezione», in un contesto di mobilità libera, voleva dire essere sicuri di non essere estradati nel paese dal quale si era fuggiti. La prima forma moderna di diritto d'asilo è quindi l'introduzione di norme che vietano l'estradizione dei rifugiati. Vengono introdotte per la prima volta in Francia nel 1832, e successivamente in Belgio (1833), Olanda (1849), Regno Unito (1870), Stati Uniti (1875) e Svizzera (1892). Alla fine dell'ottocento, questo principio è considerato una parte integrante di ogni ordinamento liberale, un requisito per potersi considerare parte del mondo civilizzato. Sono queste norme a rendere possibile l'epopea romantica degli esuli nazionali, anarchici e socialisti, Mazzini e Marx a

Londra, Pisacane e Lenin a Zurigo, Herzen e Manin a Parigi, gli esuli polacchi dappertutto. Sottotetti fumosi, attività cospiratorie e *Addio Lugano Bella*.

Nel corso dell'ottocento, questa congruenza di liberalismo interno ed esterno, di diritti dei cittadini e diritti dei perseguitati, sembra un naturale sviluppo dello spirito dei tempi. In realtà, era tutto il contrario: era in controtendenza rispetto ai processi che stavano trasformando la struttura stessa della società globale. Questi avrebbero aumentato la domanda di ingressi (da alcune aree) e ridotto l'offerta (in altre). A partire dall'ottocento assistiamo infatti a una crescita straordinaria delle diseguglianze tra le aree del pianeta, all'avvento delle guerre totali e al diffondersi di aspettative globali di mobilità sociale. Fattori che determinano una forte crescita della domanda di ingressi. Contemporaneamente, nei paesi liberali, si verificano i processi di nazionalizzazione delle masse (che richiedono un qualche privilegio dei nativi sui nuovi arrivati), di democratizzazione (e le opinioni pubbliche sono, come si è visto, molto raramente espansive in materia di immigrazione) e la nascita del welfare state (che, al contrario del mercato, è per definizione chiuso). In altre parole, le trasformazioni che compongono la società moderna aumentano il potenziale migratorio e, a al tempo stesso, riducono le possibilità di movimento. Sarà solo con la rivoluzione russa, quando i flussi di profughi diventano un fenomeno di massa e i controlli sugli ingressi sono ormai pervasivi, che si scoprirà come liberalismo interno e liberalismo esterno possono facilmente entrare in collisione (Gatrell 2013).

### *3. Il cambiamento dei sistemi migratori europei*

I sistemi di controllo migratorio che oggi consideriamo scontati appaiono, o vengono resi sistematici, in tutti i principali paesi europei solo all'inizio della prima guerra mondiale. Passaporti, visti di ingresso, autorizzazioni al lavoro, registrazione obbligatoria degli stranieri presenti sul territorio: assenti o marginali prima del 1914, endemici e indispensabili dopo. Questi strumenti, inizialmente considerati temporanei, sono infatti parte integrante del processo di nazionalizzazione delle masse, fortemente accelerato dal numero crescente di cittadini che sono divenuti (o diverranno presto) elettori e che sono (o sono stati) soldati. I limiti all'ingresso degli stranieri, e l'impegno a garantire che la loro presenza sul mercato del lavoro sia raramente concorrenziale, rappresenta una parte importante delle prime ondate di politiche sociali. La crisi economica deprime la domanda di lavoro straniero e rende i posti di lavoro un bene

scarso. Nel nuovo quadro post-liberale, si assume che ogni paese debba fare del proprio meglio per riservarli ai propri cittadini. Il mercato del lavoro sostanzialmente libero che aveva caratterizzato l'epoca precedente viene rapidamente sostituito da una struttura segmentaria di mercati del lavoro nazionali i cui accessi sono adesso controllati per via politica. Tale tensione, tuttavia, resta poco visibile sin quando la rotta atlantica può funzionare come sfogo di ultima istanza.

Quando, tra il 1921 e il 1924, gli Stati Uniti introducono vincoli stringenti ai nuovi ingressi, il sistema migratorio europeo conosce un cambiamento radicale. Per la prima volta dall'inizio dell'Europa moderna, i vincoli all'uscita dei potenziali emigranti sono molto meno rilevanti dei vincoli all'ingresso dei potenziali immigrati.

Allo stesso tempo, tuttavia, la prima guerra mondiale segna anche l'inizio di una crescita marcata della domanda di ammissione. Gli esuli e i rifugiati ottocenteschi hanno nel frattempo ceduto il passo alla moderna figura del rifugiato, grandi numeri di individui perseguitati non per quello che hanno fatto, e neanche per quello in cui credono, ma semplicemente per quello che si pensa siano. Ai quali si aggiungono i milioni di individui che fuggono dalle conseguenze degli esperimenti sociali novecenteschi in cui si incarna lo *jus reformandi* dei nuovi sovrani collettivi. La prima metà del novecento europeo è, per usare l'espressione di Michael Marrus, il «secolo dei rifugiati» (Marrus 1985). Tutto comincia con la rivoluzione russa e la destabilizzazione dell'impero ottomano, ambedue processi che producono milioni di persone in fuga (una minoranza fortunata, rispetto a coloro che non sono riusciti a fuggire). Quando il regime sovietico si consolida, vi sono milioni di rifugiati russi negli stati confinanti, lungo un arco che va dall'estremo oriente all'Europa occidentale. Altri milioni di membri delle minoranze dell'ex-impero ottomano sono egualmente dispersi nei paesi confinanti. Ambedue i gruppi versano quasi ovunque in condizioni precarie, guardati con sospetto dalle popolazioni locali. I governi che li ospitano temono l'elevata presenza tra loro di soldati e donne sole. Sono in gran parte poveri, e con poche prospettive in mercati del lavoro asfittici. Soprattutto, sono privi di documenti, visto che hanno perso la nazionalità del paese da cui sono fuggiti. Questo non era mai stato un problema per i profughi ugonotti, gli emigranti che fuggivano dalla rivoluzione francese, per Mazzini o Bakunin. Ma lo è diventato nel nuovo mondo post-bellico, dove l'assenza di identità certificate equivale alla carenza di qualunque protezione, nonché di ogni possibilità di muoversi verso i paesi che sono ancora disponibili ad accogliere nuovi immigrati. I rifugiati si trovano così costretti a continue sequenze di ingressi irregolari, permanenze precarie, ed espulsioni

multiple. Cosa che crea inevitabilmente tensioni tra gli stati confinanti, rischiando di incrinare il già fragile equilibrio tra i regimi politici post-bellici.

Visto che la regolazione unilaterale dei flussi di rifugiati mostra rapidamente le corde, sarà la Lega delle nazioni a lanciare, nel 1921, un primo coordinamento internazionale in materia di asilo, creando un alto commissariato per i rifugiati. Si tratta di una struttura molto diversa dalle attuali. Il suo mandato è ristretto a un solo gruppo (i rifugiati russi, anche se verrà successivamente esteso ad armeni e caldei) ritenuto meritevole di protezione su basi collettive. I suoi obiettivi sono favorire il rimpatrio oppure il trasferimento dei rifugiati in quei paesi che siano disponibili ad accoglierli, mentre non ha poteri per quanto riguarda il trattamento dei rifugiati nei paesi che li ospitano «temporaneamente». L'autonomia dagli stati che lo finanziano è minima. Ciò nonostante, le azioni del commissariato forniscono ai rifugiati almeno un'identità certificata, e con questa una possibilità di esplorare un trasferimento altrove (Long 2013).

Alla fine degli anni '20, l'opinione prevalente è che il peggio sia dietro le spalle, e che i limiti dell'organizzazione messa in piedi dalla Lega delle Nazioni verranno lentamente superati col tempo e il progresso della civiltà. Si registrano infatti diversi tentativi di giungere ad accordi internazionali che proteggano i rifugiati anche nei paesi in cui si trovano. Nel 1933, ad esempio, una proposta di convenzione prevede l'obbligo per gli stati contraenti del *non-refoulement*, cioè il divieto per gli stati riceventi di negare l'ingresso a chi fugge da situazioni di pericolo. Nel 1938 una proposta simile verrà avanzata per gli ebrei che fuggono dalla Germania. Nessuno di questi tentativi raggiungerà anche solo le firme di dieci paesi. Negli stati liberali, che prevedono già clausole di *non-refoulement* nei loro ordinamenti, si attiverà anzi un rigore ancora maggiore nell'impedire ai rifugiati di farvi ingresso, in modo che non possano avvalersene. Il destino degli esuli ebrei, quasi sempre rifiutati dai paesi nei quali cercheranno asilo, mostrerà tutti i limiti di questo regime.

#### 4. La nascita del regime internazionale dell'asilo

È il momento di fare un altro salto in avanti nel tempo, al periodo tra il 1945 e il 1951. In Europa, le nuove costituzioni post-belliche tornano ad allineare liberalismo interno ed esterno. Scritte da persone che spesso hanno conosciuto l'esilio in prima persona, prevedono tutte norme molto generose sull'asilo (quella italiana è all'articolo 10). La dichiarazione dei diritti umani dell'ONU stabilisce un diritto d'emigrazione, senza tuttavia

prevedere un diritto di immigrazione. Si può uscire, ma non si ha diritto ad entrare. La stessa convenzione, tuttavia, prevede un regime diverso per coloro che fuggono dalle persecuzioni. Per loro, al contrario che per i migranti, un diritto di ingresso e di permanenza viene esplicitamente riconosciuto. Nasce così un regime duale di regolazione della mobilità internazionale, che lascia ampia discrezionalità agli stati riceventi nell'ammettere o meno i migranti, mentre riduce fortemente questa discrezionalità nel caso dei rifugiati. Sulla carta, la distinzione tra rifugiati e migranti è del tutto chiara. Nelle biografie personali e nelle vicissitudini storiche, molto meno.

Dal punto di vista degli europei di quegli anni, questa distinzione appare marginale. Nel 1945, l'Europa occidentale è un continente in rovina, dove sono insediati in condizioni precarie decine di milioni di stranieri che ricadono nelle più diverse categorie (rifugiati, apolidi, *displaced persons*, espulsi, reduci ed esuli). Ai quali si aggiungono ulteriori decine di milioni di persone che, all'interno dei singoli paesi coinvolti nel conflitto, non si pensa possano essere assorbiti dai mercati del lavoro dell'epoca. Insieme, compongono quella che il discorso ufficiale dell'epoca definisce discretamente come «popolazione in eccesso», gente che va urgentemente trasferita da qualche altra parte pena la messa in pericolo della stabilizzazione del continente. Presto diviene anche chiaro che il rimpatrio non può risolvere il problema: un buon numero degli stranieri presenti in Europa occidentale rifiuta ogni prospettiva di rimpatrio verso i paesi del blocco sovietico, dove li aspetterebbe, come peraltro è effettivamente successo a coloro che sono stati rimpatriati coattivamente subito dopo la fine della guerra, una brutta fine. Occorre quindi trovare un modo per favorire l'emigrazione della popolazione in eccesso verso paesi terzi. Non sorprende che, per almeno un decennio, gli stati dell'Europa occidentale siano tra i principali sostenitori mondiali della libertà di movimento e dell'esigenza di un regime internazionale di protezione delle migrazioni, forzate o meno. Molte delle norme oggi esecrate, hanno le loro radici proprio in questa intensa attività diplomatica degli stati europei.

Come arrivare a questo risultato? L'International Labour Organization, uno dei pochi frutti non avvelenati del trattato di Versailles, convoca nel 1951 a Napoli una conferenza internazionale dove propone l'adozione di un regime internazionale che regoli il movimento dei migranti a qualunque titolo (salvo naturalmente i non-bianchi, che sono ancora sudditi coloniali). Nessuno dei paesi potenzialmente riceventi è tuttavia disposto ad approvarla. Alla conferenza successiva, a Bruxelles, si giunge a una mediazione incentrata su sei punti: (1) rifugiati e migranti

sono due specie distinte; (2) i rifugiati hanno diritto alla protezione, i migranti no; (3) questa protezione interviene solo e soltanto quando gli espulsi si trovano all'esterno del paese che li perseguita; (4) il diritto va provato individualmente, non, come in precedenza, su basi collettive; (5) i rifugiati avranno diritto a non essere discriminati rispetto agli stranieri regolarmente presenti e, in molte fattispecie, agli stessi cittadini; (6) ai rifugiati non si applicano le eventuali sanzioni previste per ingressi sul territorio non conformi alla normativa; (7) nessun paese può respingere o deportare uno straniero che si troverebbe in pericolo nel paese in cui viene respinto o deportato. Sono gli elementi portanti della *convenzione relativa allo statuto dei rifugiati*, impropriamente conosciuta anche come convenzione di Ginevra.

Con essa nasce l'attuale regime internazionale dell'asilo, forse imperfetto ma decisamente più robusto di quello che regola qualunque altro flusso migratorio oggi esistente (con l'eccezione delle regole europee sulla libertà di movimento dei cittadini comunitari, che i trattati, e le interpretazioni degli stessi da parte delle corti, renderanno decisamente liberali, a prezzo di non pochi conflitti). Rappresenta un importante tassello della rinascita post-bellica nonché un importante elemento identitario, nell'epoca della guerra fredda, che distingue il mondo libero da quello che libero non è. La convenzione è all'inizio diretta esclusivamente a facilitare la stabilizzazione del continente europeo: i firmatari assumono impegni solo per i rifugiati *europei* già divenuti tali prima della firma della convenzione stessa. Sarà solo nel 1967, quando il processo di decolonizzazione e le esigenze della guerra fredda lo richiederanno, che questi vincoli saranno rimossi, rendendo globale l'ambito di applicazione. Democrazia interna e liberalismo esterno risultano di nuovo (grossomodo) allineati, questa volta su scala planetaria.

Per molto tempo, a parte il 1956 e il 1968, il termine rifugiato porterà alla mente quasi soltanto i malcapitati vittime dello *ius reformandi* dei nuovi sovrani, in Asia e Africa. Quasi nessuno dei quali arriva in Europa. I pochi rifugiati che riescono a fuggire dal blocco comunista vengono generalmente accettati con orgoglio. Lo stesso coloro che fuggono dalle dittature latino-americane. Il problema, per quanto riguarda l'Europa, sembra risolto. Negli anni '70, molti paesi europei lanciano persino delle iniziative volte a fare arrivare in Europa dei (modesti) contingenti di rifugiati selezionati direttamente nei campi profughi del sud-est asiatico.

Col senno di poi, è facile accorgersi che questa situazione in Europa si basava su una serie di importanti condizioni geopolitiche: l'efficacia della cortina di ferro, la fame di lavoratori stranieri durante i trenta anni

gloriosi del miracolo economico europeo (molti dei quali avrebbero potuto qualificarsi *anche* come rifugiati ai sensi della convenzione), i frequenti ostacoli all'emigrazione dai paesi post-coloniali, la guerra fredda che teneva le opinioni pubbliche in ostaggio dell'esigenza di mostrare fattivamente la solidarietà del mondo libero (o, viceversa, dell'internazionalismo proletario). Quando, dopo la crisi petrolifera, i paesi europei decidono di limitare l'immigrazione, si accorgono rapidamente che il numero dei potenziali rifugiati potrebbe presto facilmente superare quanto sembra economicamente e politicamente disponibile. È in questo momento che emergono per la prima volta le tensioni che definiscono tuttora il regime migratorio europeo.

### *5. Tutto inizia in Germania*

Generalmente, l'attuale situazione migratoria europea viene ricondotta al crollo della cortina di ferro e alla fine dell'epoca bipolare (Miles, Thranhardt et al. 1995). Cosa solo parzialmente vera. Le politiche dell'asilo europee, cosa che all'epoca vuol dire nord-europee, cominciano a scricchiolare prima, negli anni '80. I numeri crescono, dalle decine alle centinaia di migliaia. Soprattutto cambia la percezione dei rifugiati. Qui bisogna chiarirsi: non è affatto detto che i rifugiati attuali siano effettivamente «diversi» da quelli che popolavano l'Europa in rovina, tra il '17 e il miracolo economico. Ma vengono sicuramente percepiti in modo diverso. Spesso non sono europei. Fuggono da conflitti che appaiono incomprendibili, alieni alle fratture politiche europee. Immaginare un loro ritorno in patria al cessare degli eventi bellici è arduo, visto che provengono da conflitti pluridecennali e apparentemente insolubili (si pensi all'Afghanistan o all'Eritrea). Spesso non sono né cristiani né socialisti. Molto spesso sono poveri, con difficoltà a inserirsi nel mercato del lavoro asfittico dell'Europa post-shock petrolifero.

La Germania, alle prese con l'improvviso arrivo di gruppi di Tamil dallo Sri Lanka, è il primo paese che sviluppa, nei primi anni '80, una politica che si propone di salvare l'idea dell'asilo come un diritto individuale, rendendo tuttavia più difficile la possibilità del suo esercizio. Questo può essere fatto soltanto riducendo il numero di potenziali richiedenti asilo che riescono a entrare sul territorio del paese ricevente. Si introduce quindi l'obbligo di visto per i cittadini di quel paese. Peccato che subito dopo la DDR, che all'epoca esiste ancora, cominci a pubblicizzare sui giornali locali la possibilità di arrivare a Berlino est senza visto. In modo da fare, qualche minuto dopo, domanda a Berlino ovest.

Occorrerà un accordo con la DDR che, in cambio di generosi contributi, uniformi le politiche dei due stati. In altre parole, ci si accorge che questa politica può funzionare solo se adottata in modo coordinato dagli stati contigui. I tamil sono la scintilla che porterà al regime europeo dell'asilo, come variante specifica di quello internazionale. I cambiamenti geopolitici dell'89, e la guerra in Jugoslavia, renderanno la costruzione di questo regime decisamente urgente.

#### 6. *Un regime europeo per l'asilo*

L'esigenza del coordinamento regionale a fini di controllo dei movimenti dei profughi diventa l'architrave degli accordi di Schengen (libera circolazione all'interno in cambio di maggiori controlli verso l'esterno) e di Dublino (il primo stato europeo attraversato da un richiedente asilo è responsabile della sua protezione). È la nascita di quello che in gergo si chiama regime europeo dell'asilo. Che verrà messo immediatamente alla prova negli anni tra il 1989 e il 1993, quando i numeri delle domande di asilo in Europa supereranno le 600.000. Questo regime salverà il principio dell'asilo come diritto individuale, e riuscirà a migliorare sensibilmente le condizioni del suo esercizio in molti paesi europei. Ma ridurrà anche sensibilmente i numeri dei rifugiati grazie all'uso sistematico degli obblighi di visto per i paesi produttori dei rifugiati, l'introduzione di sanzioni ai vettori, il rafforzamento dei controlli di frontiera. La sua architrave è la politica di visto, che segue una logica abbastanza trasparente: è particolarmente severa verso i paesi produttori di potenziali rifugiati, è relativamente tollerante nei confronti dei paesi dai quali provengono lavoratori irregolari, soprattutto se stagionali o temporanei (Finotelli e Sciortino 2013). Soprattutto, si comincerà a fare un ricorso sistematico ai doveri dei «primi» paesi sicuri, responsabili delle domande di asilo di coloro che li attraversano.

Si tratta di riforme controverse, ma sicuramente efficaci: il numero di domande d'asilo in Europa, dopo il picco del 1991-92, scende sotto le 200.000 domande annue. Molti sono i chiamati, pochi gli eletti. L'asilo esce di nuovo dalle prime pagine dei giornali.

Passata la crisi, i governi firmano solennemente l'impegno, a Tampere nel 1999, a dare vita a un'*area comune di libertà, sicurezza e giustizia*, dove gli stati, adottando una politica migratoria comune, perseguiranno un'implementazione *piena e inclusiva* della convenzione di Ginevra e un rispetto scrupoloso della sua clausola di *non-refoulement*. È la consacrazione di un regime che implementa contemporaneamente un

orientamento liberale e una restrizione fattuale alla possibilità di farvi ricorso (Apap 2004).

La stabilità di questo regime si basa tuttavia su due presupposti geopolitici destinati ad incrinarsi. Il primo è la disponibilità dei paesi confinanti con l'UE a fare la loro parte, magari utilizzando il loro essere non troppo liberali, per prevenire arrivi di massa alle frontiere esterne dell'Unione. Disponibilità, come quella della DDR, che deve sempre essere negoziata in modo più o meno nobile (Pastore e Sciortino 2001). Tanto più che il regime europeo produce inevitabilmente proprio in quei paesi un folto gruppo di potenziali rifugiati «in orbita», già fuori dal proprio paese ma privi di qualunque prospettiva d'inserimento, anche solo a medio termine, nei paesi di transito. Il secondo è interno al sistema stesso: l'accordo di Dublino è una tipica politica di *beggar-thy-neighbor*, quelle che vengono spesso tradotte in italiano come politiche rubamazzo. Dopo Schengen (1985), infatti, i «primi» paesi sicuri sono, in linea di principio, solo quelli che presiedono i confini esterni dell'Unione. Cioè proprio i paesi che hanno una tradizione minore nella gestione dell'asilo (l'Italia ha aderito pienamente alla convenzione di Ginevra solo nel 1990), un'infrastruttura più fragile e un'esperienza di gestione dell'immigrazione più recente e controversa. Nessuno dei paesi tradizionalmente ricettori di rifugiati, al contrario, è un primo paese di asilo. Quelli che vengono chiamati in Europa «primi paesi sicuri» sono, dal punto di vista dei rifugiati, soprattutto paesi di transito. Sono solo gli accordi di Dublino a renderli paesi di insediamento.

Visto che gli accordi di Dublino non prevedono alcuna forma vincolante di condivisione dei costi e nessuno schema di redistribuzione dei rifugiati sul territorio europeo, il regime europeo dell'asilo produce inevitabilmente una tensione tra paesi esterni ed interni. Si veda il caso degli stati «esterni» con frontiere marine. Se non pattugliano le acque del Mediterraneo, si rendono responsabili di migliaia di morti. Se lo fanno riportando coloro che si trovano sui natanti nel paese, generalmente assai poco liberale, da cui provengono sono (giustamente) condannati dalla Corte europea (sentenza *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, 2012). Se li salvano portandoli nelle proprie acque territoriali, come durante l'operazione Mare nostrum, vengono accusati di favorire l'immigrazione irregolare. Né questo dilemma si esaurisce all'arrivo sul territorio: se i paesi esterni rispettano le regole europee ed identificano i migranti sbarcati, diventeranno responsabili delle loro domande di asilo (nonché di ciò che avviene quando si cerca di identificare coattivamente grandi numeri di individui che fanno attivamente resistenza). Se non lo fanno, consentendo loro di fatto di recarsi in altri paesi europei per presentare la domanda, diven-

tano responsabili della violazione delle regole di Dublino, e sono sanzionabili in base a queste (sia l'Italia sia la Grecia sono oggetto di una procedura di infrazione su questi temi).

### 7. Cosa è successo negli ultimi anni?

Facciamo un altro salto nel tempo, per arrivare agli ultimi anni. La Libia è uno stato fallito, e gli altri paesi della sponda sud non stanno troppo bene. La crisi mediorientale è cresciuta di intensità, con cinque milioni di rifugiati nei paesi confinanti (Turchia, Libano e Giordania). Paesi relativamente poveri che hanno altissime percentuali di rifugiati sulla popolazione. E che ricevono dalla cooperazione internazionale molto meno di quello che sarebbe necessario. Chi si scandalizza dei contributi finanziari richiesti dal governo turco come parte dell'accordo del 2016, avrebbe fatto meglio a scandalizzarsi negli anni precedenti, quando i paesi confinanti la Siria sono stati lasciati molto soli nell'affrontare volumi di arrivi assai superiori a quelli che hanno sconvolto l'Europa nel 2015. Col prolungarsi del conflitto e in assenza di adeguati finanziamenti (le richieste di finanziamento dell'UNHCR per la crisi siriana nel 2014 vengono soddisfatte al 40%), la situazione peggiora ulteriormente. Non è sorprendente che la mobilità dei rifugiati verso l'Europa nel 2015 sia aumentata. Sarebbe stato, al contrario, sorprendente se non l'avesse fatto.

Il problema è che questi cambiamenti geopolitici si sono scontrati con un sistema europeo dell'asilo che ha risposto solo rafforzando l'approccio adottato più di venti anni prima. Quando, nel 2013, la Corte europea di giustizia ha stabilito (giustamente) che la Grecia non poteva essere considerata un «paese sicuro» perché non garantiva standard minimi di accoglienza ai rifugiati che vi arrivavano, l'ha trasformata immediatamente in un paese di transito *de jure*. Ne è seguito l'aumento dei flussi e la rincorsa tra stati europei a costruire muri coi propri vicini. Lungi dall'essere sorprendente, questo esito è stato una mera conseguenza delle regole di Dublino.

La crisi è stata (temporaneamente?) risolta ricorrendo nuovamente al principio del primo paese sicuro, grazie all'accordo con la Turchia, e – con molta più difficoltà – a un'ulteriore esternalizzazione dei controlli, nel caso della Libia. Dato il fallimento del pur minimale piano di redistribuzione dei rifugiati tra i paesi europei, questo processo era sostanzialmente inevitabile.

## *8. Conclusioni*

La «crisi dei rifugiati» che ha assorbito l'Europa negli ultimi anni non è un evento imprevisto e misterioso. È piuttosto l'epifania delle tensioni strutturali che sottendono il regime internazionale dell'asilo sin dalla sua nascita, e che rimangono lungi dall'essere risolte. È un elemento fondamentale dell'ordinamento liberale, che sconta tuttavia un'endemica ed elevata impopolarità tra gli elettorati degli stessi stati liberali. Le ragioni del diritto e quelle della politica sono inevitabilmente in tensione, cosa che richiede inevitabilmente una certa dose di ipocrisia per essere gestita. Nella sua variante europea, questa tensione viene gestita mantenendo una visione liberale dell'asilo come diritto soggettivo abbinata a pratiche di controllo che restringono fattualmente la possibilità di molti dei potenziali beneficiari di quel diritto a potervi effettivamente fare ricorso. Si tratta inevitabilmente di una strada stretta, che rischia costantemente di ridurre i diritti a mera retorica o i meccanismi di controllo a mere finzioni. Una strategia quindi facilmente criticabile. Se non fosse che le alternative rischiano di essere peggiori.

*Bibliografia*

- Abel, G. J. e N. Sander (2014). "Quantifying Global International Migration Flows." *Science* 343(6178): 1520-1522.
- Apap, J., Ed. (2004). *Justice and Home Affairs in the EU. Liberty and Security Issues after Enlargement*. Cheltenham e Northampton, Edward Elgar.
- Bade, J. K. (2000). *L'Europa in movimento. Le migrazioni dal Settecento a oggi*. Roma-Bari, Editori Laterza.
- Brubaker, R. (2017). "Between Nationalism and Civilizationism: The European Populist Moment in Comparative Perspective." *Ethnic and Racial Studies* 40(8): 1191-1226.
- Colombo, A. e G. Sciortino (2003). *La Legge Bossi-Fini: estremismi gridati, moderazioni implicite e frutti avvelenati*. In *Politica in Italia, 2003*. Bologna, Il Mulino: 195-216.
- Cvajner, M. e G. Sciortino (2010). "Theorizing Irregular Migration: The Control of Spatial Mobility in Differentiated Societies." *European Journal of Social Theory* 13(3): 389-404.
- Esipova, N., J. Ray e R. Srinivasan (2011). *The World's Potential Migrants: Who They Are, Where They Want to Go, and Why It Matters*. New York, Gallup Inc.
- Finotelli, C. e G. Sciortino (2013). "Through the Gates of the Fortress: European Visa Policies and the Limits of Immigration Control." *Perspectives on European Politics and Society* 1.
- Gatrell, P. (2013). *The Making of the Modern Refugee*. Oxford, Oxford University Press.
- Hoerder, D. (2002). *Cultures in Contact: World Migrations in the Second Millennium*. Durham, Duke University Press.
- Hollifield, J. F., P. L. Martin e P. M. Orrenius, Eds. (2014). *Controlling Migration. A Global Perspective*. Stanford, Stanford University Press.
- Joppke, C. (1998). "Why Liberal States Accept Unwanted Immigration." *World Politics* 50(2): 266-293.
- Long, K. (2013). "When Refugees Stopped Being Migrants: Movement, Labour and Humanitarian Protection." *Migration Studies* 1(1): 4-26.
- Luhmann, N. (2012). *Theory of Society*, Stanford University Press.
- Luhmann, N. (2013). *A Sociological Theory of Law*, Routledge.
- Marrus, M. (1985). *The Unwanted: European Refugees in the XX Century*. New York, Oxford University Press.
- Massey, D. S., J. Arango, G. Hugo, A. Kouaouci, A. Pellegrino e J. E. Taylor (1998). *Worlds in Motion. Understanding International Migration at the End of the Millennium*. Oxford, Clarendon Press.
- Milanovic, B. (2012). *Chi ha e chi non ha*. Bologna, Il Mulino.

- Miles, R. e D. Thranhardt (a cura di) (1995). *Migration and European Integration: The Dynamics of Inclusion and Exclusion*. Londra, Pinter.
- Moffitt, B. (2017). "Liberal Illiberalism? The Reshaping of the Contemporary Populist Radical Right in Northern Europe." *Politics and Governance* 5(4): 112-122.
- OECD (2017). *International Migration Outlook*. Parigi, OECD.
- Pastore, F. (2016). "Zombie Policy: politiche migratorie inefficienti tra inerzia politica e illegalità." *il Mulino* 65(4): 593-600.
- Pastore, F. e G. Sciortino (2001). *Tutori lontani. Il ruolo degli Stati d'origine nei processi d'integrazione degli immigrati*. Roma, Commissione per le politiche d'integrazione degli immigrati.
- Ruhs, M. (2015). *The Price of Rights: Regulating International Labor Migration*. Princeton, Princeton University Press.
- Saraceno, C., N. Sartor e G. Sciortino, Eds. (2013). *Stranieri e diseguali*. Bologna, Il Mulino.
- Sciortino, G. (2017). *Rebus immigrazione*. Bologna, Il Mulino.
- Torpey, J. (1998). "Coming and Going: On the State Monopolization of the Legitimate 'Means of Movement'." *Sociological Theory* 18(3): 239-259.
- UNHCR (2017). *Global Trends. Forced Displacement in 2016*. Ginevra, UNHCR.
- Waldinger, R. (2015). *The Cross-Border Connection. Immigrants, Emigrants, and Their Homelands*. Cambridge, Harvard University Press.
- World Bank (2017). *Migration and Development Brief*. Washington DC, World Bank.



PRIMA SESSIONE

**LE POLITICHE MIGRATORIE:  
UNA COMPARAZIONE DI CASI STUDIO E LE LORO  
INTERAZIONI CON IL DIRITTO INTERNAZIONALE**



**A SETTLER SOCIETY MAKES ITS OWN RULES:  
THE UNITED STATES,  
MASS MIGRATION & INTERNATIONAL LAW**

Maryellen FULLERTON\*

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. Geographical and Historical Context. – 2.1. Geographical Setting. – 2.2. Historical Context. – 3. Legal Framework. – 3.1. Arrivals. – 3.2. Emergency Arrivals.– 3.2.1. Overseas Refugee Process. 3.2.2 Asylum at the Borders. – 3.3. Immigration Procedures. – 3.3.1. Affirmative Asylum Process. – 3.3.2. Defensive Immigration Proceedings. – 3.3.3. Expedited Removal. – 4. “Crisis” at the Border. – 4.1. Unaccompanied Child Migrants. – 4.2. Central American Minors (CAM) Refugee Program. – 5. Refugees Versus Economic Migrants. – 6. Distinctive Elements of the U.S. Immigration System. – 7. Interplay between Domestic and International Law. – 8. Assessment.

*1. Introduction*

Mass migration is a common phenomenon in the twenty-first century. More than 244 million individuals were international migrants in 2015,<sup>1</sup> as more than three percent of the global population crossed State borders in search of safety and opportunity and livelihood.<sup>2</sup> Moreover, mass migration is increasing: there has been a forty percent increase in the number of international migrants since 2000.<sup>3</sup> As more people leave their homelands and enter other societies, the international dimensions loom large. Nonetheless, the international law of migration is underdeveloped and undertheorized. Taking the United States of America as a case study, this article highlights the relative paucity of international legal norms regulating migration and the willingness of States to ignore the international norms that exist.

Notions of national sovereignty play an outsized role in migration law. In the name of sovereignty, societies jealously guard the norms and

\* Professor. Brooklyn Law School, New York.

<sup>1</sup> UN SECRETARY GENERAL, *In Safety and Dignity: Addressing Large Movements of Refugees and Migrants*, UN doc. A/70/59, 21 April 2016, p. 4, para. 12.

<sup>2</sup> Ibid.

<sup>3</sup> Ibid.

practices regulating admission of noncitizens. The United States fits this pattern. Indeed, President Trump recently delivered a speech to the U.N. General Assembly in which he repeatedly praised sovereignty, characterized it as the most effective way to advance U.S. interests, and argued that sovereignty should be the guiding principle for international relations.<sup>4</sup> Simultaneously, the Trump Administration has expressed disdain and derision for international law, suggesting that international agreements thwart U.S. interests. On his third day in office, President Trump withdrew the United States from the Trans-Pacific Partnership.<sup>5</sup> Shortly thereafter, he gave formal notice of withdrawal from the Paris Agreement on Climate Change.<sup>6</sup> He has threatened to jettison U.S. participation in NATO,<sup>7</sup> NAFTA,<sup>8</sup> and the Joint Comprehensive Plan of Action regarding Iran's Nuclear Program.<sup>9</sup> Trump's proposed budget would reduce by 30 percent the budget of the U.S. Department of State and the U.S. Agency for International Development.<sup>10</sup> He justifies these radical actions by a simple slogan: "Put America First."<sup>11</sup> In short, the current commitment of the United States to international law and norms is unsteady.

In the political arena, anti-immigrant rhetoric, coupled with appeals to national sovereignty, has been on the ascendency in the United States during recent years. Donald Trump's presidential campaign statements underscored these themes. He blamed immigrants for crime: "When Mexico sends its people, they're ... sending people that have lots of problems, and they're bringing those problems with us [sic]. They're

<sup>4</sup> LANDLER, *Trump Offers a Selective View of Sovereignty in U.N. Speech*, New York Times, 19 September 2017.

<sup>5</sup> Office of the United States Trade Representative, <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2017/january/US-Withdraws-From-TPP>.

<sup>6</sup> SHEAR, *Trump Will Withdraw U.S. from Paris Climate Agreement*, New York Times, 1 June 2017.

<sup>7</sup> DIAMOND, *Trump Scolds NATO Allies Over Defense Spending*, CNN News, 25 May 2017, <http://www.cnn.com/2017/05/25/politics/trump-nato-financial-payments/index.html>.

<sup>8</sup> PRAMUK, *Trump: We'll 'Probably' End Up Terminating NAFTA*, CNBC News, 22 August 2017, [www.cnn.com/2017/08/22/trump-well-probably-end-up-terminating-nafta.html](http://www.cnn.com/2017/08/22/trump-well-probably-end-up-terminating-nafta.html).

<sup>9</sup> BAKER, *Trump Recertifies Iran Nuclear Deal, but Only Reluctantly*, New York Times, 17 July 2017.

<sup>10</sup> SYEED & WADHAMS, *Trump Seeks to Cut State Department, UN for 'America First'*, Bloomberg News, 16 March 2017, [www.bloomberg.com/news/articles/2017-03-16/trump-seeks-to-slash-state-department-un-for-america-first](http://www.bloomberg.com/news/articles/2017-03-16/trump-seeks-to-slash-state-department-un-for-america-first).

<sup>11</sup> *Ibid.*

bringing drugs. They're bringing crimes. They're rapists."<sup>12</sup> He emphasized national self-determination: "It's our right as a sovereign nation to choose immigrants that we think are the likeliest to thrive and flourish and love us."<sup>13</sup>

After winning the 2016 presidential election, Donald Trump continued to call for restrictions on migration. In the name of national security, he issued executive orders limiting migration from six majority-Muslim countries,<sup>14</sup> ordering the construction of a wall on the border between the United States and Mexico,<sup>15</sup> and enhancing the expulsion of immigrants from the interior of the United States.<sup>16</sup> In August 2017, Trump endorsed a new legislative proposal to reduce legal immigration to the United States by 50 percent.<sup>17</sup> These orders and proposals have triggered heated criticism. Litigation in the federal courts has temporarily halted some of the Trump measures restricting immigrants,<sup>18</sup> but the role that the judiciary will play is uncertain.

<sup>12</sup> LEE, *Donald Trump's False Comments Connecting Mexican Immigrants and Crime*, Washington Post, 8 July 2015.

<sup>13</sup> *Transcript of Donald Trump's Immigration Speech*, New York Times, 1 September 2016.

<sup>14</sup> Executive Order 13769, *Protecting the Nation from Foreign Terrorist Entry into the United States*, 27 January 2017, suspended entry of nationals of seven countries (Iran, Iraq, Libya, Somalia, Sudan, Syria, Yemen). Subsequently, Executive Order 13780, 6 March 2017, rescinded and replaced Executive Order 13769 (suspended entry of nationals of Iran, Libya, Somalia, Sudan, Syria, Yemen; did not suspend entry of Iraqi nationals). Presidential Proclamation 9645, *Enhancing Vetting Capabilities and Processes for Detecting Attempted Entry into the United States by Terrorists or Other Public Safety Threats*, was issued 24 September 2017 as the terms of Executive Order 13780 expired. The Proclamation suspended entry of nationals of Chad, Iran, Libya, North Korea, Somalia, Syria, Yemen, and certain government officials of Venezuela. Neither Iraqi nationals, who had been excluded by Executive Order 13769, nor Sudanese nationals, who had been excluded by Executive Order 13780, are excluded by Presidential Proclamation 9645.

<sup>15</sup> Executive Order 13767, *Border Security and Immigration Enforcement Improvements*, 25 January 2017.

<sup>16</sup> Executive Order 13768, *Enhancing Public Safety in the Interior of the United States*, 25 January 2017.

<sup>17</sup> BAKER, *Trump Supports Plan to Cut Legal Immigration by Half*, New York Times, 2 August 2017.

<sup>18</sup> In *Hawaii v. Trump*, 859 F.3d 741 (9th Cir. 2017), the federal appellate court upheld the federal trial court's order temporarily prohibiting the Trump Administration from implementing a travel ban against citizens from Iran, Libya, Somalia, Sudan, Syria, and Yemen and from implementing a halt on all refugee resettlement in the United States. In *International Refugee Assistance Project v. Trump*, 857 F. 3d 554 (4th Cir. 2017), another federal appellate court upheld a similar order. The U.S. Supreme Court has modified the preliminary injunctions, *Trump v. International Refugee Assistance Project*, 137 S.Ct. 2080 (26 June 2017), *Trump v. Hawaii*, 137 S.Ct. 1296 (19 July 2017), and has scheduled argument on the legality of the orders on 10 October

Although the United States proudly calls itself a “nation of immigrants” and has a robust legislative framework regulating migration, U.S. jurisprudence is unusually deferential to the executive and legislative branches of government in immigration matters. Further, judicial opinions declare that neither international law nor U.S. constitutional norms constrain legislative action regarding the admission and expulsion of noncitizens. Indeed, the notorious “plenary power” doctrine holds: “if ... [the legislature] considers the presence of foreigners of a different race ... to be dangerous to its peace and security, ... its determination is conclusive upon the judiciary.”<sup>19</sup> This exception to the theory of judicial review, the cornerstone of the U.S. constitutional framework,<sup>20</sup> has been greatly criticized during the past half century. In recent years the U.S. Supreme Court has slightly retreated from this abnegation of judicial authority in immigration matters, ruling that government exclusion of noncitizens must be grounded on a “facially legitimate and bona fide reason.”<sup>21</sup> Nonetheless, the Supreme Court has continued to insist that immigration matters are “policy questions entrusted exclusively to the political branches of our Government, and we have no judicial authority to substitute our political judgment for that of Congress.”<sup>22</sup>

As a consequence, the “nation of immigrants” is currently embroiled in tumultuous public debate concerning the laws and norms that regulate migration, and the appropriate roles of the branches of government are murky. The United States is facing the contemporary challenges of mass migration in an atmosphere that demonizes migrants and destabilizes international law. The short-term results are hard to predict. However, the present-day pattern is a notable departure from the past. Accordingly, it is essential to look back to history in order to evaluate the role of international law in the migration story of the United States. Even more fundamental, the geographical location of the United States should be our starting point.

2017. For an overview of the complex litigation, see FULLERTON, *Trump, Turmoil, and Terrorism: The U.S. Immigration and Refugee Ban*, in 29 *International Journal of Refugee Law*, 2017, pp. 327-338.

<sup>19</sup> *Chae Chan Ping v United States*, 130 U.S. 581, 606 (1889).

<sup>20</sup> In *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137, 177 (1808) the U.S. Supreme Court struck down legislative and executive action as unconstitutional, ruling that “it is the province of the judiciary to say what the law is.”

<sup>21</sup> *Kleindienst v. Mandel*, 408 U.S. 753, 770 (1972).

<sup>22</sup> *Kerry v. Din*, 135 S.Ct. 2128, 2133 (2015), quoting *Fiallo v. Bell*, 430 U.S. 787, 798 (1977).

## 2. Geographical and Historical Context

### 2.1. Geographical Setting

Refugee law scholars and migration experts often understate the roles that geography and history play in developing national legal frameworks. These dimensions set the context within which each society fashions its migration laws. There is an extensive literature analyzing geographic factors that affect mass migration,<sup>23</sup> which extends beyond the scope of this article. It is important, nonetheless, in a case study of mass migration to the United States to make geographic considerations explicit.

The United States is a continent-wide country, stretching from the Atlantic to the Pacific Oceans. These large bodies of waters form a moat that impedes movements of migrants arriving from the east and the west. Canada, a wealthy, sparsely populated country that reaches to the vast inhospitable Arctic region, forms a land moat along the northern border. To the south, the border with Mexico provides the only land access to the United States. As a result, spontaneous mass arrivals of migrants arrive via the southern border and from nearby islands in the Caribbean. For centuries there has been migration from and through Mexico into the United States, and Donald Trump – with his promises to build a wall – has described the southern border in threatening terms.<sup>24</sup> The larger point, however, is that geography favors U.S. control over migration. The perimeter of the United States is approximately 14,000 kilometers, but the land border with Mexico extends for only 2,000 kilometers.<sup>25</sup>

<sup>23</sup> For example, see CASTLES, DE HAAS, MILLER, *The Age of Migration: International Population Movements in the Modern World*, 5<sup>th</sup> ed., New York, 2013.

<sup>24</sup> *Transcript of Donald Trump's Immigration Speech*, New York Times, 1 September 2016.

<sup>25</sup> *The Perimeter of the United States in Miles*, Free Republic, <http://www.freerepublic.com/focus/f-news/1387555/posts>.

Figure 1  
United States Borders<sup>26</sup>



The natural barriers that impede large flows of migrants from reaching the United States have allowed the United States to establish a migration regime that devotes almost all its border enforcement resources on the Mexican border.<sup>27</sup> The expansive natural barriers have also created the mindset that the United States can physically control most of the migrants who enter the country. While the Trump administration gives voice to the concern that the U.S. border with Mexico is porous, there is no sense that migrants will approach the United States from all directions and physically overwhelm border guards and local residents. Rather the need for most potential migrants to board an airplane or a ship to reach the United States means that migration controls can take place before individuals are allowed on – or

<sup>26</sup> *Map of North America*, <http://www.yourchildlearns.com/online-atlas/north-america-map.htm>.

<sup>27</sup> For example, in 2016, the Border Patrol assigned 17,000 officers to the southern border out of a total of 19,800. *U.S. Border Patrol Agent Staffing by Fiscal Year (as of Oct. 1, 2016)*, <https://www.cbp.gov/sites/default/files/assets/documents/2016-Oct/BP%20Staffing%20FY1992-FY2016.pdf>.

off – the plane or ship.<sup>28</sup> The significance of geography to U.S. migration law cannot be overstated.

## 2.2. Historical Context

The history of the United States has been defined by immigration. School children learn about the courageous economic migrants who arrived in Virginia in 1607, and the English refugees who arrived in Massachusetts via the Netherlands in 1624. The focus is on European immigration to North America, especially the roughly 25 million migrants who arrived from Europe between 1850 and 1930.<sup>29</sup> This was a time of continent-wide expansion and relatively unrestricted migration.<sup>30</sup> The United States saw itself as a settler society – a country of immigrants. The genocide of the Native American peoples and the forced migration of millions of enslaved Africans shipped to the United States did not appear in many of the traditional history books. The European settlers made laws that favored further migration from Europe, and drastically limited migration from China and other Asian nations.

The national mythology lionizes immigrants, but there have been multiple outbreaks of virulent anti-immigrant violence and xenophobia.<sup>31</sup> Nonetheless, the national story praises immigrants, especially those who arrived penniless and went on to build great fortunes<sup>32</sup> – or to win Nobel Prizes.<sup>33</sup> The popular press as well as

<sup>28</sup> For a discussion of the role of visas and screening noncitizens before they embark for the United States, see ALEINIKOFF, MARTIN, MOTOMURA, FULLERTON, *Immigration Law and Citizenship*, 7th ed., St. Paul, 2011, pp. 496-97.

<sup>29</sup> *Legal Immigration to the United States, 1820 – Present*, Migration Policy Institute, migrationpolicy.org/programs/data-hub/us-immigration-trends.

<sup>30</sup> Select Commission on Immigration and Refugee Policy, *U.S. Immigration Policy and the National Interest*, 1981, reprinted in ALEINIKOFF, MARTIN, MOTOMURA, FULLERTON, STUMPF, *Immigration Law and Citizenship*, 8th ed., St. Paul, 2016, pp. 3-16.

<sup>31</sup> *Ibid.*, pp. 5-17; 605-614.

<sup>32</sup> E.g., Scottish-born Andrew Carnegie became one of the wealthiest men in the United States in the 19th century, [www.biography.com/people/andrew-carnegie-9238756](http://www.biography.com/people/andrew-carnegie-9238756). Hungarian-born Andrew Grove became the chairman of Intel Corporation and one of the most influential entrepreneurs of the computer and Internet age. KANDELL, *Andrew Grove Dies at 79; Intel Chief Spurred Semiconductor Revolution*, *New York Times*, 21 March 2016.

<sup>33</sup> E.g., Shuji Nakamura, an immigrant from Japan, won the Nobel Prize in Physics in 2014; Daniel C. Tsui, an immigrant from China, won the Nobel Prize in Physics in 1998; John Charles Harsanyi, an immigrant from Hungary, won the Nobel Prize in Economics in 1994.

primary school textbooks extol the United States as a “country of immigrants,” a country with infrastructure built by immigrants,<sup>34</sup> a country that welcomes brave immigrants seeking economic opportunities and religious freedom. U.S. political discourse demands pro-immigration rhetoric.<sup>35</sup> To be sure, fierce debates swirl around the desirable numbers and qualities of current and future immigrants. But it is beyond question that immigration is a central tenet of the U.S. experience and a continuing public good.<sup>36</sup> Especially important, U.S. history and mythology cast a positive light on economic migrants as well as on those fleeing persecution and violence.

### 3. Legal Framework

#### 3.1. Arrivals

The large continent-wide country surrounded by oceans, the mammoth European migration during the nineteenth and twentieth centuries, and the national myth of the United States as a country of immigration have set the background for mass migration. U.S. immigration law welcomes one million legal immigrants every year.<sup>37</sup> This is roughly the number of asylum seekers who entered Europe in

<sup>34</sup> For example, during the building the transcontinental railroad, Chinese immigrants comprised 90 percent of the workforce of the Central Pacific Railroad. MOTOMURA, *Americans in Waiting: The Lost Story of Immigration and Citizenship in the United States*, Oxford/New York, 2006, p. 16.

<sup>35</sup> For example, a media firestorm erupted in August 2017 when Stephen Miller, one of Donald Trump’s White House staffers, disputed the pro-immigration significance of the Statue of Liberty in New York harbor. SAMSEL, *Yes, Statue of Liberty Poem Is Linked to Immigration, Says Poet’s Biographer*, USA Today College, 3 August 2017.

<sup>36</sup> For example, the Center for Immigration Studies (CIS), one of the leading groups advocating restrictions on immigration to the United States, bills itself as “low immigration, pro-immigrant.” <https://cis.org/>. The Southern Poverty Law Center labeled the CIS a hate group in 2017, <https://www.splcenter.org/hatewatch/2017/03/23/hate-groups-center-immigration-studies-want-you-believe-they%E2%80%99re-mainstream>, a charge the CIS has disputed. See Amy Sherman, *Is the Center for Immigration Studies a Hate Group, as the SPLC Says?* Politifact Florida, 22 March 2017, <http://www.politifact.com/florida/article/2017/mar/22/center-immigration-studies-hate-group-southern-pov/>.

<sup>37</sup> For a description of the numbers and categories of legal immigrants, see ALEINIKOFF, MARTIN, MOTOMURA, FULLERTON, STUMPF, *Immigration Law*, cit., pp. 270-272.

2015.<sup>38</sup> There are significant differences in size of territory and population,<sup>39</sup> of course, but it is instructive that the U.S. migration laws authorize the *annual* arrival of the number of migrants who entered the European Union in its record-breaking year. Over the past 25 years, 25 million new migrants have been admitted to the United States as permanent residents.<sup>40</sup>

The one million annual migrants arrive in the United States with a desirable status: they are welcomed as lawful permanent residents. They receive “green cards,” authorization to remain permanently and to become citizens, if they choose to, within a few short years.<sup>41</sup> The underlying presumption is that one million migrants will arrive legally every year and will want to remain forever – though there is no requirement that they do so – and that they and their descendants will make up the future citizenry of the United States.

The selection of the one million lawful immigrants who arrive each year is largely in the hands of current U.S. citizens and lawful permanent residents. Under a complex statutory formula set by the U.S. Congress, two principles – family reunification and employment needs – account for the great majority of annual legal immigration.<sup>42</sup> As Figure 2 indicates, family-based immigration captures the lion’s share, while employment-based immigration accounts for roughly 15% of the annual total. Humanitarian migration – migration based on the emergency needs of vulnerable populations – also accounts for roughly 15% of the annual total.

<sup>38</sup> Pew Research Center, *Number of Refugees to Europe Surges to Record 1.3 Million in 2015*, 2 August 2016, <http://www.pewglobal.org/2016/08/02/number-of-refugees-to-europe-surges-to-record-1-3-million-in-2015/>.

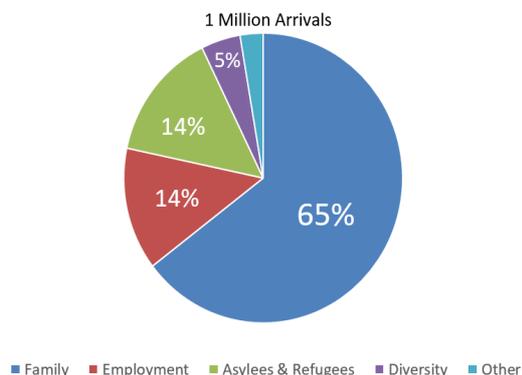
<sup>39</sup> The European Union covers more than 4 million square kilometers and has a population of 500 million, *About the EU*, [https://europa.eu/european-union/about-eu/figures/living\\_en](https://europa.eu/european-union/about-eu/figures/living_en). The U.S. population is 320 million and its territory covers 9.63 million square kilometers, World Atlas, *The Largest Countries in the World*, <http://www.worldatlas.com/articles/the-largest-countries-in-the-world-the-biggest-nations-as-determined-by-total-land-area.html>.

<sup>40</sup> U.S. Department of Homeland Security (DHS) 2015 Yearbook of Immigration Statistics, Table 1, <https://www.dhs.gov/immigration-statistics/yearbook/2015/table1>. One paramount difference is that the U.S. has already thoroughly vetted immigrants before they arrive in the United States with lawful permanent resident status, while German officials had no ability to screen the asylum seekers before they reached German territory in 2015.

<sup>41</sup> For a description of the legal status, see ALEINIKOFF, MARTIN, MOTOMURA, FULLERTON, STUMPF, *Immigration Law*, cit., pp. 269-270.

<sup>42</sup> For details of the statutory provisions, *ibid.*, pp. 270-272.

Figure 2  
Arrivals of Lawful Permanent Residents, 2015<sup>43</sup>



Before turning to a closer examination of the humanitarian migration process, two additional large groups of migrants are worthy of note. First, roughly 75 million temporary migrants arrive in the United States legally each year.<sup>44</sup> They come as students, short-term workers, tourists, journalists, diplomats, and in many other occupations. Called non-immigrants, to distinguish them from those who have immigrant status and the right to permanent residence in the United States, they are authorized to remain for a limited term of years, with the length of stay varying with the visa category. Many non-immigrants do remain permanently, either by changing legal status or living illegally, but most temporary migrants return to their homelands. Recent studies report that 1.47 percent of non-immigrants remained in the United States after their visa expired.<sup>45</sup>

Second, statistical reports suggest that roughly 11 million migrants live in the United States in an undocumented status.<sup>46</sup> Though reliable numbers are notoriously difficult to obtain from clandestine populations,

<sup>43</sup> These statistics are drawn from the DHS 2015 Yearbook, cit., Table 6.

<sup>44</sup> Ibid., Table 25. For a discussion of categories and numbers of non-immigrants, ALEINIKOFF, MARTIN, MOTOMURA, FULLERTON, STUMPF, *Immigration Law*, cit., pp. 380-384.

<sup>45</sup> U.S. Department of Homeland Security, Entry/Exit Overstay Report; FY 2016 (22 May 2017).

<sup>46</sup> PASSEL, Written Testimony Submitted to the U.S. Senate Committee on Homeland Security and Governmental Affairs, 26 March 2015, Pew Research Center, reprinted in ALEINIKOFF, MARTIN, MOTOMURA, FULLERTON, STUMPF, *Immigration Law*, cit., pp. 456-460.

it is believed that in recent years a substantial percentage of the “undocumented” arrived with documents, but they stayed past their approved time period.<sup>47</sup> The remaining portion entered the United States in a clandestine manner, without passing through normal border controls. The salience of these large numbers of temporary migrants and permanent-but-unauthorized migrants will be discussed below. At this point it is important to take note of the large scale—1 million, 11 million, 75 million—of the multiple migrant groups that exist in the United States today. Some are permanent, some temporary; some are lawful, and others unlawful. All are large groups of migrants.

### 3.2. *Emergency Arrivals*

U.S. law also anticipates that humanitarian needs will propel migrants to seek protection in the United States every year. In a sense, U.S. legislation acknowledges that there will always be emergencies, and establishes two separate processes for responding to humanitarian emergencies: overseas refugee processing and asylum.<sup>48</sup> As with family-based and employment-based immigration, refugee protection has a presumption of permanence. After one year, migrants granted humanitarian protection receive lawful permanent resident status, with the right to apply for naturalization within five years.

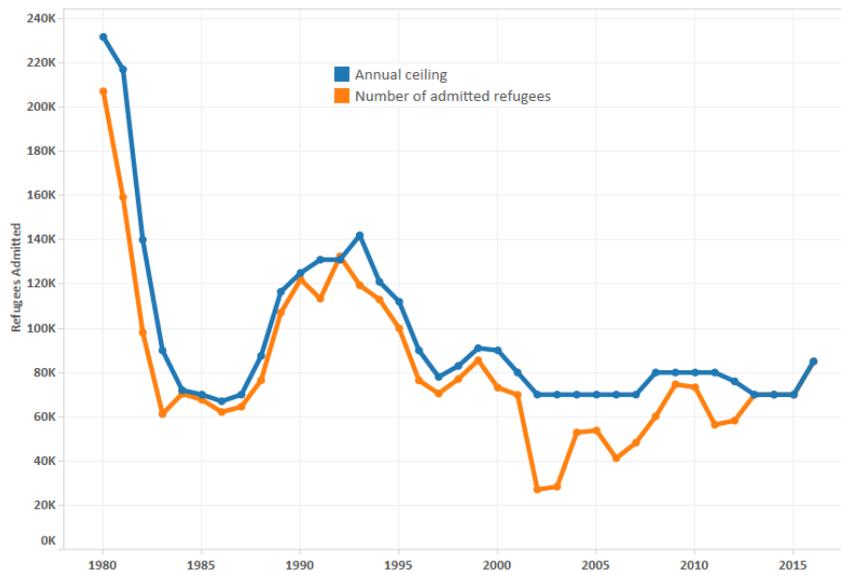
#### 3.2.1. Overseas Refugee Process

Most of those who receive refugee protection in the United States arrive via the overseas refugee resettlement program. Each year the President of the United States consults with Congress to determine the target number of refugees to admit. As Figure 3 shows, the annual number is variable, from more than 200,000 per year in the early 1980s to roughly 70,000 annually in recent years.

<sup>47</sup> WARREN, KERWIN, *The 2,000 Mile Wall in Search of a Purpose*, in *5 Journal on Migration and Human Security*, 2017, pp. 124-136.

<sup>48</sup> For an overview, see MARTIN, ALEINIKOFF, MOTOMURA, FULLERTON, *Forced Migration*, 2nd ed., 2013, pp. 95-97, 896-899.

Figure 3  
Number of Refugees Admitted and Resettled in the United States,  
1980-2016<sup>49</sup>



In response to the Syrian refugee crisis, President Obama recommended an increase in refugee resettlement from 70,000 in 2015 to 85,000 in 2016 to 110,000 in 2017.<sup>50</sup> In contrast, President Trump ordered a reduction from 110,000 to 50,000 in the authorized number of refugees, as well as a 120-day suspension of the refugee resettlement program.<sup>51</sup> At the time this article goes to press, federal courts have prohibited multiple elements of these and other aspects of the order.<sup>52</sup>

Since its inception in 1980, the refugee resettlement process has largely occurred overseas.<sup>53</sup> Although U.S. national law, the Refugee Act of 1980, established the overseas refugee program, the process

<sup>49</sup> Originally published on the Migration Policy Institute Data Hub, <http://www.migrationpolicy.org/programs/data-hub/us-immigration-trends>. See also DHS 2015 Yearbook, cit., Table 13.

<sup>50</sup> EILPERIN, *White House Raises Refugee Target to 110,000*, Washington Post, 14 September 2016.

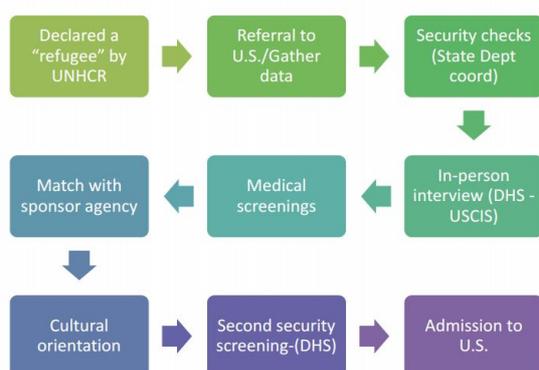
<sup>51</sup> Executive Order 13780, *Protecting the Nation from Foreign Terrorist Entry*, 6 March 2017, Section 6(a) [120 day suspension], Section 6(b) [reduction to 50,000].

<sup>52</sup> See note 18.

<sup>53</sup> For an overview of the U.S. refugee resettlement program, see MARTIN, ALEINIKOFF, MOTOMURA, FULLERTON, *Forced Migration*, cit., pp. 896-932.

generally functions under the auspices of international law.<sup>54</sup> Staff members of an international institution, the Office of the United Nations High Commission for Refugees (UNHCR), apply the international refugee definition set forth by the 1951 Convention relating to the Status of Refugees to individuals who live in refugee camps and in informal arrangements abroad.<sup>55</sup> Those eligible must have left their homelands due to a well-founded fear of persecution on account of race, religion, nationality, political opinion, or membership in a particular social group. International staff, in coordination with U.S. diplomatic staff, select eligible individuals and groups deemed likely to be able to form successful lives in the United States. The selected individuals undergo a lengthy and comprehensive screening process, depicted in Figure 4, that includes individual interviews by U.S. immigration officers, multiple security and criminal screenings, medical evaluation, and cultural evaluation. After a vetting process that lasts 18 to 24 months, successful applicants are flown to the United States by another international organization, the International Organization for Migration (IOM).<sup>56</sup>

Figure 4  
Overseas Refugee Screening Process<sup>57</sup>



<sup>54</sup> The Refugee Act of 1980 established the overseas refugee resettlement program, now codified in the Immigration and Nationality Act (INA) §§ 207, 209. International aspects of the process are highlighted in MARTIN, ALEINIKOFF, MOTOMURA, FULLERTON, *Forced Migration*, cit., pp. 896-897.

<sup>55</sup> Art. 1(A)(2) of the Convention relating to the Status of Refugees, 189 U.N.T.S. 137, done 28 July 1951, sets forth the international definition.

<sup>56</sup> MARTIN, ALEINIKOFF, MOTOMURA, FULLERTON, *Forced Migration*, cit., pp. 897, 900.

<sup>57</sup> ALDOUS, *The Concordian*, 21 April 2016, <http://theconcordian.org/2016/04/21/refugees-face-long-grueling-process>.

Overseas refugees are welcomed at U.S. airports by social service agency personnel who take them to their new accommodations, enroll them in many of the social benefit programs available for U.S. citizens, assist them in acquiring language and vocational training, and help them start a new life.<sup>58</sup> Those over the age of 18 immediately receive employment authorization, and efforts are undertaken to help them find work. The aim is to assist them in becoming self-sufficient in a short time. The presumption is that they will remain in the United States permanently and become contributing members of the society. One year after they arrive, they become lawful permanent residents. Four years later they are eligible to apply for citizenship.<sup>59</sup>

### 3.2.2 Asylum at the Borders

Those who arrive spontaneously in the United States have access to the asylum process.<sup>60</sup> This better known, but numerically smaller, avenue to obtain humanitarian protection is available to individuals at the border or within U.S. territory. International law plays a role in this process in that asylum seekers must satisfy the refugee definition set forth in the 1951 Refugee Convention in order to qualify for asylum. Otherwise, the asylum process is substantially different from the overseas refugee process. Asylum seekers file applications domestically, with the U.S. Citizenship and Immigration Service (USCIS). They do not receive employment authorization immediately upon arrival in the United States, nor do they receive social benefits or government assistance in language or vocational training. The asylum process can take years, and the current backlog at the Immigration Courts guarantees that it will be exceedingly lengthy for many individuals.<sup>61</sup> Those whose asylum claims have not been resolved within 180 days, which includes most applicants in 2017, can receive employment authorization.<sup>62</sup>

Once granted asylum, asylum seekers are automatically eligible for government social services as well as a work permit. As with refugees

<sup>58</sup> For a description of the resettlement services within the United States, see MARTIN, ALEINIKOFF, MOTOMURA, FULLERTON, *Forced Migration*, cit., pp. 897-899, 926-930.

<sup>59</sup> *Ibid.*, p. 899.

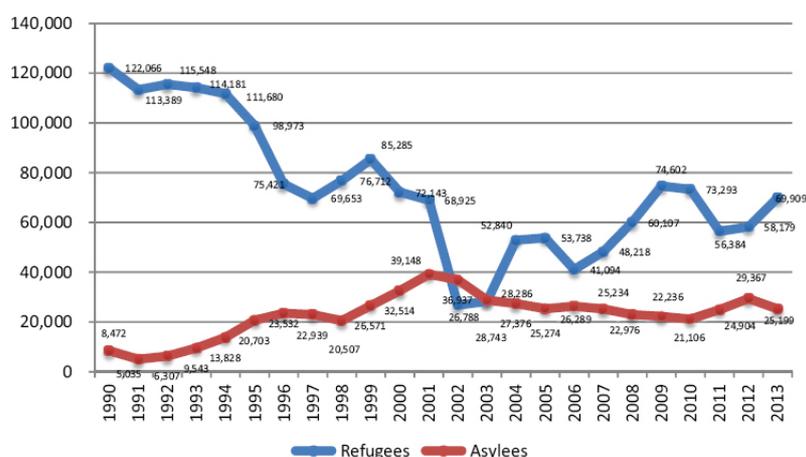
<sup>60</sup> For a description of the asylum process in the United States, *ibid.*, pp. 95-108.

<sup>61</sup> In June 2017 more than 610,000 cases were pending in Immigration Court. Transactional Records Access Clearinghouse (TRAC), *Immigration, Backlog of Pending Cases*, Figure 1, Pending Deportation Cases, FY 1998-FY2017, [http://trac.syr.edu/phptools/immigration/court\\_backlog/apprep\\_backlog.php](http://trac.syr.edu/phptools/immigration/court_backlog/apprep_backlog.php).

<sup>62</sup> MARTIN, ALEINIKOFF, MOTOMURA, FULLERTON, *Forced Migration*, cit., p. 101.

who arrived via the overseas resettlement process, there is a presumption of permanence. One year after receiving asylum, they may apply to become lawful permanent residents and receive their green cards. Five years later they may apply to become citizens.<sup>63</sup> In contrast to the overseas refugee resettlement process, there is no numerical cap on asylum seekers.<sup>64</sup> An additional contrast is that international institutions and the U.S. State Department play no role in the asylum process within the United States. Traditionally, the number granted asylum is much smaller than the number resettled via the overseas refugee program. As Figure 5 shows, roughly 25,000 have received asylum annually in recent years, whereas the annual average of resettled refugees has hovered around 70,000.

Figure 5  
Asylum and Refugee Resettlement, 1990 - 2013<sup>65</sup>



### 3.3. Immigration Procedures

There are multi-layered procedures within the United States to ascertain which asylum seekers are entitled to humanitarian protection.<sup>66</sup>

<sup>63</sup> For details on the 5-year naturalization time period, *ibid.*, p. 96.

<sup>64</sup> *Ibid.*, p. 97.

<sup>65</sup> The National Academies of Sciences, *The Integration of Immigrants into American Society*, Washington, D.C., 2015, p. 131 (data from DHS 2014 Yearbook of Immigration Statistics).

<sup>66</sup> A discussion of the affirmative and defensive modes of asylum applications can be found in MARTIN, ALEINIKOFF, MOTOMURA, FULLERTON, *Forced Migration*, *cit.*, pp. 97-104.

### 3.3.1. Affirmative Asylum Process

The first step for those who arrive in the United States and seek asylum is completing a lengthy application submitted to USCIS. This leads to a personal interview with an Asylum Officer. By and large, the staff of the USCIS Asylum Division is knowledgeable concerning refugee law and well informed about current conditions in many refugee-producing countries in the world. They have access to an extensive documentation center.

The interview is non-adversarial, and the asylum seeker can submit written testimony to supplement his or her oral evidence. Asylum seekers may bring attorneys, at the asylum seekers' expense, but the principal purpose of the interview is to allow the asylum officer to hear directly from the asylum seeker. If the Asylum Officer decides that the applicant meets the refugee definition and has complied with the one-year filing deadline, the officer grants asylum. The asylum seeker must undergo further security checks, but the process is essentially over and the asylum seeker has a lawful status and can obtain work authorization. One year later, the asylum seeker can become a lawful permanent resident of the United States. If the Asylum Officer is not convinced that the asylum seeker has satisfied the international refugee definition, the Asylum Officer refers the case to Immigration Court.

### 3.3.2. Defensive Immigration Proceedings

The U.S. Immigration Court, staffed by Immigration Judges, exercises jurisdiction over proceedings to expel noncitizens from the United States. These removal hearings may include asylum claims that have been rejected by Asylum Officers, as well as a wide variety of other allegations that the noncitizen violated the immigration laws of the United States. The removal hearings may also include asylum claims by noncitizens who did not pursue the affirmative asylum process by filing asylum applications with USCIS Asylum Officers.

Immigration Court hearings are adversarial in nature, and the government is always represented by an attorney. Asylum seekers have the right to be represented by an attorney at their own expense, but many are unrepresented.<sup>67</sup> In removal hearings, asylum seekers typically

<sup>67</sup> ALEINIKOFF, MARTIN, MOTOMURA, FULLERTON, STUMPF, *Immigration Law*, cit., p. 906. See also *Continued Rise in Asylum Denial Rates: Impact of Representation and Nationality*, in TRAC, *Immigration*, cit., <http://trac.syr.edu/immigration/reports/448/>.

concede that they do not have immigration authorization allowing them to reside in the United States currently; they argue, nonetheless, that U.S. law entitles them to asylum and prohibits their removal.

Whether or not they pursued the affirmative asylum process, asylum seekers must prove in Immigration Court that they have a well-founded fear of persecution. They introduce evidence via their own testimony or that of additional witnesses or documents. The Immigration Judge considers de novo the evidence submitted in the asylum interview, if there was one. To decide the case, the Immigration Judge applies the international law refugee definition, as adopted by U.S. legislation, and interpreted and adjudicated by U.S. federal courts.<sup>68</sup>

The Immigration Judge's decision may be appealed to the Board of Immigration Appeals (BIA), an administrative body, by either the government or the asylum seeker. Decisions by the BIA may be appealed to the federal appellate courts. Many asylum seekers file appeals. The BIA, as well as the federal appellate courts, issue volumes of reasoned decisions concerning asylum.

U.S. legislation allows the detention of asylum seekers and other immigrants during the removal process,<sup>69</sup> which hobbles their efforts to obtain legal assistance and prepare an effective case. It is also inhumane and costly. The Trump Administration has stated that it plans to build more immigration detention facilities and increase removals from the United States.<sup>70</sup>

<sup>68</sup> INA § 101(a)(42) states: "The term 'refugee' means (A) any person who is outside any country of such person's nationality ... and is unable or unwilling to avail himself or herself of the protection of that country because of persecution or a well-founded fear of persecution on account of race, religion, nationality, membership in a particular social group, or political opinion, or (B) in such special circumstances as the President ... may specify, any person who is within the country of such person's nationality [and faces persecution or a well-founded fear of persecution on account of the specified grounds]." This statutory definition tracks the Refugee Convention definition but broadens it to include some individuals still within their homelands. See discussion of "in-country" refugees, MARTIN, ALEINIKOFF, MOTOMURA, FULLERTON, *Forced Migration*, cit., pp. 922-923.

<sup>69</sup> For a discussion of the statutory authorization and the practice of detention in immigration proceedings, see ALEINIKOFF, MARTIN, MOTOMURA, FULLERTON, STUMPF, *Immigration Law*, cit., pp. 968-970.

<sup>70</sup> Executive Order 13767, *Border Security and Immigration Enforcement Improvements*, 25 January 2017, § 5 (a) [orders construction and operation of detention facilities] and § 6 [orders detention of all noncitizens pending the outcome of their removal proceedings]. As to the expanded scale of immigration detention, see HAYES & MONTOPOLI, *Exclusive: Trump Admin. Plans Expanded Immigration Detention*,

### 3.3.3. Expedited Removal

In 1996 Congress enacted legislation targeting those seeking to enter the United States without any travel documents or with false documents. Congress directed border officials to remove these individuals from the United States promptly, without a hearing.<sup>71</sup> Known as expedited removal, this summary expulsion contains an exception for individuals seeking asylum. They have the right to an interview by an Asylum Officer who determines whether they have a credible fear of persecution, defined as a significant possibility of establishing their eligibility for asylum.<sup>72</sup> If the Asylum Officer concludes that a credible fear exists, these individuals are provided a full removal hearing in an Immigration Court (the defensive immigration proceeding described above). In Immigration Court they have the right to present evidence and to be represented by an attorney at their own expense.

If the Asylum Officer concludes that there is no credible fear of persecution, the individual has a short window in which to appeal to an Immigration Judge. If the Immigration Judge believes that a credible fear exists, the individual receives a full removal hearing in Immigration Court. If the Immigration Judge agrees with the Asylum Officer that the individual lacks a credible fear, the individual is removed from the United States. There is no appeal to the federal courts or to any other official or tribunal.

Congress mandated detention for individuals subject to expedited removal. As noted above, detention drastically increases the difficulty of obtaining legal assistance and developing evidence to support an asylum claim. This is exacerbated by the short time limits in expedited removal. Over the past two decades the expedited removal legislation has played an increasingly larger role in the U.S. immigration framework. In 1997, there were 23,000 expedited removals, which constituted 20 percent of all removals. By 2013, there were 193,000 expedited removals, more

MSNBC News, 3 March 2017, <http://www.msnbc.com/all-in/exclusive-trump-admin-plans-expanded-immigrant-detention>.

<sup>71</sup> For a discussion of expedited removal, including its application to asylum seekers, see MARTIN, ALEINIKOFF, MOTOMURA, FULLERTON, *Forced Migration*, cit., pp. 816-828.

<sup>72</sup> INA § 235(b)(1)(B)(v) defines credible fear: “a significant possibility, taking into account the credibility of the statements made by the alien in support of the alien’s claim and such other facts as are known to the officer, that the alien could establish eligibility for asylum under [the refugee definition].”

than the entire number of removals in 1997. Furthermore, expedited removals comprised 44 percent of all removals in 2013.<sup>73</sup>

As the expedited removal numbers have increased, advocates have been concerned about asylum seekers who may be enmeshed in summary removal proceedings. The scale of the problem is large and growing. In 2004, roughly 240,000 individuals at ports of entry were identified as subject to expedited removal. Of these, 185,000 withdrew their applications for admission to the United States and departed. The remaining 55,000 were formally placed in expedited removal proceedings, and 8,000 of them, or 14 percent, were referred for credible fear hearings. Asylum officers found that 94 percent of the 8,000 satisfied the credible fear standard; all were referred to full adversarial hearings in Immigration Court where they could develop their asylum claims.<sup>74</sup> By 2011, the number of expedited removals had risen to 123,000, of which 11,000, or nine percent, were referred for credible fear hearings.<sup>75</sup> In 2012, approximately 13,000 individuals in the expedited removal process requested credible fear interviews. The number rose to 36,000 credible fear claims in 2013, 51,000 in 2014, 48,000 in 2015, 94,000 in 2016, and 50,000 in the first six months of fiscal year 2017.<sup>76</sup> Routinely, asylum officers conclude that more than 70 or 80 percent of the claimants have a credible fear and are entitled to a full adversarial asylum hearing in Immigration Court.<sup>77</sup>

Under the Obama Administration, those whom asylum officers concluded had a credible fear were automatically reviewed for release from the mandatory detention that accompanies expedited removal, and the numbers of asylum seekers released from detention rose considerably.<sup>78</sup> This is likely to change. In one of his first official acts, President Trump stated that the Obama policy releasing asylum seekers

<sup>73</sup> U.S. Commission on International Religious Freedom (USCIRF), *Barriers to Protection: The Treatment of Asylum Seekers in Expedited Removal*, 2016, p. 13. For a discussion of the upsurge in expedited removals, see ALEINIKOFF, MARTIN, MOTOMURA, FULLERTON, STUMPF, *Immigration Law*, cit., pp. 1074-1077.

<sup>74</sup> A discussion of the credible fear standard, the volume of credible fear hearings, and the manner in which expedited removal has been administered can be found in MARTIN, ALEINIKOFF, MOTOMURA, FULLERTON, *Forced Migration*, cit., pp. 816-821. For the 2004 statistics, see p. 820.

<sup>75</sup> *Ibid.*, p. 819.

<sup>76</sup> For data relating to 2012-2014, see USCIRF, *Barriers to Protection*, cit., p. 14. For data relating to 2015-2017, see VALERA, *Where Does Trump Stand on Credible Fear Immigration Cases?* In *LatinoUSA*, 4 May 2017, <http://latinousa.org/2017/05/04/trump-stand-credible-fear/>.

<sup>77</sup> VALERA, *Where Does Trump Stand*, cit.

<sup>78</sup> MARTIN, ALEINIKOFF, MOTOMURA, FULLERTON, *Forced Migration*, cit., p. 826.

from detention constitutes an abuse of U.S. law, called for new regulations to restrict asylum seekers who face expedited removal, and strictly limited reliance on humanitarian factors in evaluating the need for continued detention.<sup>79</sup>

The geographical scale of expedited removal has increased exponentially. At first, expedited removal applied only at ports of entry. Agents at the border denied entry to individuals without entry documents or with false documents; these noncitizens did not receive a removal hearing in Immigration Court unless they proved they had a credible fear of persecution. In the wake of the September 11 terrorist attacks, the Secretary of Homeland Security expanded the expedited removal power by applying it in the interior of the United States.<sup>80</sup> When a boat of Haitian asylum seekers eluded migration controls and landed on a beach in Florida in 2002, government officials labeled it a matter of national security and announced expedited removal would apply to noncitizens arriving by sea who lack valid entry documents.<sup>81</sup> Two years later, the Department of Homeland Security announced that expanded removal would also apply to noncitizens who lack valid entry documents and are stopped within 100 miles of the U.S.-Mexico and U.S.-Canada borders unless they can show that they have been present in the United States for more than 14 days.<sup>82</sup> As a consequence, immigration officials can seize noncitizens near the borders whom they believe have recently arrived in the United States and can summarily expel the noncitizens. There are no adversarial hearings or reviews by an immigration tribunal or by federal judges.<sup>83</sup>

The Trump Administration has indicated that it wants to expand the time during which expedited removal can take place. President Trump

<sup>79</sup> Executive Order 13767, *Border Security and Immigration Enforcement Improvements*, 25 January 2017, § 11 [end the current abuse of asylum and parole], § 11(b) [appropriate action, including new regulations], § 11(d) [limiting the use of discretion in parole].

<sup>80</sup> The expedited removal legislation allows the Secretary of Homeland Security to apply expedited removal within the territory of the United States to noncitizens deemed inadmissible due to lack of entry documents or invalid documents. INA §235(b)(1)(A)(i).

<sup>81</sup> MARTIN, ALENIKOFF, MOTOMURA, FULLERTON, *Forced Migration*, cit., pp. 831-832.

<sup>82</sup> Ibid.

<sup>83</sup> The expedited removal law mandates that immigration officials, both at ports of entry and within the interior of the United States, must ascertain whether noncitizens have a fear of returning to their homelands; if so, the noncitizen must be detained and scheduled for an interview with an Asylum Officer, as described above in the text accompanying notes 71-73.

has directed the Secretary of Homeland Security to take “appropriate action” in his “unreviewable discretion” to apply expedited removal to all noncitizens apprehended without valid entry documents within 100 miles of U.S. land and sea borders *unless they can show that they have resided in the United States for more than two years*.<sup>84</sup> To date, there have been no reported instances of immigration officials using expedited removal within the interior to remove noncitizens who fail to document two years of residence in the United States. Nonetheless, this threat has created a situation of high alert because it contemplates expedited removal of millions of people. As Figure 6 shows, more than two-thirds of the population of the United States lives within this 100 mile border zone. Without a doubt, millions of migrants, many of them without authorized documents, live in this area. Thousands, or hundreds of thousands, of migrants in this band around the perimeter of the United States may find it difficult to document their residence or to carry such documents with them as they pursue their daily lives. If they are stopped by immigration officials, they could be expelled from the United States without a hearing before a judge. It would raise immense constitutional and statutory challenges to employ a practice so lacking in fair procedures in situations that have the potential of causing such grievous harm to individuals residing in the United States. Further, it would thrust U.S. policy into conflict with international legal norms requiring due process, prohibiting the collective expulsion of noncitizens, and forbidding the return of refugees to states where their lives or freedom would be threatened or where they would face torture.<sup>85</sup>

<sup>84</sup> Executive Order 13767, *Border Security and Immigration Enforcement Improvements*, 25 January 2017, § 11(c).

<sup>85</sup> See, e.g., Article 33 of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees (prohibiting *nonrefoulement*) and Article 3 of the Convention Against Torture (prohibiting *nonrefoulement* to states where the individual would face a serious risk of torture).

Figure 6  
One Hundred Mile Border Zone<sup>86</sup>



#### 4. "Crisis" at The Border

As mass arrivals of refugees and other migrants have crossed the southern borders of Europe in recent years, growing numbers of asylum seekers have appeared at the southern border of the United States. The scale of arrivals is much smaller in the United States, but the ensuing political discussion echoed many of the same alarms and fears raised in Europe. Unfortunately, there has been sensationalistic news coverage on both continents. In the United States, however, headlines about mass arrivals of migrants have veered far from reality.

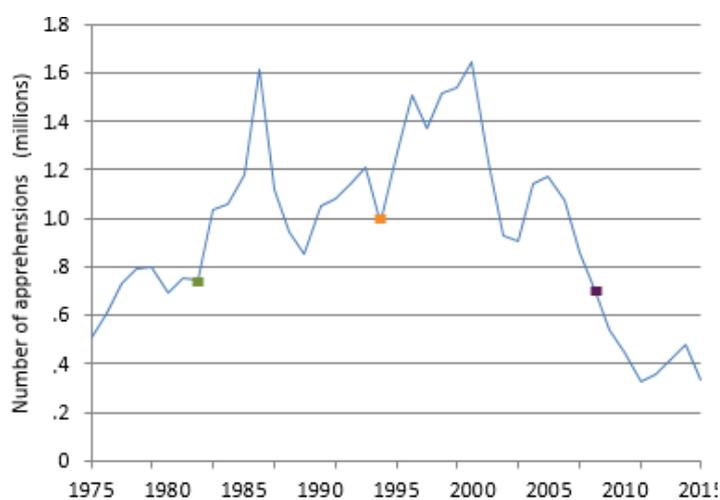
For example, unlawful crossings of the U.S.-Mexico border are at an all-time low. As Figure 7 shows, the government apprehended 1.2 million individuals illegally crossing the southern border in 1992. This increased to 1.6 million in 2000, but has steadily fallen since that time. In 2011, the government apprehended 325,000 individuals at the border, the lowest number in 40 years. The annual average from 2012 to 2015 hovered around 400,000. The reality is that the southern border of the

<sup>86</sup> American Civil Liberties Union (ACLU), *Know Your Rights: The Government's 100 Mile "Border" Zone Map*, <https://www.aclu.org/know-your-rights-governments-100-mile-border-zone-map>.

United States has not faced mass migration in recent years. Instead, it has witnessed staggering decreases in the numbers of migrants.

This trend continues. The 18,000 individuals apprehended at the U.S.-Mexico border in July 2017 is lower than the total in any summer month in recent years.<sup>87</sup> This decline in apprehensions cannot be attributed to lax enforcement. During the past two decades, as the number of illegal crossings has plummeted, the number of U.S. Border Patrol agents has grown. From 3,700 Border Patrol officers in 1992, the ranks have increased to 10,000 in 2002, and to 20,000 in 2012.<sup>88</sup> With migration at the U.S.-Mexico border at its nadir and Border Patrol ranks at their apogee, President Trump's executive order to hire 5,000 additional border guards is a misplaced use of resources.<sup>89</sup>

Figure 7  
Undocumented Immigrant Flows from Mexico to the United States,  
1975-2015<sup>90</sup>



<sup>87</sup> U.S. Customs and Border Protection, Southwest Border Migration, *CBP Southwest Border Total Apprehensions/Inadmissibles, FY12-FY17*, <https://www.cbp.gov/newsroom/stats/sw-border-migration>.

<sup>88</sup> ALEINIKOFF, MARTIN, MOTOMURA, FULLERTON, STUMPF, *Immigration Law*, cit., p. 1092.

<sup>89</sup> Executive Order 13767, *Border Security and Immigration Enforcement Improvements*, 25 January 2017, § 8.

<sup>90</sup> MANDELMAN, ZLATE, *The Slump in Undocumented Immigration to the United States*, in *The Economist*, 5 October 2016 (data from U.S. Department of Homeland Security).

The decrease in border crossings at the U.S.-Mexico border stems from multiple factors.<sup>91</sup> A disappointing U.S. economy, coupled with stronger border enforcement measures have discouraged migration.<sup>92</sup> Simultaneously, in Mexico there has been a steady increase in the growth of the middle class,<sup>93</sup> and an accompanying steady decline in birth rates (and potential migrants to the United States).<sup>94</sup> A growing number of Mexicans think that life is not better in the United States than in Mexico.<sup>95</sup> Statistical reports highlight the significance of these demographic and migration changes. Between 1990 and 2000, the Mexican population in the United States increased by five million.<sup>96</sup> It increased by a further two million between 2000 and 2006.<sup>97</sup> During the subsequent decade, there was zero net unauthorized migration from Mexico.<sup>98</sup> Indeed, 140,000 more Mexicans left the United States for Mexico than migrated to the United States between 2009 and 2014.<sup>99</sup>

#### 4.1. Unaccompanied Child Migrants

Although the overall number of migrant arrivals at the southern border has fallen dramatically, this is not true of unaccompanied child migrants. Indeed, their numbers have risen dramatically. From 8,000 unaccompanied child migrants in 2008, the total climbed to 16,000 in 2011. It then rose precipitously to 38,000 in 2013 and to 68,000 in 2014. There was a decrease to 40,000 in 2015, followed by another major increase to 60,000 in 2016.<sup>100</sup>

During these years, there was a noticeable change in the nationalities of the young migrants arriving at the border. As Figure 8 shows, a decade ago 80% of the unaccompanied youth at the U.S.-Mexico border were Mexican; today only 20% are. The rest are from

<sup>91</sup> PASSEL, COHN, GONZALEZ-BARRERA, *Net Migration from Mexico Falls to Zero – And Perhaps Less*, Pew Research Center, 23 April 2012, p. 6.

<sup>92</sup> Ibid.

<sup>93</sup> *Mexico's Middle Class 47% of Households*, Mexico Daily News, 30 October 2015.

<sup>94</sup> PASSEL, COHN, GONZALEZ-BARRERA, *Net Migration*, cit., p. 10.

<sup>95</sup> GONZALEZ-BARRERA, *More Mexicans Leaving than Coming to the United States*, Pew Research Center, 19 November 2015, p. 8.

<sup>96</sup> ZONG & BATALOVA, *Mexican Immigrants in the United States*, Migration Policy Institute, 17 March 2016.

<sup>97</sup> Ibid.

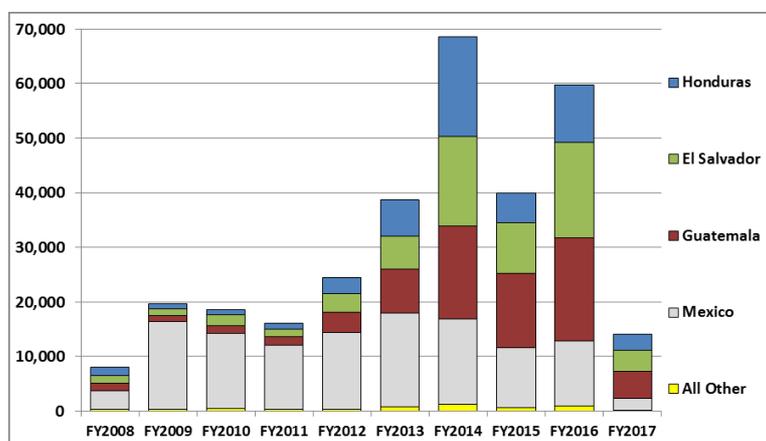
<sup>98</sup> Ibid.; see also PASSEL, COHN, GONZALEZ-BARRERA, *Net Migration*, cit., pp. 7-8.

<sup>99</sup> GONZALEZ-BARRERA, *More Mexicans Leaving*, cit., p. 5.

<sup>100</sup> KANDEL, *Unaccompanied Alien Children: An Overview*, Congressional Research Service, 18 January 2017, p. 2.

Guatemala, El Salvador, and Honduras, countries engulfed in violence and deadly gang rivalries in recent years.<sup>101</sup>

Figure 8  
Unaccompanied Children Apprehended at the Southwestern U.S. Border,  
2008-2017<sup>102</sup>



Although the absolute numbers – 68,000 unaccompanied children in 2014 is the maximum annual total to date – are small compared to the 1.6 million apprehensions at the U.S.-Mexico border in 2000 or to the one million migrants who arrived in Europe in 2015, the vulnerability of the child migrants and the sudden dramatic increase in arrivals captured U.S. media attention.<sup>103</sup> The approach taken by growing numbers of children also was newsworthy. In contrast to unlawful arrivals in past decades, many children who crossed the border did not try to hide from the U.S. Border Patrol. Instead, they ran to the Border Patrol guards, identified themselves, and asked for asylum.<sup>104</sup> Despite their public

<sup>101</sup> Ibid., p. 3. See also HIPSMAN, MEISSNER, *In-Country Refugee Processing in Central America: A Piece of the Puzzle*, Migration Policy Institute, Aug. 2015, pp. 2-3.

<sup>102</sup> HIPSMAN, MEISSNER, *In Country Refugee Processing*, cit., Figure 1.

<sup>103</sup> ISAACSON, *Increases in Child and Family Migration from Central America*, Washington Office on Latin America (WOLA), 23 June 2016, <https://www.wola.org/analysis/increases-in-child-and-family-migration-from-central-america/>.

<sup>104</sup> FERRIS, ISACSON, *A Life and Death Struggle for Asylum in America*, The Center for Public Integrity, 8 October 2014, <https://www.publicintegrity.org/2014/10/08/15861/life-and-death-struggle-asylum-america>.

requests for help and their indisputable needs, the young arrivals were perceived by many as symbols of porous borders and as evidence of unregulated mass migrant arrivals.<sup>105</sup>

These perceptions appeared to animate the harsh response by the Obama Administration in 2014, the year when recorded child arrivals jumped from 40,000 to 68,000. Driven by domestic political considerations and by a desire to deter children from setting out on the dangerous journey from Central America to the United States, the Department of Homeland Security applied expedited removal to the unaccompanied children apprehended near the U.S.-Mexico border.<sup>106</sup> This entails mandatory detention, in conjunction with credible fear hearings rather than the full-fledged removal process.

The credible fear hearings occur in detention centers near the southern border.<sup>107</sup> If the government interviewer concludes that a child has a credible fear of persecution, the child has the right to a removal hearing in Immigration Court, where the child can raise the asylum claim as a defense to expulsion from the United States. Children deemed to have a credible fear of persecution often were released to the custody of their parents or another close relative already residing in the United States, and the subsequent Immigration Court hearing took place in the state in which the child's custodian lives.<sup>108</sup> As a result, many of the Immigration Court hearings took place in New York and in other states far from the Mexican border. Consequently, Immigration Courts across the United States experienced major pressure, due to thousands of new child migrant cases.<sup>109</sup> The situation was chaotic. Many courts created special juvenile dockets,<sup>110</sup> and many pro bono organizations set up volunteer networks to recruit attorneys to represent the children.<sup>111</sup> Huge backlogs built in Immigration Court, from 125,000 pending cases in 2000 to 610,000 pending cases in 2017.<sup>112</sup> Multitudes of cases –

<sup>105</sup> DINAN, *700 Miles of U.S.-Mexico Border Still Insecure*, Washington Times, 3 January 2015.

<sup>106</sup> ALEINIKOFF, MARTIN, MOTOMURA, FULLERTON, STUMPF, *Immigration Law*, cit., pp. 859-860.

<sup>107</sup> KANDEL, *Unaccompanied Alien Children*, cit., p. 4; ALEINIKOFF, MARTIN, MOTOMURA, FULLERTON, STUMPF, *Immigration Law*, cit., pp. 859-860, 974-977.

<sup>108</sup> KANDEL, *Unaccompanied Alien Children*, cit., pp. 8-10. DHS officials were cautious about releasing children, because they feared trafficking and other exploitation, but reunified most children with family members.

<sup>109</sup> *Ibid.*, pp. 11-12.

<sup>110</sup> See, e.g., Safe Passage Project, <https://www.safepassageproject.org/>.

<sup>111</sup> KANDEL, *Unaccompanied Alien Children*, cit., p. 11.

<sup>112</sup> TRAC, *Immigration, Backlog of Pending Cases*, cit.

involving recent child arrivals and all other types of migrants – are experiencing years of delay.

#### 4.2. Central American Minors (CAM) Refugee Program

To supplement the procedures for unaccompanied children who arrived in the United States, the Obama Administration launched a refugee resettlement program for minors in El Salvador, Guatemala, and Honduras. Starting in December 2014, the Central American Minors (CAM) Refugee Program established a U.S. refugee processing site in Central America. Minors who (1) satisfy the international law refugee definition and (2) have a parent lawfully residing in the United States are eligible for refugee status and lawful admission to the United States. In exceptional cases, children who do not satisfy the refugee definition are eligible for admission on humanitarian grounds.<sup>113</sup>

In July 2016, the Obama Administration expanded the CAM program and Costa Rica agreed to provide temporary shelter to the most vulnerable Central American refugees as they undergo screening and processing. Siblings over the age of 21, as well as parents and relatives who are caretakers of children at risk of persecution, became eligible for resettlement in the United States.<sup>114</sup> By the summer of 2017, 2,200 children had been resettled as refugees and 1,500 had received two-year humanitarian residence permits.<sup>115</sup> On August 16, 2017, however, the Trump Administration curtailed the CAM program by ending humanitarian protection for Central American youth whose parents

<sup>113</sup> HIPSAN, MEISSNER, *In Country Refugee Processing*, cit., pp. 3-4. As U.S. officials gained experience with processing refugee applications in the CAM program, they learned that many children lacked sufficient documentation to satisfy the refugee definition set forth in the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and in U.S. legislation. Accordingly, if children's applications for refugee status were rejected, U.S. officials automatically screened them for humanitarian consideration. U.S. Department of Homeland Security, U.S. Citizenship and Immigration Services (USCIS), <https://www.uscis.gov/CAM>, *In-Country Refugee/Parole Processing for Minors (CAM)* (see last sentence of Update), <https://www.uscis.gov/CAM>. Those granted humanitarian status received entry visas and two-year residence permits. YEE, SEMPLE, *Trump Policy Blocks Obama-Era Path to U.S. for Central Americans*, New York Times, 16 August 2017. By the end of the program one refugee resettlement expert estimated that 30 percent of the applicants received refugee status and 68 percent received humanitarian permission to enter the United States. ANSPACH, *Unimaginable Cruelty*, Slate, [www.slate.com](http://www.slate.com), 9 October 2017 (visited 20 April 2018).

<sup>114</sup> HIRSCHFELD DAVIS, *U.S. To Admit More Central American Refugees*, New York Times, 26 July 2016.

<sup>115</sup> YEE, SEMPLE, *Trump Policy Blocks Obama-Era Path to U.S. for Central Americans*, New York Times, 16 August 2017.

lawfully reside in the United States. In January 2018, the Trump Administration terminated the program entirely, cancelling all refugee applications that had been filed by Central American youth.<sup>116</sup>

### 5. *Refugees Versus Economic Migrants*

Accusations that refugees are economic migrants in disguise are heard in the United States, but they do not have the political and social force that they possess in many European countries. For multiple reasons the “economic migrant” insult lacks a sting in the United States. This is true even though fear of persecution – not fear of economic ruin – is central to refugee protection in the United States. Both those who seek asylum in the United States and those who apply for refugee resettlement in the United States must satisfy U.S. statutory criteria, which incorporate the international law refugee definition: refugees are individuals who are not able to return to their homelands due to a well-founded fear of persecution based on race, religion, nationality, political opinion, or membership in a particular social group.<sup>117</sup> As a consequence, neither threats to economic survival nor flight from economic disaster are, on their own, bases for refugee protection in the United States. Nonetheless, U.S. case law is clear that economic motives do not disqualify individuals from asylum, so long as a fear of persecution is *one* of the central motives for their flight.<sup>118</sup> U.S. jurisprudence acknowledges that reality cannot be reduced to a simple refugee/economic migrant binary.

More important, the “economic migrant” label generally lacks stigma in the United States. As noted earlier, the U.S. “country of immigration” narrative lionizes the courage and fortitude and hard work of the economic migrants who arrived in prior centuries. In addition, for generations U.S. immigration law has emphasized the need for annual legal migration based on employment skills and economic needs.<sup>119</sup>

<sup>116</sup> Ibid.; U.S. Department of Homeland Security, U.S. Citizenship and Immigration Service, *In-Country Refugee/Parole Processing for Minors (CAM)*, <https://www.uscis.gov/CAM>.

<sup>117</sup> INA §101(a)(42).

<sup>118</sup> See, e.g., *Ndayshimiye v. AG of the United States*, 557 F.3d 124 (3rd Cir. 2009) (discussing precedent and legislative history concerning persecution based on a mixture of economic and political and other motives).

<sup>119</sup> The current immigration framework allocating annual immigrant visas based on employment has been in place since 1965. Select Commission, reprinted in ALENIKOFF, MARTIN, MOTOMURA, FULLERTON, STUMPF, *Immigration Law*, cit., p. 20. During the

Much of the current immigration reform debate revolves around proposals for expanding the number and types of economic migrants.<sup>120</sup> Economic migrants, in general, are perceived in a positive light.

Without a doubt, social and economic fears concerning migration-fueled wage competition do exist. In the United States, these apprehensions rarely attach to refugees. Rather, they largely are associated with the 11 million undocumented migrants,<sup>121</sup> many of whom are from Mexico and have never claimed asylum or refugee status. Immigration restrictionists in the United States frequently point to the large pool of undocumented migrants – not to refugees – as a threat to the wages and employment prospects of low-skilled native-born workers.<sup>122</sup> Multiple labor economists have addressed this topic and concluded that migration increases the economic power of the United States as well as of the countries of origin.<sup>123</sup> There are vigorous debates as to the amount of harm, if any, economic migrants cause to some native-born workers.<sup>124</sup> No matter the side of the debate, refugees are rarely blamed for labor challenges that U.S. workers may face.

prior century, waves of immigration had been welcomed as workers, pp. 6-7, 10, though they had also been criticized as racially inferior and unable to assimilate.

<sup>120</sup> For example, in August 2017, U.S. Senators Tom Cotton and David Perdue introduced proposed legislation, S. 354, the Reforming American Immigration for Strong Employment (RAISE) Act, to revise U.S. immigration laws by allocating employment-based immigrant visas on a point system that emphasizes higher levels of education, high-paying job offers, past achievements, entrepreneurial initiative, ability to speak English, and youthfulness. See BAKER, *Trump Plans to Cut Immigration*, cit.

<sup>121</sup> See, e.g., KANDEL, *Fiscal Impacts of the Foreign-Born Population*, Congressional Research Service, 19 October 2011, pp. 28-41.

<sup>122</sup> E.g., CAMAROTA, *2.5 Million Join Illegal Population Under Obama*, Center for Immigration Studies (CIS), 20 July 2015, <https://cis.org/25-Million-Join-Illegal-Population-under-Obama>; *Stop Illegal Immigration*, Federation for American Immigration Reform (FAIR), [http://www.fairus.org/?gclid=Cj0KCQjw8vnMBRDgARIsACm\\_BhLLat9IUMKphbj7Pi0E75QtzSuT4Q8-fb\\_i71z1vkTqTEaEmtwfqyQaAh6AEALw\\_wcB](http://www.fairus.org/?gclid=Cj0KCQjw8vnMBRDgARIsACm_BhLLat9IUMKphbj7Pi0E75QtzSuT4Q8-fb_i71z1vkTqTEaEmtwfqyQaAh6AEALw_wcB).

<sup>123</sup> E.g., National Academies of Sciences, *The Economic and Fiscal Consequences of Immigration*, 2017; CARD, *Comment: The Elusive Search for Economic Impact of Immigration*, in 10 *Journal of the European Economic Association*, 2012, pp. 211-215; OTTAVIANO & PERI, *Rethinking the Effects of Immigration on Wages*, National Bureau of Economic Research Working Paper 12497, 2006.

<sup>124</sup> E.g., CARD, *The Impact of the Mariel Boatlift on the Miami Labor Market*, in 43 *Industrial and Labor Relations Review*, 1990, pp. 245-257; BORJAS, *The Labor Demand Curve IS Downward Sloping: Reexamining the Impact of Immigration on the Labor Market*, in 118 *Quarterly Journal of Economics*, 2003, pp. 1335-1374; CARD, *Comment: The Elusive Search for Economic Impact of Immigration*, in 10 *Journal of the European Economic Association*, 2012, pp. 211-215; BORJAS, *The Wage Impact of Marielitos: A Reappraisal*, National Bureau of Economic Research Working Paper 21588, 2015.

## 6. Distinctive Elements of the U.S. Immigration System

Comparing the U.S. system to the migration and refugee law systems of other countries, several features of the United States regime are particularly distinctive. First, the large-scale admission of lawful permanent migrants every year routinizes and normalizes the entry of noncitizens. Second, the forty-year tradition of allocating a significant portion of the annual legal migration quotas to refugees has created a successful track record of accepting individuals fleeing persecution. Third, in contrast to most other countries, the United States maintains a large refugee resettlement program. In fact, most of the humanitarian migrants in the United States arrive via this program after a lengthy overseas selection process. Fourth, the presumption is that these migrants will permanently remain in the United States and become citizens. Fifth, because permanent residence is presumed and integration is desired, refugees receive employment authorization and other social benefits available to U.S. citizens on the first day they arrive in the United States. Asylum seekers, who have not been vetted prior to their arrival, receive employment and other benefits starting on the day they are granted asylum.<sup>125</sup>

A further distinguishing feature is the large body of jurisprudence concerning refugee status and humanitarian protection in the United States. This results from a robust asylum adjudication system, combined with a vigorous structure of judicial review.<sup>126</sup> Centralized publication of reasoned decisions by the Immigration Courts, the Board of Immigration Appeals,<sup>127</sup> and the U.S. courts of appeal provide a wealth of sources for an evolving refugee law system.<sup>128</sup> The regional structure of the federal appellate courts,<sup>129</sup> in which the judicial decisions from

<sup>125</sup> For more details on the asylum process and work authorization, see text accompanying notes 60-63.

<sup>126</sup> Most of the jurisprudence has developed in response to asylum seekers who arrive spontaneously in the United States, rather than refugees resettled from overseas. The asylum process in the United States includes review by federal courts, see text accompanying notes 66-69, while the overseas selection of refugees does not include judicial review, see text accompanying notes 53-56.

<sup>127</sup> U.S. Department of Justice, Executive Office of Immigration Review, Virtual Law Library, <https://www.justice.gov/eoir/virtual-law-library>.

<sup>128</sup> Each U.S. court of appeals maintains its own website where judicial opinions are available at no charge. See, e.g., <http://www.ca1.uscourts.gov/opinions-oral-arguments>.

<sup>129</sup> For a description of the geographical organization of the federal circuit court of appeals, see Federal Judicial Center, *Federal Judicial Circuits*, <https://www.fjc.gov/history/administration/federal-judicial-circuits>.

one region serve as binding precedent only for courts within that region, frequently leads to conflicting interpretations of the applicable immigration legislation. The availability of multiple different authoritative perspectives on an immigration topic provides useful resources for courts in regions that have not yet ruled on an issue. Furthermore, in some instances the publication of contrary judicial interpretations leads courts to revisit and modify their prior rulings.

One of the negative features of the U.S. migration system is the lack of government support for attorneys to assist refugees, asylum seekers, and other migrants. In contrast to the practice in some European countries,<sup>130</sup> U.S. law does not guarantee the right to an attorney in matters involving expulsion, even when it may be life-threatening. Litigants in civil disputes have the right to rely on a lawyer at their own expense, but the government does not provide a lawyer.<sup>131</sup> Empirical evidence shows that most migrants are not represented by attorneys at Immigration Court.<sup>132</sup> The evidence also reveals a strong correlation between positive results and cases in which attorneys have assisted migrants.<sup>133</sup>

The lack of attorney support for migrants is a frequent topic of debate and litigation at the current time. Advocates argue that the potential penalty – expulsion from a land where the migrant has lived for many years and attendant separation from family members and friends – is more severe than many of the criminal penalties that automatically trigger a court-appointed lawyer. Litigation is making small inroads in this area, particularly concerning vulnerable migrants, such as children and the mentally disabled.<sup>134</sup> Individual cities, such as New York City, have funded programs to ensure that migrants facing

<sup>130</sup> E.g., Spanish Asylum Law, art.18(1)(b) (providing right to legal assistance during administrative and judicial phases of asylum procedure), <http://www.asylumineurope.org/reports/country/spain/regular-procedure>.

<sup>131</sup> INA § 292; ALEINIKOFF, MARTIN, MOTOMURA, FULLERTON, STUMPF, *Immigration Law*, cit., pp. 906-919.

<sup>132</sup> EAGLY, SHAFER, *A National Study of Access to Counsel in Immigration Court*, in 164 *University of Pennsylvania Law Review*, 2015, p. 16.

<sup>133</sup> *Ibid.*, p. 9. For a discussion of the negative impact on asylum claims of individuals who are not represented by an attorney, see Transactional Records Access Clearinghouse (TRAC), *Immigration, Continued Rise in Asylum Denial Rates: Impact of Representation and Nationality*, Figure 2, Asylum Denial Rates in Immigration Court by Representation Status, <http://trac.syr.edu/immigration/reports/448/>.

<sup>134</sup> *Franco-Gonzales v. Holder*, 767 F. Supp. 2d 1034 (C.D. Cal. 2010) (right to counsel for immigration detainees with serious mental impairment); *F.L.B. v. Lynch*, 2016 (W.D. Wash. 2016) (ongoing class action litigation concerning right to counsel for minors in immigration proceedings).

deportation will have the assistance of attorneys.<sup>135</sup> As a general rule, however, it remains the case that there are no government-provided attorneys for migrants in immigration litigation.

### 7. *Interplay between Domestic and International Law*

U.S. law looks inward. Bordered by the Atlantic and Pacific Oceans and dismissive of the size and influence of its North American neighbors, the United States law emphasize its common law framework and its Anglo-American heritage. Additionally, the hubris of a large wealthy nation armed by the most powerful military in the world has influenced the legal education in the United States. U.S. law schools do not require the study of international law. Moreover, there is a strong belief in the exceptional nature of U.S. law and society, and, consequently, in the inapplicability of other bodies of law. Not surprisingly, the U.S. legal system is essentially dualist: international law does not apply of its own force, but only after the U.S. legislature internalizes it via enacting implementing statutes.

There is also a strong isolationist streak, which encourages an aversion to looking beyond U.S. borders for insights or solutions to legal problems. Intemperate criticism of Supreme Court Justice Kennedy's reference to the jurisprudence of the European Court of Human Rights is one high profile example of this view.<sup>136</sup> After the September 11 terror attacks in the United States, xenophobic fears increased, and multiple states and cities considered legislation to outlaw

<sup>135</sup> New York Immigrant Family Unity Project, [www.bronxdefenders.org/programs/new-york-immigrant-family-unity-project/](http://www.bronxdefenders.org/programs/new-york-immigrant-family-unity-project/).

<sup>136</sup> *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 598 (2003) (Scalia, J., dissenting). Members of the public demanded Justice Kennedy's impeachment; one called the citation of foreign law a "Marxist-Leninist satanic principle." See Farber, *The Supreme Court, the Law of Nations, and Citations of Foreign Law: the Lessons of History*, 95 *California Law Review* 1335, 1343 (2007). Members of the U.S. Senate and House of Representatives introduced resolutions to ban the use of foreign legal principles, *Reaffirmation of American Independence Resolution*, H.R. Res. 568, 108<sup>th</sup> Cong. (2004); S. Res. 92, 109<sup>th</sup> Cong. (2005). Another Member of Congress proposed legislation to make citation to foreign law an impeachable offense. H.R. Res. 568, 108<sup>th</sup> Cong. (2004). U.S. Representative Poe proclaimed that Justice Kennedy's acknowledgment of U.K. law was a betrayal of the U.S. revolution: It is unforgivable for "justice in this land of America" to use British law in interpreting the U.S. Constitution. "What the British could not accomplish by force, our Supreme Court has surrendered to them voluntarily!", 151 Cong. Rec. H 3N5 (daily ed., 10 May 2005).

the application of “foreign” law.<sup>137</sup> These efforts generally focused on Muslim communities and targeted “sharia” law.

The isolationism and skepticism/hostility to international law is not a new trend, however. When laws and ordinances enforcing racial segregation held sway in the 1950s and 1960s, U.S. Senate, led by legislators from southern states, refused to ratify international human rights treaties that might provide authority for questioning *de jure* segregation.<sup>138</sup> The resistance to the idea that international norms should provide a framework for reviewing U.S. statutes and practices has continued in the U.S. Congress. Indeed, numerous U.S. groups have continued to oppose and deride the United Nations.<sup>139</sup>

Therefore, it is not surprising that the United States, which views itself as a leader of the “free world,” is not a State Party to the majority of international human rights treaties. The United States has not ratified the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women,<sup>140</sup> the Convention on the Rights of the Child,<sup>141</sup> the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights.<sup>142</sup> Nor has it ratified the Convention relating to the Status of Stateless Persons,<sup>143</sup> the Convention on the Reduction of Statelessness,<sup>144</sup> the International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers,<sup>145</sup> or the American Convention on Human Rights.<sup>146</sup>

<sup>137</sup> LEINWAND, *More States Enter Debate on Sharia Law*, USA Today, 8 Dec. 2010.

<sup>138</sup> GRANT, *The Bricker Amendment Controversy*, in 15 *Presidential Studies Quarterly*, 1985, pp. 572-582; AMBROSE, *Eisenhower, Volume 2: The President*, New York, 1984.

<sup>139</sup> See, e.g., GARDINER, *The Decline and Fall of the United Nations: Why the U.N. Has Failed and How It Can Be Reformed*, Heritage Foundation, 7 February 2007.

<sup>140</sup> Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women (CEDAW), *done* 18 December 1979, *entered into force* 3 September 1981, 1249 U.N.T.S. 13.

<sup>141</sup> Convention on the Rights of the Child (CRC), *done* 20 November 1989, *entered into force* 2 September 1990, 1577 U.N.T.S. 3.

<sup>142</sup> International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR), *done* 16 December 1966, *entered into force* 3 January 1976, 993 U.N.T.S. 3.

<sup>143</sup> Convention relating to the Status of Stateless Persons, 1954, *done* 28 September 1954, *entered into force* 6 June 1960, 360 U.N.T.S. 117.

<sup>144</sup> Convention on the Reduction of Statelessness, *done* 30 August 1961, *entered into force*, 13 December 1975, 989 U.N.T.S. 175.

<sup>145</sup> International Convention on the Protection of Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families (ICMW), *done* 18 December 1990, *entered into force* 1 July 2003, 2220 U.N.T.S. 3.

<sup>146</sup> American Convention on Human Rights, *done* 22 November 1969, *entered into force* 18 July 1978, 1144 U.N.T.S. 123.

The United States signed, but did not ratify the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees.<sup>147</sup> Later, however, it became a party to the 1967 Protocol to the Refugee Convention, thus obligating itself to uphold the terms of the earlier Convention.<sup>148</sup> It also ratified the Convention against Torture and other Cruel, Inhuman and Degrading Treatment or Punishment.<sup>149</sup> The international law that has developed from these treaties exert great force in U.S. jurisprudence concerning expulsion of noncitizens. Despite a general hostility, or, at best, skepticism, to international law, U.S. law treats seriously the *nonrefoulement* obligations imposed by these Conventions. Migrants have the right to go to federal court to assert that they may not be expelled if they fear they will face persecution or torture in their homelands.<sup>150</sup>

#### 8. Assessment

The United States remains a country where immigration is a major force of nation building. It is a settler society, proud of its immigrant forebears, including the economic migrants as well as the refugees fleeing persecution. Nonetheless, American commitment to immigration wavers from time to time. With the 2016 election of a president who campaigned on an anti-immigrant platform, concerns about large immigrant streams have come to the fore. Simultaneously, the Trump Administration has questioned the long-standing U.S. commitment to resettling sizeable numbers of refugees fleeing persecution. These disputes are occurring at the same time that the Trump Administration has signaled its distrust of international institutions and its hostility to binding international norms. The immediate future may be a time when the United States turns away from mass migration and from international law. Such a path would be in conflict with the migration

<sup>147</sup> Convention relating to the Status of Refugees, *done* 28 July 1951, 189 U.N.T.S. 137.

<sup>148</sup> 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, *done* 31 January 1967, 606 U.N.T.S. 267. See MARTIN, ALEINIKOFF, MOTOMURA, FULLERTON, *Forced Migration*, cit., p. 90.

<sup>149</sup> Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman, and Degrading Treatment (CAT), *done* 10 December 1984, *entered into force* 26 June 1987, 1468 U.N.T.S. 85.

<sup>150</sup> See MARTIN, ALEINIKOFF, MOTOMURA, FULLERTON, *Forced Migration*, cit., pp. 85-112, 585-625.

experience and history of the United States and would be met with substantial protest. The future remains to be seen.



# SOUTH AFRICA, LAND OF IMMIGRATION? LEGAL AND POLICY REFLECTIONS

Cristiano D'ORSI\*

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. Figures. – 3. Domestic Legal System and Migration. – 4. Specific Cases: Zimbabwe and Lesotho. – 5. Refugee Protection and Immigration/Refugee Systems Interactions. – 6. Economic Migrants, Refugees and Their Right to Work in South Africa. – 7. Reflections on the Ongoing Situation.

## *1. Introduction*

South Africa (SA) is the only African country to have been ranked by the UN among the first twenty world countries hosting the largest communities of migrants in 2015.<sup>1</sup>

In 2015, SA counted more than 3,100,000 documented migrants, representing 6% of the total population of the country.<sup>2</sup>

On February 28, 2017, during a visit to Sochanguve (township in Pretoria), the former SA President, J. Zuma, highlighted that South Africans, “are not xenophobic”<sup>3</sup> and that the anti-immigrant march

\* Research Fellow and Lecturer, South African Research Chair in International Law, University of Johannesburg.

<sup>1</sup> UN International Migration Report 2015, Department of Social and Economic Affairs (2016) 7, available at: <[http://www.un.org/en/development/desa/population/migration/publications/migrationreport/docs/MigrationReport2015\\_Highlights.pdf](http://www.un.org/en/development/desa/population/migration/publications/migrationreport/docs/MigrationReport2015_Highlights.pdf)> (last accessed 25 June 2017).

<sup>2</sup> UN, International Migration Report 2015, Annex, p. 29.

<sup>3</sup> For a definition of xenophobia, see: ‘Xenophobia is a broad notion [...]. The term “xenophobia” comes from the Greek words ξένος (xenos), meaning “foreigner”, “stranger”, and φόβος (phobos), meaning “fear”. Manifestations of xenophobia are usually triggered by intense dislike or hatred against people that are perceived as outsiders, strangers or foreigners to a group, community or nation, based on their presumed or real descent, national, ethnic or social origin, race, colour, religion, gender, sexual orientation or other grounds. Manifestations of xenophobia include acts of direct discrimination, hostility or violence and incitement to hatred. Xenophobic acts are intentional as the goal is to humiliate, denigrate and/or hurt the person(s) and the “associated” group of people’. See: OHCHR, Xenophobia, Factsheet (no date available),

organized in Pretoria on February 24, 2017, was “evidence that citizens are fed up with crime.”<sup>4</sup> This declaration was a reaffirmation of what stated two years before, during a previous wave of attacks against migrants.<sup>5</sup>

In effect, the mental association between a “migrant” and a “criminal” is not uncommon in SA.

Such affirmations have been made during an event in the framework of the Operation Phakisa (“hurry up” in Sotho), launched in 2014,<sup>6</sup> and representing a governmental initiative intended to boost the implementation of solutions on critical development issues in the country, such as inequality, poverty, and unemployment.<sup>7</sup> This operation has to be coupled with another one, the Operation Fiela (to ‘clean up’ in Sotho)/Reclaim, started in April 2015, aiming at eliminating criminality in South Africa,<sup>8</sup> with more than 15,000 migrants, both documented and undocumented, having been repatriated by September for their alleged involvement in a range of crimes: from housebreaking to rape, from theft to possession of drugs.

However, this operation has been criticised by civil society as a sort of “state-sponsored” xenophobia.<sup>9</sup>

Yet, the UN Committee on the Elimination of Racial Discrimination affirmed as follows:

available at: <<http://unicpretoria.org.za/files/2015/04/Xenophobia-final.pdf>> (last accessed 25 June 2017).

<sup>4</sup> News24, “South Africans are not xenophobic”, 24 February 2017, available at: <<http://www.news24.com/Video/SouthAfrica/News/watch-south-africans-arent-xenophobic-jacob-zuma-20170224>> (last accessed 10 June 2017).

<sup>5</sup> The Guardian “‘South Africa is not a xenophobic nation’: a letter from Jacob Zuma”, 28 April 2015, available at: <<https://www.theguardian.com/world/2015/apr/28/south-africa-is-not-a-xenophobic-nation-a-letter-from-jacob-zuma>> (last accessed 25 June 2017). Concerning the spreading sentiment of xenophobia in South Africa, after the end of *apartheid*, see also: JACOBSEN, *Migration within Africa: the View from South Africa*, in *The Fletcher Forum of World Affairs*, Vol. 31, 2007, pp. 208-209.

<sup>6</sup> Address by His Excellency President Jacob Zuma at the Operation Phakisa: Unlocking the Economic Potential of the Ocean Economy Open Day International Convention Centre (ICC), Durban. (15 October 2014).

<sup>7</sup> Government of South Africa, Operation Phakisa, available at: <<http://www.operationphakisa.gov.za/Pages/Home.aspx>> (last accessed 25 June 2017).

<sup>8</sup> Government of South African, Operation Fiela (no date available), available at: <<http://www.gov.za/operation-fiela>> (last accessed 25 June 2017).

<sup>9</sup> MAROMO, “Operation Fiela nets 15 000 immigrants”, 7 September 2015, *Independent Online (IOL)*, available at: <<http://www.iol.co.za/news/crime-courts/operation-fiela-nets-15-000-immigrants-1912053>> (last accessed 25 June 2017).

“[The Committee recommends that the State party should also:] take action to prosecute perpetrators of racial discrimination and xenophobia motivated crimes; provide further information on the prosecution of cases of violence against “foreign nationals”, in dedicated courts or other courts; [...] conduct public education campaigns to end racism and xenophobia.”<sup>10</sup>

Thus, this chapter will provide with a legal and policy analysis of the situation of migrants in SA, briefly touching upon also on the situation of asylum-seekers and refugees, following a simple and clear scheme. First of all, I will provide with the essential figures to understand the impact that the phenomenon of immigration is having on the country. I will then provide with the examination of the main domestic legal instruments protecting the rights of migrants, analysing the two specific cases of the Zimbabwean and Lesotho nationals, who undergo a specific regime in SA. After that, I will proceed investigating the interactions between the immigration and the refugee system in the country, for this purpose offering a brief illustration of the refugee protection in SA. Therefore, I will illustrate the international obligations that SA has in protecting immigrants and refugees, concluding my chapter with several reflections on the ongoing situation and recent developments in the policy managements of immigrants and refugees in the country.

## 2. Figures

According to the most recent official statistics available and provided by the Government of South Africa, at the end of 2013 the Department of Home Affairs (DHA) released 101,910 new temporary residence permits: 33,186 (32.5% of the total amount) visitors’ permit and 24,027 (23.6% of the total) work permits.<sup>11</sup> Zimbabwe (18,899, 18.5% of the total), Nigeria (10,265, 10.1%) and India (7,829, 7.7%) represented the three leading countries for the number of temporary

<sup>10</sup> Committee on the Elimination of Racial Discrimination (CERD), Concluding observations on the fourth to eighth periodic reports of South Africa, CERD/C/ZAF/CO/4-8, 26 August 2016, paragraph 27.c, at 6.

<sup>11</sup> Statistics South Africa, *Documented immigrants in South Africa, 2013-2014*, 15 July 2014, Table 3.1 16, available at: <<http://www.statssa.gov.za/publications/P03514/P035142013.pdf>> (last accessed 25 June 2017).

permits granted.<sup>12</sup> It is interesting to note that, in the same year, DHA released only 6,801 permanent residence permits, of which 58.3% (3,962) constituted relatives' permits, 31.6% (2,152) work permits and only 5.5% (374) refugee permits.<sup>13</sup> The leading countries in the category of permanent residence's permits were represented by Zimbabwe (1,939, 28.5% of the total), Democratic Republic of Congo (587, 8.6%) and India (500, 7.4%).<sup>14</sup>

According to a recent estimation, the real number of foreign nationals residing in South Africa, including the undocumented ones, varies between two and five million.<sup>15</sup> Finally, in the financial year 2014/2015, 54,169 foreigners have been deported from South Africa with Mozambican (19,562), Zimbabwean (13,962) and Lesotho (11,012) nationals making up 82% of the entire number.<sup>16</sup> In this regard, as

<sup>12</sup> Ibid., Figure 3.1, 17. Table 3.2, 18, shows that the age-group having obtained the largest number of temporary permit is 30-34, followed by 25-29 and by 36-39, the age-groups more suitable to work. As explained at 21: "The results on the Africa's recipients showed a number of similarities. A large proportion of the Africa recipients were given visitors' (31.2%) and relatives' (24.0%) permits. Nearly one in four of the recipients each were issued with study (22.2%) and work (18.3%) permits. None of the sub-regions followed the sequencing of the four main types of permits as observed from the overall Africa region. However, most of the recipients from all the sub-regions in Africa were given relatives' and visitors' permits. The highest proportion of relatives' permits was among North Africa (34.0%) recipients. They were followed by West Africa with 30.4%. West Africa (38.0%) showed the highest proportion of visitors' permit. North Africa (21.8%) and SADC (21.1%) had the highest proportion of their recipients with work permits. Study permits were more prominent among East and Central Africa (27.3%) and SADC (24.5%) recipients compared to the West Africa (14.7%) and North Africa (13.6%). Furthermore, a relatively high proportion of recipients of business permits was observed among recipients from East and Central Africa (3.6%)."

<sup>13</sup> Ibid., Table 4.1, 36.

<sup>14</sup> Ibid., Figure 4.1, 37. At 40, it is explained: "[S]imilar to the overseas recipients, more than half of the Africa (57.2%) recipients used the relatives' category status to acquire permanent residence in South Africa. West Africa (62.9%) and North Africa (62.8%) had a higher proportion of recipients with relatives' category status. Work category status was used by 34.4% of the recipients from SADC and the West Africa sub-region. The proportions that used work category from North Africa and East and Central Africa were 29.5% and 25.8% respectively. The proportions of recipients with business and finance category status were relatively low (less than 10.0%) in each of the Africa sub-regions even though North Africa (7.7%) and East and Central Africa (5.7%) had higher proportions. Similarly, retired persons' category status was rarely used by nationals from the Africa sub-groups. However, all the recipients with refugee status were from East and Central Africa (21.9%), SADC (6.6%) and West Africa (0.7%)."

<sup>15</sup> WILKINSON, "Do five million immigrants live in SA?", 6 May 2015, *Mail & Guardian*, available at: <<http://mg.co.za/article/2015-05-06-do-5-million-immigrants-live-in-sa>> (last accessed 25 June 2017).

<sup>16</sup> DHA, *Towards a New White Paper on International Migration: Progress Update on the Green Paper on International Migration*, 14 February 2017, 12, available at:

detention in jail is the usual measure undertaken before deporting foreigners, in a judgment delivered on August 28, 2014, the High Court in Johannesburg declared “unlawful and unconstitutional” to detain persons

“[F]or a period exceeding thirty calendar days from the date on which that person was first arrested and detained, pending his or her removal from the country, in the absence of a valid and lawful warrant issued by a magistrate’s court on good and reasonable grounds for a period not exceeding ninety calendar days [...]”<sup>17</sup>

If I consider also the number of forced migrants in the country, at the end of 2016 SA hosted 91,043 refugees, who “are unquestionably a vulnerable group [...] and their plight calls for compassion”<sup>18</sup> and 218,299 asylum-seekers.<sup>19</sup> According to the SA authorities, at the end of January 2016, all the top 15 countries of origin of asylum-seekers in the country were African, with Zimbabwe (20,405) Ethiopia (10,176) and Democratic Republic of Congo (8,029) occupying the first three positions of the ranking.<sup>20</sup>

<[http://pmg-assets.s3-website-eu-west-1.amazonaws.com/170214PC\\_Update\\_Green\\_Paper.pdf](http://pmg-assets.s3-website-eu-west-1.amazonaws.com/170214PC_Update_Green_Paper.pdf)> (last accessed 25 June 2017).

<sup>17</sup> *South African Human Rights Commission and Others v Minister of Home Affairs: Naledi Pandor and Others* (41571/12) [2014] ZAGPJHC 198; 2014 (11) BCLR 1352 (GJ); [2014] 4 All SA 482 (GJ), 28 August 2014, available at:

<<http://www.saflii.org/za/cases/ZAGPJHC/2014/198.html>> (last accessed 26 June 2017). See: para. 52.2.1 of the Judgement.

<sup>18</sup> *Union of Refugee Women and Others v Director, Private Security Industry Regulatory Authority and Others (CCT 39/06)* [2006] ZACC 23; 2007 (4) BCLR 339 (CC); (2007) 28 ILJ 537 (CC); 2007 (4) SA 395 (CC), 12 December 2006, available at:

<<http://www1.saflii.org/cgi-bin/disp.pl?file=za/cases/ZACC/2006/23.html&query=refugees>> (last accessed 27 March 2018). See: para. 28 of the Judgement.

<sup>19</sup> UNHCR, Statistics (The World in Numbers), available at: <<http://popstats.unhcr.org/en/overview>> (last accessed 27 March 2018).

<sup>20</sup> DHA, *White Paper for International Migration in South Africa, July 2017*, Table 6, p. 28 available at: <<http://www.dha.gov.za/WhitePaperonInternationalMigration-20170602.pdf>> (last accessed 28 March 2018).

### 3. Domestic Legal System and Migration

The SA policy on immigration started out with the 1999 White Paper on International Migration.<sup>21</sup> Policy has been implemented through the Immigration Act, 2002,<sup>22</sup> its 2005 Regulations<sup>23</sup> and partially through the Refugees Act, 1998 (Act No. 130 of 1998).<sup>24</sup>

By the time, the DHA has revised both the Immigration and the Refugees Acts, giving effect to regulations and, consequently, strategies in order to address breaches in the relative legislation and policy, for example in the management of immigration, asylum-seekers and refugees.

The Immigration Act, 2002 and its correspondent Regulations, however, contained several gaps that have been highlighted by the South African Human Rights Commission (SAHRC). First of all, these instruments failed to mention the rights of unaccompanied minors and minors in detention centres, entailing possible violations of SA constitutional and human rights legal obligations. In addition, other problems raised by the SAHRC concerned the application of Section 41 (“Identification”) and Section 47 (“Internal Monitor and Controls”) of the Act, this last section specifically concerning the establishment of the Anti-Corruption Unit mentioned in its Sub-Section 1.<sup>25</sup>

<sup>21</sup> International Migration White Paper, 31 March 1999, available at: <<https://www.gov.za/documents/international-migration-white-paper>> (last accessed 27 March 2018).

<sup>22</sup> South Africa, *Immigration Act 13 of 2002* (Gazette No. 23478, Notice No. 766, dated 31 May 2002. Commencement date: 12 March 2003, unless otherwise indicated. [Proc. No. R13, Gazette No. 24951, dated 20 February 2003]), available at: <[http://www.gov.za/sites/www.gov.za/files/a13-02\\_0.pdf](http://www.gov.za/sites/www.gov.za/files/a13-02_0.pdf)> (last accessed 26 June 2017).

<sup>23</sup> South Africa, *Immigration Regulations of 2005*, 1 July 2005, available at:

<<http://www.refworld.org/docid/42cc05444.html>> (last accessed 26 June 2017).

<sup>24</sup> South Africa, *Refugees Act 130 of 1998* (Gazette No. 19544, Notice No. 1558, Dated 2 December 1998. Commencement Date: 1 April 2000 [Proc. No. 19, Gazette No. 21061, Dated 3 April 2000 And Proc. No. R22, Gazette 21075, Dated 6 April 2000]), available at:

<[https://www.Gov.Za/Sites/Www.Gov.Za/Files/A130-98\\_0.Pdf](https://www.Gov.Za/Sites/Www.Gov.Za/Files/A130-98_0.Pdf)> (last accessed 27 March 2018).

<sup>25</sup> SAHRC, *Comments on Draft Immigration Regulations to the Immigration Act 2002 (Act No. 13 of 2002)*, 2 June 2003, available at:

<https://www.sahrc.org.za/home/21/files/9%20SAHRC%20Comments%20on%20Immigration%20Act%20Regulations%20%28Comment%20to%20Dept.%29%20June%2003.pdf>> (last accessed 27 March 2018).

Among the revisions made at a later stage, the Immigration Amendment Acts, 2007<sup>26</sup>, 2011,<sup>27</sup> as well as the Immigration Regulations, 2014, came into operation on May 26, 2014,<sup>28</sup> repealing the Regulations adopted in 2005.<sup>29</sup>

However, the Immigration Act, 2002 and its Regulations have been amended primarily to define all categories of “temporary” residence permits as “visas” in order to make a clear distinction between short stay visas and a permanent residence permit,<sup>30</sup> issued for a longer stay.<sup>31</sup>

As the new applications for visas from abroad are admissible only if made physically, such a situation allows for the implementation of the verification of the identity of the applicants prior to their arrival in SA.<sup>32</sup>

In the amended system, a long term Multiple Entry Visa, issued for a period exceeding three months and up to three years, is also admitted, although each entry may not exceed ninety days at a time. This initiative has been extended to the other BRICS (Brazil, Russia, India and China) countries by the release of a visa to BRICS business executives for a period of ten years.<sup>33</sup>

In addition, in the amended system is also clarified the authorisation to work under a Visitor’s Visa, in terms of Section 11.2, providing for

<sup>26</sup> South Africa, *Immigration Amendment Act, 2007*, No. 3, 18 July 2007, available at: <<http://www.gov.za/sites/www.gov.za/files/a3-2007.pdf>> (last accessed 26 June 2017).

<sup>27</sup> South Africa, *Immigration Amendment Act, 2011*, No. 13, 26 August 2011, available at: <[http://www.gov.za/sites/www.gov.za/files/a13\\_2011\\_0.pdf](http://www.gov.za/sites/www.gov.za/files/a13_2011_0.pdf)> (last accessed 26 June 2017).

<sup>28</sup> South Africa, *Government Gazette*, Vol. 587, No. 10199, 22 May 2014, available at: <[http://www.dha.gov.za/images/final\\_Immigration\\_Regulations\\_2014\\_1.pdf](http://www.dha.gov.za/images/final_Immigration_Regulations_2014_1.pdf)> (last accessed 26 June 2017).

<sup>29</sup> Ivi, *Immigration Regulations*, 22 May 2014, Section 41: “The Immigration Regulations published in Government Notice No. 616 of 27 June 2005 are hereby repealed.”

<sup>30</sup> DHA, *An overview of the new immigration laws and regulations and their implications*, by Home Affairs Director-General Mkuseli Apleni, at the information session for Members of Parliament, 23 April 2015, available at:

<<http://www.dha.gov.za/index.php/statementspeeches/600-overview-of-the-new-immigration-laws-and-regulations-and-their-implications-by-home-affairs-director-generalmkuseli-apleni>> (last accessed 26 June 2017).

<sup>31</sup> Ibid.

<sup>32</sup> Ibid.

<sup>33</sup> Ibid. Section 11.4 stipulates as follows: “(4) A visitor’s permit may be issued for more than one entry if multiple entries into the Republic over a period not exceeding three months are requested by the person concerned.”

people, of specific categories, to work, for a period not exceeding three months.<sup>34</sup> In contrast, in the non-amended version of the Act, Section 11.2 clearly stipulated that: “The holder of a visitor’s permit may not conduct work.”

Nevertheless, this is often abused by some foreigners who overstay in the country further than the legal duration of their visa, instead of applying for an appropriate one, such as a “critical skills” visa.

The Critical Skills Work Visa has been introduced to attract the holders of skills of national interest.

A Critical Skills Work Visa may be issued even prior to employment (example: to students who have just completed their PhD) and whose holders may apply for permanent residence, without having to wait for five years of staying in the country under a different visa arrangement.<sup>35</sup>

To this purpose, a “critical skills list” was prepared in consultation with business and other government Departments, including Higher Education, Economic Development and Trade & Industry: published on June 3, 2014 it is not “closed”, remaining open to further recommendations.<sup>36</sup>

One of the areas where there was more misunderstanding in the past concerned the Visa Waiver/Exemption.<sup>37</sup> Today, the waiver clearly applies only to visitors for holiday purposes, and may not be used for other purposes requiring specific visas, like for business, study or work reasons.<sup>38</sup>

<sup>34</sup> *Ibidem*. Section 11.2 stipulates as follows: “2) The holder of a visitor’s permit may not conduct work.”

<sup>35</sup> DHA, Critical Skills Visa, available at: <<http://www.home-affairs.gov.za/index.php/immigration-services/scarc-skills-work-permits>> (last accessed 26 June 2017). As it is explained: “The Critical Skills Work Visa will enable the Department and the government to achieve the objectives of programmes such as National Development Plan (NDP), Industrial Policy Action Plan (IPAP) and New Growth Plan (NGP). The Department of Home Affairs has amended the Immigration legislation that came with various changes, which led to the introduction of Critical Skills Work Visa (CSWV). The Critical Skills Work Visa emanates from the merger of the former Exceptional Skills and Quota Work visas. The latter was issued in line with the Quota List of 2009, which had skills categories, requirements, and the quota of skills targeted in the Republic of South Africa.”

<sup>36</sup> Government Gazette, Vol. 588, No. 37716, 3 June 2014, available at: <[http://www.dha.gov.za/images/immigration\\_critical\\_skills.pdf](http://www.dha.gov.za/images/immigration_critical_skills.pdf)> (last accessed 26 June 2017).

<sup>37</sup> In this regard, see: Section 31 of the Immigration Act (Exemptions).

<sup>38</sup> DHA, Passport Holders Who Are Exempt from Visas for South Africa, available at:

Hence, any person not entering SA exclusively for holiday purposes must be authorized (by the correspondent Mission abroad) in terms of Section 11.2 of the Immigration Act to conduct business, study or work while on holiday.<sup>39</sup>

Any person who protracts the legal duration of a visa will now be listed as an undesirable person and may be prevented from returning to SA for a prescribed period.<sup>40</sup> In contrast with what happened in the past, these persons do not have the option to pay a fine, anymore, given that the experience has shown that this option, when admitted, has not served as a deterrent.<sup>41</sup>

#### *4. Specific Cases: Zimbabwe and Lesotho*

In August 2014, the SA DHA announced the creation of a new Zimbabwean Special Dispensation Permit (ZSP). With the intention of granting additional protection to Zimbabweans, the ZSP allowed permit-holders to live, study, and work in SA for the duration of the permit, in principle valid until December 31, 2017.<sup>42</sup> During the course of 2017 a new permit has been issued: the Zimbabwean Exemption permit (ZEP), exclusively applicable to applicants who were on the ZSP and whose permits were expiring at end of December 2017. The ZEP will be valid for four years.<sup>43</sup>

<<http://www.dha.gov.za/index.php/immigration-services/exempt-countries>> (last accessed 26 June 2017).

<sup>39</sup> DHA, *An overview of the new immigration laws and regulations and their implications*, cit.

<sup>40</sup> In this regard, see: Section 30.1 of the Immigration Act (Undesirable Persons): “1) The following foreigners may be declared undesirable by the Department as prescribed a) anyone who is or is likely to become a public charge; b) anyone identified as such by the Minister after consultation with the Board or in the case of urgency, by the Minister who, in such cases, shall inform the Board as soon as practicable; c) anyone who has been judicially declared incompetent; d) an unrehabilitated insolvent; e) anyone who has been ordered to depart in terms of this Act; f) anyone who is a fugitive from justice; and g) anyone with previous criminal convictions without the option of a fine for conduct which would be an offence in the Republic with the exclusion of certain prescribed offences.”

<sup>41</sup> DHA, *An overview of the new immigration laws and regulations and their implications*, cit.

<sup>42</sup> South African Human Rights Commission, *National Human Rights Institution Report* (n. 82), July 2016, paragraph 2.2.2, 14.

<sup>43</sup> DHA, Statement by Home Affairs Director-General Mkuseli Apleni at the Media Briefing on the Uptake of the Zimbabwean Exemption Permit (ZEP) and Extension of Scheduling of Appointments at VFS Offices, 10 November 2017, available at:

In 2016, a similar initiative has been undertaken for Lesotho, by means of a special permit (LSP) in order to regularise the present illegal stay of Lesotho nationals in SA and to provide both workers and employers with appropriate documentation. The inauguration of the programme commenced in February 2016 and will expire on December 31, 2019. This initiative also provides for an amnesty to all Lesotho nationals having submitted fraudulent permits, SA passports and/or identity cards.<sup>44</sup>

### 5. Refugee Protection and Immigration/Refugee Systems Interactions

In SA, the immigration and refugee systems interact at several points, such as, for instance, at the provision concerning the “asylum transit visas” and at the distinction between asylum-seekers and “illegal foreigners.”

Section 24 of the amended Immigration Act provides for the provision of a cross-border and transit pass<sup>45</sup> while the Immigration Regulations provide that “[a] person claiming to be an asylum-seeker [...] shall apply, in person at a port of entry, for an asylum transit visa [...]”<sup>46</sup>

However, there is no authority for officials to use their discretion on the issuance of the permit, nor does the legislation require an asylum transit visa holder to lodge an asylum application or that the asylum-

<<http://www.dha.gov.za/index.php/statements-speeches/1054-statement-by-home-affairs-director-general-mkuseli-apleni-at-the-media-briefing-on-the-uptake-of-the-zimbabwean-exemption-permit-zep-and-extension-of-scheduling-of-appointments-at-vfs-offices>> (last accessed 27 March 2018).

<sup>44</sup> DHA, *Statement by Home Affairs Minister Malusi Gigaba at the media briefing post meeting with Lesotho Home Affairs Minister Lekhetho Rakuane, on the Lesotho Special Permit (LSP)*, 28 January 2016, available at: <<http://www.dha.gov.za/index.php/statements-speeches/736-statement-by-home-affairs-minister-malusi-gigaba-at-the-media-briefing-post-meeting-with-lesotho-home-affairs-minister-lekhetho-rakuane-on-the-lesotho-special-permit-lsp>> (last accessed 26 June 2017).

<sup>45</sup> Section 24 of the Immigration Act (Cross-Border and Transit Pass) stipulates as follows: “1) The Department may issue a cross-border pass with the same effect as a multiple admission visitor’s permit to a foreigner who is a citizen of a prescribed foreign country with which the Republic shares a border and who does not hold a passport but has received a prescribed identity document by the Department and is registered with the Department. 2) The Department may issue a transit visa authorising a foreigner travelling to a foreign country to make use of the transit facilities at a port of entry.”

<sup>46</sup> Section 22.1 of the Immigration Regulations entered into force in 2014.

seeker entered through a recognised port of entry.<sup>47</sup> Hence, it is clear that anyone claiming to be an asylum-seeker, even if entering SA not from one of the designated port of entries<sup>48</sup> has the right to receive the transit-visa and, of course, he/she is not obligated to apply for asylum in SA because he/she use SA only as a transit place. However, the more and more common, also in SA, is the application of the principle of the “first safe country of asylum” that, in effect, would oblige the asylum-seeker to lodge his/her application in the first country where he/she touches base. Yet, the use of this principle to exclude and reject asylum-seekers has been considered against both national and international law by SA experts.<sup>49</sup>

An “illegal foreigner” is defined as “a foreigner who is in the Republic in contravention of this Act”,<sup>50</sup> referring to individuals without documentation to prove legal status.

This does not include asylum-seekers or refugees in possession of a permit or those in possession of an asylum transit permit. Although the former Section 23.2 (now repealed) stipulated that an asylum-seeker became an illegal foreigner if the asylum transit permit expires before reaching a Refugee Reception Office (RRO), the Supreme Court of Appeal (SCA) has found that the lapse of an asylum transit visa by itself does not make an asylum-seeker an illegal foreigner.<sup>51</sup>

<sup>47</sup> JOHNSON, CARCIOTTO, *The State of the Asylum System in South Africa*, in O’SULLIVAN, STEVENS (eds.), *States, the Law and Access to Refugee Protection: Fortresses and Fairness*, Hart Publishing, 2017, p. 172.

<sup>48</sup> For the list of the official “ports of entry” see: DHA, *South African Ports of Entry*, available at: <<http://www.dha.gov.za/index.php/immigration-services/south-african-ports-of-entry>> (last accessed 28 March 2018).

<sup>49</sup> For instance, see: Lawyers for Human Rights, *Legal Brief on the “First Safe Country” Principle*, 21 June 2011, available at: <[http://www.lhr.org.za/sites/lhr.org.za/files/lawyers\\_for\\_human\\_rights\\_brief\\_on\\_the\\_first\\_safe\\_country\\_principle\\_final\\_doc\\_0.pdf](http://www.lhr.org.za/sites/lhr.org.za/files/lawyers_for_human_rights_brief_on_the_first_safe_country_principle_final_doc_0.pdf)> (last accessed 28 March 2018).

<sup>50</sup> Section 1.1.18 of the Immigration Act. In this regard, see, also, Section 32 (Illegal Foreigners) of the Act: 1) Any illegal foreigner shall depart, unless authorised by the Department to remain in the Republic pending his or her application for a status. 2) Any illegal foreigner shall be deported.”

<sup>51</sup> *Ersumo v Minister of Home Affairs and Others* (69/2012) [2012] ZASCA 31; 2012 (4) SA 581 (SCA); [2012] 3 All SA 119 (SCA), 28 March 2012, available at: <<http://www.saflii.org/za/cases/ZASCA/2012/31.html>> (last accessed 26 June 2017). In this regard, see: para. 20 of the Judgement: “Counsel for Mr Ersumo submitted that in addition to relief based narrowly on regulation 2.2 his client is entitled to a declaratory order that his original arrest and detention were unlawful. There are two insuperable obstacles in his path. The first is that this was not relief sought in the original notice of motion and the respondents were accordingly not afforded an opportunity to address such a claim. The second is that, in the very similar factual circumstances of *Bula*, it was held that the initial arrest and detention of the applicants was lawful in terms of Section

The SCA also found that undocumented asylum-seekers not in possession of asylum transit visas cannot be summarily considered as “illegal foreigners” and that the intent of the 1998 Refugees Act, as set out in Regulation 2.2 of the Immigration Regulations, is to

“[e]nsure that where a foreign national indicates an intention to apply for asylum, the regulatory framework of the RA [Refugees Act] kicks in, ultimately to ensure that genuine asylum-seekers are not turned away.”<sup>52</sup>

These rulings narrow the broad definition of an illegal foreigner to protect those who are intending to seek asylum and those who have already lodged applications and to avoid the consequences of a potential *refoulement*.<sup>53</sup>

In SA, an individual entering the republic through a port of entry and claiming to be an asylum-seeker is issued with the permit mentioned in the Section 22 (“Asylum Transit Visa”) of the Immigration Act. This permit is valid 14 days, authorizing the person to report to the nearest Refugee Reception Office in order to apply for asylum and receive a permit according to Section 22 of the Refugee Act (“Asylum-Seeker Permit”). This permit is valid for six months and legalizes the asylum-seeker stay in SA, pending a final decision on his application.

The permit can be extended for other six months while the process of refugee status determination is in progress, and allows his/her holder the right to study and work in the country, protecting him/her against deportation.

Once granted asylum, a refugee receives a permit according to Section 24 of the Refugee Act (“Decision Regarding Application for Asylum”), allowing him/her to remain for two years in SA. This permit is renewable after the review process by a Refugee Status Determination Officer (RSDO). During the validity of the permit, a refugee is allowed to study and work in SA.

34.1 of the Immigration Act. It would be entirely inappropriate in those circumstances for us to enter upon that question. Mr Ersumo cannot be adversely affected by that being left to be dealt with, if necessary, on another day and in another court.”

<sup>52</sup> *Bula and Others v Minister of Home Affairs and Others* (589/11) [2011] ZASCA 209; [2012] 2 All SA 1 (SCA); 2012 (4) SA 560 (SCA) (29 November 2011), para. 72 of the Judgement.

<sup>53</sup> JOHNSON, CARCIOTTO, cit., p. 173.

## 6. Economic Migrants, Refugees and Their Right to Work in South Africa

According to Article 21.1 of the 2015 Consolidated Text of the Treaty of the Southern African Development Community (SADC),<sup>54</sup> all Member States of the Community are committed to cooperate in different fields, “on the basis of balance, equity and mutual benefit.”<sup>55</sup>

Although “migration” is not included in the fields listed, Article 21.4 states that “additional areas of co-operation may be decided upon by the Council [of the SADC].”

To date,<sup>56</sup> the SADC Protocol on Facilitation of Movement of Persons, signed in 2005 and having as an overall objective “to develop policies aimed at the progressive elimination of obstacles to the movement of persons of the region generally into and within the territories of States Parties,”<sup>57</sup> has not entered into force yet, also because SA authorities are very reluctant to adopt it.<sup>58</sup> The DHA is concerned by the fact that further opening its borders to SADC low-level skills migrants will bring them into direct competition for jobs with local poor people,<sup>59</sup> especially on farms and in the mines.<sup>60</sup>

At the time of writing, SA has also not taken any action to sign and/or to ratify the 1990 International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families

<sup>54</sup> SA acceded to the original 1992 Treaty on August 29, 1994. About the objectives of SADC, see: <<http://www.sadc.int/about-sadc/overview/>> (last accessed 27 June 2017): “The main objectives of SADC are to achieve development, peace and security, and economic growth, to alleviate poverty, enhance the standard and quality of life of the peoples of Southern Africa, and support the socially disadvantaged through regional integration, built on democratic principles and equitable and sustainable development.”

<sup>55</sup> SADC, Consolidated Text of the Treaty of the Southern African Development Community, 21 October 2015, available at:

<[https://www.sadc.int/files/5314/4559/5701/Consolidated\\_Text\\_of\\_the\\_SADC\\_Treaty\\_-\\_scanned\\_21\\_October\\_2015.pdf](https://www.sadc.int/files/5314/4559/5701/Consolidated_Text_of_the_SADC_Treaty_-_scanned_21_October_2015.pdf)> (last accessed 27 June 2017). In detail, see, Article 21.1.

<sup>56</sup> 27 June 2017.

<sup>57</sup> SADC, Protocol on Facilitation of Movement of Persons, 18 August 2005, Article 2, available at: <[http://www.sadc.int/files/9513/5292/8363/Protocol\\_on\\_Facilitation\\_of\\_Movement\\_of\\_Persons2005.pdf](http://www.sadc.int/files/9513/5292/8363/Protocol_on_Facilitation_of_Movement_of_Persons2005.pdf)> (last accessed 15 March 2017).

<sup>58</sup> See, for instance, FERNANDEZ, *Borders and Boundaries: Containing African International Migration*, in MURITHI (ed.), *Handbook of Africa's international Relations*, Routledge, 2014, p. 141.

<sup>59</sup> DHA, *Green Paper on the International Migration in South Africa*, 21 June 2016, p. 61, available at: <[http://www.gov.za/sites/www.gov.za/files/40088\\_gon738.pdf](http://www.gov.za/sites/www.gov.za/files/40088_gon738.pdf)> (last accessed 17 March 2017).

<sup>60</sup> *Ibid.*, p. 11.

(ICRMW).<sup>61</sup> This failure occurs despite members of civil society regularly urging the authorities to do so.<sup>62</sup>

On the other hand, SA ratified the 1966 International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR)<sup>63</sup> on January 12, 2015 (after having signed the treaty on October 3, 1994),<sup>64</sup> prescribing the right to work for everyone (migrants included).<sup>65</sup> General Comment No. 18 (para. 18), it clearly says as follows: ‘18) The principle of non-discrimination as set out in article 2.2 of the Covenant and in article 7 of the International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families should apply in relation to employment opportunities for migrant workers and their families. In this regard the Committee underlines the need for national plans of action to be devised to respect and promote such principles by all appropriate measures, legislative or otherwise’ (that sounds to me as a ‘right to work’ also for migrants.)<sup>66</sup> About refugees, the right to work is

<sup>61</sup> UNGA, International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families, 18 December 1990, A/RES/45/158.

<sup>62</sup> In this regard, see, for instance: International Federation for Human Rights, *20<sup>th</sup> Anniversary of the adoption of the United Nations Migrant Workers Convention: Call for ratification by the Republic of South Africa. Open Letter to President Jacob Zuma*, Geneva, 3 June 2010: “South Africa is a major destination for migrants from surrounding Southern African countries and the wider African continent. The economy of South Africa benefits from migrant workers within the country as well as from remittances sent by South Africans working abroad [...]. Although for many persons migration is a positive experience, many others migrate under duress and face severe hardships in their countries of destination. Migrant workers all over the world remain particular targets of abuse, discrimination and exploitation by smugglers, recruitment agents and employers. Yet an instrument is at your Government’s disposal to eradicate these human rights violations, to improve the working and living conditions of migrants and to strengthen their legal protection.” Document available at: <[https://www.fidh.org/IMG/pdf/Letter\\_SouthAfrica.pdf](https://www.fidh.org/IMG/pdf/Letter_SouthAfrica.pdf)> (last accessed 27 June 2017).

<sup>63</sup> UNGA, International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 16 December 1966, UNTS, Vol. 993, p. 3.

<sup>64</sup> The list of all ratifications to the ICESCR is available at: <[https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-3&chapter=4&lang=en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-3&chapter=4&lang=en)> (last accessed 27 June 2017).

<sup>65</sup> In detail, see, Articles 6 and 7: “6.1) The States Parties to the present Covenant recognize the right to work, which includes the right of everyone to the opportunity to gain his living by work which he freely chooses or accepts, and will take appropriate steps to safeguard this right. [...] 7) The States Parties to the present Covenant recognize the right of everyone to the enjoyment of just and favourable conditions of work [...]”

<sup>66</sup> See also paragraph “23 of the Comment: 23. States parties are under the obligation to *respect* the right to work by, inter alia, prohibiting forced or compulsory labour and refraining from denying or limiting equal access to decent work for all persons, especially disadvantaged and marginalized individuals and groups, including prisoners or detainees, members of minorities and migrant workers”, available at: <<http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=4slQ6QSmlBEDzFEovL>

clearly established in Article 17 ('Wage-earning employment') of the 1951 Geneva Convention relating to the Status of Refugees (and its relative 1967 New York Protocol),<sup>67</sup> that SA has ratified (both instruments) on January 12, 1996.<sup>68</sup> In addition, the Refugee Act 1998, at its Section 27(f) ("Protection and General Rights of Refugees") clearly stipulates that a refugee "is entitled to seek employment."

Since 1996, SA has been party to the 1981 African Charter on Human and Peoples' Rights (African Charter)<sup>69</sup> which, in Article 15, states as follows: "Every individual shall have the right to work under equitable and satisfactory conditions, and shall receive equal pay for equal work." This provision is confirmed in the 1996 SA Constitution which, in its Article 23.1, states: "Everyone has the right to fair labour practices."<sup>70</sup>

SA is a party, since March 5, 1997, to the International Labour Organization (ILO) Convention No. 111, the Convention concerning

CuW1a0Szab0oXTdlmnsJZZVQfUKxXVIsd7Dae%2FCu%2B13J25Nha7l9NlwYZ%2FTmK57O%2FSr7TB2hbCAidyVu5x7XcqjNXn44LZ52C%2BIkX8AGQrVyIc> (last accessed 26 March 2018).

<sup>67</sup> 1. The Contracting State shall accord to refugees lawfully staying in their territory the most favourable treatment accorded to nationals of a foreign country in the same circumstances, as regards the right to engage in wage earning employment. 2. In any case, restrictive measures imposed on aliens or the employment of aliens for the protection of the national labour market shall not be applied to a refugee who was already exempt from them at the date of entry into force of this Convention for the Contracting State concerned, or who fulfils one of the following conditions: (a) He has completed three years' residence in the country; (b) He has a spouse possessing the nationality of the country of residence. A refugee may not invoke the benefits of this provision if he has abandoned his spouse; (c) He has one or more children possessing the nationality of the country of residence. 3. The Contracting States shall give sympathetic consideration to assimilating the rights of all refugees with regard to wage-earning employment to those of nationals, and in particular of those refugees who have entered their territory pursuant to programmes of labour recruitment or under immigration schemes', available at: <http://www.unhcr.org/3b66c2aa10.pdf> (last accessed 26 March 2018).

<sup>68</sup> The list of ratifications is available at: <<http://www.unhcr.org/protection/basic/3b73b0d63/states-parties-1951-convention-its-1967-protocol.html>> (last accessed 26 March 2018).

<sup>69</sup> Organization of African Unity (OAU), African Charter on Human and Peoples' Rights, 27 June 1981, CAB/LEG/67/3 rev. 5, 21 I.L.M. 58, 1982. The list of all ratifications to the African Charter is available at:

<<http://www.achpr.org/instruments/achpr/ratification/>> (last accessed 27 June 2017).

<sup>70</sup> Constitution of the Republic of South Africa No. 108, 10 December 1996, Section 23.1 (Labour Relations).

Discrimination in Respect of Employment and Occupation.<sup>71</sup> Its Article 1.1 provides for a wide definition of “discrimination”, encompassing migrant workers as well.<sup>72</sup>

However, SA is still not a party to the ILO Convention No. 143, the Convention concerning Migrations in Abusive Conditions and the Promotion of Equality of Opportunity and Treatment of Migrant Workers.<sup>73</sup>

### 7. Reflections on the Ongoing Situation

In SA, the general conditions of immigrants have deteriorated since the end of *apartheid* in 1994<sup>74</sup> and have been made worse by the Global Financial Crisis that struck the country since 2008.<sup>75</sup>

<sup>71</sup> ILO, Convention concerning Discrimination in Respect of Employment and Occupation (Entry into force: 15 June 1960). Adoption: Geneva, 42<sup>nd</sup> ILC session, 25 June 1958, - Status: Up-to-date instrument (Fundamental Convention), available at:

<[http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:C111](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C111)> (last accessed 27 June 2017).

<sup>72</sup> In full, Article 1.1 stipulates as follows: “For the purpose of this Convention the term discrimination includes: a) any distinction, exclusion or preference made on the basis of race, colour, sex, religion, political opinion, national extraction or social origin, which has the effect of nullifying or impairing equality of opportunity or treatment in employment or occupation; b) such other distinction, exclusion or preference which has the effect of nullifying or impairing equality of opportunity or treatment in employment or occupation as may be determined by the Member concerned after consultation with representative employers’ and workers’ organisations, where such exist, and with other appropriate bodies.”

<sup>73</sup> ILO, Convention concerning Migrations in Abusive Conditions and the Promotion of Equality of Opportunity and Treatment of Migrant Workers (Entry into force: 9 December 1978). Adoption: Geneva, 60<sup>th</sup> ILC session, 24 June 1975 - Status: Up-to-date instrument (Technical Convention), available at:

<[http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:C143](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C143)> (last accessed 27 June 2017).

<sup>74</sup> South African History On-line, *Xenophobic violence in democratic South Africa*, available at: <<http://www.sahistory.org.za/article/xenophobic-violence-democratic-south-africa>> (last accessed 27 June 2017): “South Africa witnessed widespread xenophobic attacks since 1994 in provinces such as Gauteng, Western Cape, Free State, Limpopo and KwaZulu Natal.”

<sup>75</sup> MADUBEKO, “The Global Financial Crisis and its impact on the South African Economy”, dissertation submitted in full fulfilment of the requirements of the degree of Master of Commerce in Economics. Department of Economics Faculty of Management and Commerce University of Fort Hare (SA), November 2010, available at:

<[http://libdspace.ufh.ac.za/bitstream/handle/20.500.11837/718/Vongai%27s\\_Dissertation\\_2.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://libdspace.ufh.ac.za/bitstream/handle/20.500.11837/718/Vongai%27s_Dissertation_2.pdf?sequence=1&isAllowed=y)> (last accessed 28 March 2018)

In this regard, not referring directly to SA but focusing on a problem also concerning SA (the deterioration of the conditions of migrants evidently linked with a rise of xenophobic acts) the United Nations General Assembly, in a resolution adopted on 19 September 2016 (No. 71/1, October 6, 2016, paragraph 14, at 3):

“[C]ondemns acts and manifestations of [...] xenophobia and related intolerance against refugees and migrants, and the stereotypes often applied to them [...]. Diversity enriches every society and contributes to social cohesion. Demonizing refugees or migrants offends profoundly against the values of dignity and equality for every human being, to which we have committed ourselves [...].”<sup>76</sup>

International institutions like IOM and UNHCR,<sup>77</sup> have appealed, also in the past few years, to combat the violence against migrants in SA but, until now, without real success.<sup>78</sup>

This failure occurs despite SA being a party to the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination

<sup>76</sup> UNGA, *New York Declaration for Refugees and Migrants*, A/RES/71/1, 6 October 2016, para. 14, p. 3, available at: <<http://www.refworld.org/docid/57ceb74a4.html>> (last accessed 27 June 2017).

<sup>77</sup> IOM, *IOM Condemns Xenophobic Violence Against Foreigners in Johannesburg Townships*, 30 January 2015, available at: <<https://www.iom.int/news/iom-condemns-xenophobic-violence-against-foreigners-johannesburg-townships>> (last accessed 27 June 2017); *IOM Calls for Action to Combat Violence against Migrants in South Africa*, 17 April 2015, available at: <<https://www.iom.int/news/iom-calls-action-combat-violence-against-migrants-south-africa>> (last accessed 27 June 2017); *IOM Assists Victims of Migrant Attacks in South Africa*, 24 April 2015, available at: <<https://www.iom.int/news/iom-assists-victims-migrant-attacks-south-africa>> (last accessed 27 June 2017).

<sup>78</sup> UNHCR, *Protection from Xenophobia: An Evaluation of UNHCR's Regional Office for Southern Africa's Xenophobia Related Programmes*, February 2015, 16: “[X]enophobia in South Africa poses a serious threat [...] Although there have been a variety of campaigns to address xenophobia beginning in the 1990s and peaking after May 2008’s intense violence, few can demonstrate durable or broad-based impact. One reason for this failure is the limited policy and influence of civil society coupled with the absence of sustained interest or funding for work in the area. More fundamentally, the tendency to focus almost exclusively on combatting anti-immigrant attitudes rather than addressing the local and national structures, processes and politics in which practices of exclusion are deeply embedded remains a major shortcoming of existing civil society and government programmes. Despite the complexity of causes of anti-outsider sentiment and violence, most civil society interventions remain singularly focused on raising awareness about immigrant and refugee rights and on fostering ‘inclusive’ sentiments among South African citizens.”

(ICERD) since 10 December 1998,<sup>79</sup> to which it made no reservation and/or declaration in respect of the core provisions of the Convention.<sup>80</sup>

Additionally, the SA Government has repeatedly indicated that it complies with articles 4 and 7 of the ICERD, concretely contributing to the elimination of discrimination in the country.<sup>81</sup>

Article 4 requires that measures be instituted for the punishment of offences that instigate hatred or propagate ideas based on racial superiority while Article 7 requires that measures to combat prejudices and to promote understanding and tolerance be put in place.

Unfortunately, in the country the negative aspects of discrimination against foreigners still exist with corruption representing a real plight: studies undertaken in 2015 by local NGOs have showed that bribery is paralyzing the process to regulate the influx of migrants in the country,<sup>82</sup> although the Government is making an effort to fight corruption through the adoption of “a holistic approach to fighting this scourge, and deal with the corruptor and the corrupted.”<sup>83</sup> The recently appointed new SA President and leader of the African National Congress, C. Ramaphosa, explained that SA “[u]rge professional bodies and regulatory authorities to take action against [people] who are found to have acted improperly and unethically. This requires that we strengthen law enforcement

<sup>79</sup> UNGA, International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, 21 December 1965, UNTS, Vol. 660, p. 195.

<sup>80</sup> The list of all ratifications, reservations and declarations is available

at: <[https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-2&chapter=4&lang=en](https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-2&chapter=4&lang=en)> (last accessed 27 June 2017). South African authorities made a declaration recognizing the competence of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination (Article 14 of the Convention).

<sup>81</sup> UN Human Rights Council, *Report submitted by the Special Rapporteur on the human rights of migrants, Addendum: Communications sent to Governments and replies received*, 25 May 2010, A/HRC/14/30/Add.1, paras. 198-200, pp. 47-48.

<sup>82</sup> See, for instance, DE WET, “Money for papers at Home Affairs”, 25 July 2015, in *Mail & Guardian*, available at: <<http://mg.co.za/article/2015-07-23-money-for-papers-at-home-affairs>> (last accessed 27 June 2017).

<sup>83</sup> MINISTER RADEBE, “Support SA’s new strategy to fight corruption”, 12 December 2016, available at: <<http://www.gov.za/blog/support-sa%E2%80%99s-new-strategy-fight-corruption>> (last accessed 20 March 2017). In this regard, see also what is argued by VAN ECK, SNYMAN, *Social Protection Afforded to Irregular Migrant Workers: Thoughts on the Southern Africa Development Community (with Emphasis on Botswana and South Africa)*, in *Journal of African Law*, Vol. 59, 2015, p. 315: “A more holistic approach [...] must be followed by governments in the region to improve the chances for citizens and migrants to gain entry into the job market”. At 316, the authors concluded that: “What is needed is a mind shift and realization by southern African states that cross-border trade, the transfer of skilled and unskilled labour and the establishment of an economically vibrant and entrepreneurial culture in the region will also benefit the economic growth of neighbouring states.”

institutions and that we shield them from external interference or manipulation”, adding that “We must understand that tax morality is dependent on an implicit contract between taxpayers and government that state spending provides value for money and is free from corruption.”<sup>84</sup>

Currently, SA has a surplus of labour in the lower-skill categories which means that migrants compete with locals for limited opportunities: the indication is that migrants are more successful than South Africans in being employed in unskilled jobs.<sup>85</sup> This success is because foreign workers do not always benefit from the guarantees enshrined in SA Labour Law.<sup>86</sup>

That is why SA authorities should ensure that all documented migrant workers gain from the provisions relating to conditions of employment as set forth in domestic legislation, which would make the life of aliens more secure and, at the same time, create real competition with local manpower.

In the Green Paper on International Migration, issued on June 24, 2016, the SA Government has launched the idea that, for the growth of the local economy, it would be beneficial to try to retain not only all the foreign graduate students produced by SA universities but also to issue a long-term work visa for other skilled workers, prioritizing nationals from SADC countries.<sup>87</sup>

In this context, SA is thinking to release a “SADC special work visa” allowing the holders to work in the country for a prescribed period of time. This category of visa will be granted on a quota-basis which will be implemented through bilateral agreements, although the number of visas offered will require a political decision.<sup>88</sup>

The idea of a SADC special work visa has not been reaffirmed, however, by the SA representatives at the Consultative Meeting on Free Movement of Persons in the region that took place on April 6, 2017 in

<sup>84</sup> WHITTLES, “Ramaphosa’s plan to fight corruption”, 16 February 2018, in *Mail & Guardian*, available at: <<https://mg.co.za/article/2018-02-16-ramaphosas-plan-to-fight-corruption>> (last accessed 28 March 2018).

<sup>85</sup> PATON, “Inside South Africa’s illegal immigration nightmare”, 30 April 2015, *Rand Daily Mail*, available at: <<http://www.rdm.co.za/politics/2015/04/30/inside-south-africa-s-illegal-immigration-nightmare>> (last accessed 27 June 2017).

<sup>86</sup> Government of SA, *Basic Conditions of Employment Act, No. 75 of 1997, as amended by Basic Conditions of Employment Amendment Act, No. 11 of 2002*. For an analysis of the Labour legislation of South Africa, see, for instance: MEYER, *Migrant Workers and Occupational Health and Safety Protection in South Africa*, in *South African Mercantile Law Journal*, Vol. 21, 2009, pp. 833-835.

<sup>87</sup> DHA, *Green Paper*, cit., pp. 46, 59.

<sup>88</sup> *Ibid.*, p. 62.

Gaborone, Botswana. On that occasion, the participants recommended an acceleration of the implementation of both the SADC Protocol on free movement of persons and of a common African Passport, although they acknowledged the need to harmonise the relevant policies of the individual countries on the matter.<sup>89</sup>

What is clear is that SA authorities think that the question of migration cannot be faced alone but, as the then Minister of Home Affairs, M. Gigaba, reiterated on March 17, 2017, during a national conference on international migration, in Sandton (Johannesburg):

“No country can strike forth on a path of development alone, in isolation from other fellow African countries, and accordingly, the search for solutions to the challenges facing each country on our beautiful continent belongs to all of us in common.”<sup>90</sup>

The SA Government has recently developed a new White Paper on International Migration with a vision of developing the country “while guarding sovereignty, peace and security.”<sup>91</sup> According to the new White Paper, the Guiding Principles of the SA policy regarding immigration are: “Management of international migration in the national interest; Positioning of SA’s international migration policy within the African development agenda; SA’s international migration policy must contribute to nation building and social cohesion; SA’s international migration policy must enable South Africans living abroad to contribute to national development priorities; and the efficient and secure management of international migration is the responsibility of individual countries, all countries collectively as well as regional structures.”<sup>92</sup>

Concerning the protection of asylum-seekers and refugees, the current objective of SA remains to shape a system of their protection in a humanitarian way. In addition, SA will assist the countries of origin of

<sup>89</sup> SADC, *Immigration Sub-Sub Committee and other Experts Consultative Meeting on Free Movement of Persons and Implementation of the African Passport*, 6 April 2017, available at: <<https://www.sadc.int/news-events/news/immigration-sub-sub-committee-other-experts-consultative-meeting-free-movement-persons-implementation-african-passport/>> (last accessed 10 April 2017).

<sup>90</sup> DHA, Keynote address by the Minister of Home Affairs, Malusi Gigaba MP, on the occasion of the National Conference on International Migration in Sandton on 17 March 2017, available at: <<http://www.home-affairs.gov.za/index.php/statements-speeches/944-keynote-address-by-the-minister-of-home-affairs-malusi-gigaba-mp-on-the-occasion-of-the-national-conference-on-international-migration-in-sandton-on-17-march-2017>> (last accessed 12 April 2017).

<sup>91</sup> DHA, *Towards a New White Paper on International Migration*, cit., p. 8.

<sup>92</sup> DHA, *White Paper 2017*, cit., pp. 32-33.

refugees, especially the ones in Africa, in order for them to reach political and socio-economic stability in order to favour the repatriation of refugees to a safe environment.<sup>93</sup>

However, SA authorities are very clear in declaring that, although asylum-seekers could provide for some of their own basic needs during status determination, this does not mean that an automatic right to work or study is applied to asylum-seekers while their status is pending. Their basic needs will be mostly provided also in specific processing centres set up by the government,<sup>94</sup> that, however, are considered by human rights experts as a synonym for encampment notwithstanding the government denials.<sup>95</sup>

The vision proposed by the Government considers international migration as beneficial for the development of the country. As such, according to its government, SA has the right to manage international migration in its national interest but, at the same time, SA migration policies should be receptive to the African development agenda.<sup>96</sup>

According to the SA government, the new White Paper, constituting the basis of future immigration legislation and regulations, was needed, because since 1999, changes have affected SA in different fields. Notably, in the one concerning the movement of people: migrants from the entire Africa are transiting through SA to their preferred destination countries in Europe and North America (example: Congolese from Democratic Republic of Congo). This has been exacerbated by the tightening of borders and political instability in North Africa and the Middle East and by the fact that SA continues to receive a high number

<sup>93</sup> Ibid., p. 60.

<sup>94</sup> Ibid., p. 61.

<sup>95</sup> See, for instance, CRUSH and others, *Rendering South Africa Undesirable: A Critique of Refugee and Informal Sector Policy*, SAMP Migration Policy Series No. 79, 2017, p. 6, available at:

<file [https://C:/Users/cristianod/Downloads/SAMP-79%20\(2\).pdf](https://C:/Users/cristianod/Downloads/SAMP-79%20(2).pdf)> (last accessed 28 March 2018).

<sup>96</sup> DHA, Keynote address, cit.

of individual asylum-seekers from almost all the regions of the world;<sup>97</sup> including asylum-seekers from countries that are politically stable.<sup>98</sup>

<sup>97</sup> DHA, Address by the Minister of Home Affairs, Mr. Malusi Gigaba MP, at the launch of the Green Paper on International Migration at Freedom Park, Pretoria, on 30 June 2016, available at:

[www.dha.gov.za/index.php/statements-speeches/817-address-by-the-minister-of-home-affairs-mr-malusi-gigaba-mp-at-the-launch-of-the-green-paper-on-international-migration-at-freedom-park-pretoria-on-30-june-2016](http://www.dha.gov.za/index.php/statements-speeches/817-address-by-the-minister-of-home-affairs-mr-malusi-gigaba-mp-at-the-launch-of-the-green-paper-on-international-migration-at-freedom-park-pretoria-on-30-june-2016)> (last accessed 27 June 2017).

<sup>98</sup> See, for instance, D'ORSI, "Ghana and the Paradoxical Situation of its Asylum-Seekers: Selected Grounds for Alleged Persecution in a Supposed Democratic Country", in *African Journal of International and Comparative Law*, forthcoming.

SECONDA SESSIONE

**LE MIGRAZIONI DAL PUNTO DI VISTA DI STATI  
E ISTITUZIONI INTERNAZIONALI**

*L'Europa di fronte alle migrazione di massa*



**CITTADINO DELL'UNIONE E STRANIERO,  
LIBERA CIRCOLAZIONE DELLE PERSONE E IMMIGRAZIONE:  
UNA MATRICE DALLE MOLTE COMBINAZIONI**

Alessandra LANG\*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La libera circolazione delle persone quale regime preferenziale. – 3. Libera circolazione e cittadini dei paesi terzi. – 4. La libera circolazione rimessa in discussione. – 5. La Corte di giustizia e i cittadini dell'Unione non economicamente autosufficienti. – 6. Quale trattamento per il cittadino dell'Unione che non beneficia della libera circolazione?

*1. Premessa*

Le condizioni di ammissione e trattamento dei cittadini dell'Unione e dei cittadini dei paesi terzi sono oggetto di due regimi giuridici distinti. Sul piano lessicale, la differenza si riflette nell'uso dei termini "libera circolazione delle persone" e "migrazione". La libera circolazione ha costituito il parametro sul quale misurare il diritto dell'immigrazione e si è posta rispetto ad essa in un rapporto di *species* a *genus*. In tempi recenti, tuttavia, l'attrattività della cittadinanza dell'Unione sembra rimessa in discussione. Nel linguaggio pubblico si assiste ad un impiego sempre più diffuso del termine "migrazione" per riferirsi agli stranieri in generale, siano essi cittadini dell'Unione o di paesi terzi, nonché il ricorso a narrazioni quali quella dell'abuso della libera circolazione delle persone che riecheggia la retorica dell'abuso del diritto di asilo. La stessa giurisprudenza della Corte di giustizia, che tanta parte ha avuto nella definizione dello statuto del cittadino dell'Unione, ormai ammette che la protezione degli interessi finanziari degli Stati giustifica una limitazione alla libera circolazione per le persone non economicamente autosufficienti. La condizione dei cittadini dell'Unione che non godono della libera circolazione merita una riflessione: il loro trattamento deve essere quanto meno parametrato su quello dei cittadini dei paesi terzi e la discrezionalità de-

\* Professore associato di Diritto dell'Unione europea, Dipartimento di Studi internazionali, giuridici e storico-politici, Università degli Studi di Milano.

gli Stati deve trovare un limite nei diritti fondamentali (come per gli stranieri), ma è indispensabile ancorarne il fondamento al diritto dell'Unione.

## 2. La libera circolazione delle persone quale regime preferenziale

Il trattamento dei cittadini dell'Unione è sempre stato più favorevole di quello degli altri stranieri. Basti pensare al fatto che essi sono titolari di un diritto di ingresso e soggiorno, derivato dal diritto primario e direttamente opponibile agli Stati, mentre l'ammissione (e il trattamento, seppure in misura più contenuta) degli stranieri rimane largamente affidato al diritto nazionale. Sul piano lessicale, la differenza si riflette nell'uso dei termini "libera circolazione delle persone" e "migrazione".

È ben noto che la libera circolazione delle persone di cui all'art. 3 del Trattato istitutivo della Comunità economica europea era in origine intesa come applicabile ai lavoratori dipendenti (art. 48 TCEE) e autonomi (art. 52 TCEE) che si trasferissero in un altro Stato membro, o che compissero le loro attività nell'ambito di una prestazione di servizi (art. 59 TCEE). I cittadini dei paesi terzi non beneficiavano di tale libertà, perché la nazionalità degli Stati membri era esplicitamente o implicitamente richiesta. I limiti che il Trattato pur consentiva allo Stato di porre non sono stati costruiti come condizioni per il sorgere del diritto, bensì come motivi che ne potessero determinare la cessazione.

La Corte di giustizia ha rafforzato tale distinzione, affermando che i cittadini degli Stati membri vanno trattati in modo diverso dagli stranieri<sup>1</sup>. In seguito, il novero delle persone, cittadini di uno Stato membro, che beneficiavano della libera circolazione è stato esteso, sia ad opera della Corte, sia del legislatore dell'Unione. Fondamentali sono le tre direttive degli anni '90 che hanno ammesso alla libera circolazione delle persone anche gli studenti, i pensionati e chiunque disponesse di risorse e di un'assicurazione malattie per non gravare sulle finanze dello Stato. Il Trattato di Maastricht, nell'introdurre la cittadinanza dell'Unione e il connesso diritto di circolazione e soggiorno (art. 8A), ha sancito tale impostazione e l'ha generalizzata.

Il diritto dell'immigrazione, quale insieme di norme intese a regolare le condizioni di ingresso, soggiorno e espulsione dello straniero (non cittadino dell'Unione), è un settore molto più recentemente attribuito alla competenza dell'Unione, e rimane permeato di una diversa logica, in cui

<sup>1</sup> *Sagulo*, causa n. 8/77, sentenza del 14 luglio 1977, in *Racc.*, p. 1495 ss.

sono centrali le esigenze di controllo e gestione, che si traducono nella richiesta di visti e permessi con valore costitutivo.

I due sistemi normativi si sono sviluppati in modo indipendente, con una prevalenza assegnata alla libera circolazione delle persone. Le disposizioni sulla libera circolazione, infatti, si applicano ai cittadini dell'Unione e ai loro familiari, quale ne sia la nazionalità. Le disposizioni in materia di immigrazione si applicano, invece, ai cittadini dei paesi terzi, con espressa esclusione dei cittadini dell'Unione.

La cittadinanza dell'Unione nasce per avvicinare lo status del migrante UE a quello del cittadino dello Stato ospite<sup>2</sup>. Iastica è la formula usata dalla Corte di giustizia: "Lo status di cittadino dell'Unione è destinato ad essere lo status fondamentale dei cittadini degli Stati membri che consente a chi tra di loro si trovi nella medesima situazione di ottenere, indipendentemente dalla cittadinanza e fatte salve le eccezioni espressamente previste a tale riguardo, il medesimo trattamento giuridico"<sup>3</sup>.

La disciplina della libera circolazione dei cittadini dell'Unione, nel momento in cui si scrive, è affidata alla direttiva 2004/38<sup>4</sup>, che razionalizza e semplifica la normativa sparsa in precedenza in vigore, pur senza innovare in modo significativo. La direttiva, infatti, non introduce una regolamentazione diversa dalla precedente né per quanto riguarda i beneficiari del diritto di soggiorno per più di tre mesi, riservato ai lavoratori subordinati o autonomi, agli studenti e a coloro che sono altrimenti economicamente autosufficienti, perché titolari di una pensione o di altri redditi, né per quanto riguarda l'ingresso e il soggiorno per periodi inferiori a tre mesi, che resta subordinato al solo possesso di una carta di identità o di un passaporto in corso di validità. Le formalità amministra-

<sup>2</sup> Sull'effetto che la cittadinanza dell'Unione ha prodotto nella giurisprudenza della Corte relativa al diritto di soggiorno delle persone, cfr. CASTRO OLIVEIRA, *Workers and Other Persons: Step-by-Step from Movement to Citizenship – Case law 1995-2001*, in *Common Market Law Review*, 2002, p. 77 ss.; ARNULL, *The European Union and its Court of Justice*, Oxford, 2006, p. 630 ss.; CURRIE, *The Transformation of Union Citizenship*, in DOUGAN, CURRIE (eds.), *50 Years of the European Treaties: Looking Back and Thinking Forward*, Oxford, 2009, p. 365 ss.; SHAW, *Citizenship: Contrasting Dynamics at the Interface of Integration and Constitutionalism*, in CRAIG, DE BURCA (eds.), *The Evolution of EU Law*, 2<sup>nd</sup> ed., Oxford, 2011, p. 575 ss.; KOCHENOV, *The Essence of EU Citizenship Emerging from the Last Ten Years of Academic Debate: Beyond the Cherry Blossoms and the Moon?*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2013, p. 117.

<sup>3</sup> *Grzelczyk*, causa n. C-184/99, sentenza del 20 settembre 2001, in *Racc.*, p. I-6193 ss., punto 31.

<sup>4</sup> In *GUUE* L 158 del 30 aprile 2004, ma di cui vale la versione rettificata pubblicata in *GUUE* L 229 del 29 giugno 2004, p. 35 ss. Sulla direttiva, si v. GUILD, PEERS, TOMKIN, *The EU Citizenship Directive. A Commentary*, Oxford, 2014; MORVIDUCCI, *I diritti dei cittadini europei*, 2<sup>a</sup> ed., Torino, 2014.

tive sono invece semplificate: il diritto di soggiorno per più di tre mesi non è più comprovato dal rilascio di una carta di soggiorno<sup>5</sup>, ma solo dalla registrazione presso le autorità dello Stato ospite. Se lo Stato conserva il diritto di accertare la sussistenza delle condizioni del soggiorno, viene meno l'occasione della verifica della permanenza delle stesse, che prima era possibile al momento del rinnovo (che per gli studenti poteva avvenire al termine del primo anno di soggiorno). La carta di soggiorno è mantenuta per i familiari non comunitari, come compromesso, dal momento che la libera circolazione si interseca con la legislazione sull'immigrazione, di fonte ancora prevalentemente nazionale.

Lo Stato conserva il potere di allontanare il cittadino dell'Unione quando le condizioni per il soggiorno non sono o non sono più soddisfatte e quando la persona costituisce una minaccia per l'ordine pubblico e la sicurezza pubblica.

I diritti che il cittadino dell'Unione può rivendicare nei confronti dello Stato ospite aumentano con il protrarsi del soggiorno. Durante la prima fase del soggiorno, lo Stato deve garantire la parità di trattamento con i nazionali nell'accesso al lavoro, ma può negare le prestazioni di assistenza sociale. Prima del conseguimento del diritto di soggiorno permanente, lo Stato può rifiutare la concessione di borse di studio e prestiti per studenti. La disposizione è intesa a tutelare le finanze dello Stato. Analoga funzione ha la previsione secondo cui il diritto di soggiorno può essere perso, se la persona diventa un onere eccessivo per le finanze dello Stato. Di qui le condizioni cui il soggiorno per periodi superiori a tre mesi è subordinato: se il cittadino dell'Unione non è lavoratore, status che garantisce una fonte di reddito, deve disporre di risorse sufficienti per mantenersi. Con l'acquisizione del diritto di soggiorno permanente, dopo cinque anni di soggiorno, invece, l'interesse del singolo prevale sulla tutela delle finanze dello Stato. A quel punto, infatti, si può presumere che l'integrazione sia avvenuta, la persona faccia ormai parte della collettività e lo Stato debba trattarla a tutti gli effetti come i propri cittadini.

<sup>5</sup> La carta di soggiorno non aveva valore costitutivo: *Royer*, causa n. 48/75, sentenza dell'8 aprile 1976, in *Racc.*, p. 497, e in modo più esplicito, sentenza *Sagulo*, cit., punto 8.

### 3. Libera circolazione e cittadini dei paesi terzi

La libera circolazione delle persone ha comunque prodotto un effetto, diretto o indiretto, sul trattamento degli stranieri non comunitari.

In primo luogo, alcuni accordi conclusi dall'Unione hanno previsto l'estensione di parte del diritto della libera circolazione a favore dei cittadini dell'altra parte contraente<sup>6</sup>. Basti citare due esempi: l'accordo di associazione con la Turchia, che rende applicabili ai lavoratori turchi le norme del Trattato e del diritto derivato<sup>7</sup>, e l'accordo sullo Spazio economico europeo che addirittura estende tutto il diritto dell'Unione in materia, compresa la direttiva 2004/38<sup>8</sup>.

In secondo luogo, dal programma di Tampere<sup>9</sup> si ricava che lo status dello straniero legalmente soggiornante deve tendere verso lo status del cittadino dell'Unione. In esso si legge, infatti che: "L'Unione europea deve garantire l'equo trattamento dei cittadini di paesi terzi che soggior-

<sup>6</sup> Si v. da ultimo e esaustivamente, THYM, ZOETEWIJ-TURHAN (eds.), *Rights of Third-Country Nationals under EU Association Agreements: Degrees of Free Movement and Citizenship*, Leiden, 2015.

<sup>7</sup> Se all'espulsione dei lavoratori turchi era applicabile, *mutatis mutandis*, la direttiva 64/221, non così per la protezione rafforzata contro l'espulsione prevista dall'art. 28 della direttiva 2004/38 a favore del cittadino dell'Unione residente da almeno dieci anni: tale istituto, infatti, è strettamente collegato al regime che la direttiva 2004/38 riserva ai cittadini dell'Unione e non può essere esteso ai cittadini turchi che risiedono in base alla decisione 1/80 del Comitato di associazione, che ha finalità diversa: sentenza 8 dicembre 2011, C-371/08, *Nural Ziebell*, in *Racc.*, p. I-12735.

<sup>8</sup> Si vedano gli articoli 28 e 31 dell'Accordo, firmato a Porto, il 2 maggio 1992, in *GUCE*, L 1 del 3 gennaio 1994, p. 3 ss., che corrispondono agli (attuali) articoli 45 e 49 TFUE. Negli allegati V e VIII erano elencati gli atti di diritto derivato applicabili agli Stati associati, con gli adattamenti eventualmente necessari. Con decisione 158/2007 (in *GUUE* L 124 dell'8 maggio 2008, p. 20 ss.), in vigore dal 1 marzo 2009, il Comitato misto SEE ha modificato l'allegato VIII dell'Accordo SEE per inserirvi la direttiva 2004/38, sostituendo le parole "cittadino dell'Unione" con "cittadino degli Stati membri della CE e degli Stati EFTA", in quanto il concetto di cittadinanza dell'Unione è ignoto all'accordo SEE, come riconoscono gli Stati in una dichiarazione allegata alla decisione. La stessa Corte di giustizia, nel parere 1/91, reso il 14 dicembre 1991, in *Racc.*, p. I-6079 ss., aveva chiarito che lo scopo dell'accordo SEE è diverso da quello del Trattato UE, e nel primo non sono presenti quegli elementi di integrazione che invece caratterizzano il secondo. Se ne può dedurre che le interpretazioni della direttiva alla luce della cittadinanza potrebbero non essere estese all'accordo SEE. La Corte EFTA sembra invece desumere dalla direttiva 2004/38 certi principi che la Corte di giustizia ha tratto direttamente dal diritto primario, come il principio secondo cui lo Stato di origine non deve porre ostacoli all'esercizio della libera circolazione dei propri cittadini: si v. BURKE, ÍSBERG HANNESSON, *Citizenship by the back door?* Gunnarsson, in *Common Market Law Review*, 2015, p. 1111 ss.

<sup>9</sup> *Verso un'Unione di libertà, sicurezza e giustizia*, Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Tampere, 15 e 16 ottobre 1999, punti 18 e 21.

nano legalmente nel territorio degli Stati membri. Una politica di integrazione più incisiva dovrebbe mirare a garantire loro diritti e obblighi analoghi a quelli dei cittadini dell'UE" e che: "Occorre ravvicinare lo status giuridico dei cittadini dei paesi terzi a quello dei cittadini degli Stati membri. Alle persone che hanno soggiornato legalmente in uno Stato membro per un periodo di tempo da definire e che sono in possesso di un permesso di soggiorno di lunga durata dovrebbe essere garantita in tale Stato una serie di diritti uniformi il più possibile simili a quelli di cui beneficiano i cittadini dell'UE".

In terzo luogo, si è assistito all'attrazione nell'ambito di applicazione della libera circolazione di quante più fattispecie possibile, soprattutto in relazione al trattamento dei familiari cittadini di paesi terzi, anche in ipotesi che a prima vista ne fuoriuscivano, come quelle relative al ricongiungimento familiare del cittadino dello Stato ospite.

Una parte molto significativa della giurisprudenza della Corte di giustizia sulla libera circolazione riguarda i cittadini dei paesi terzi, persone che sarebbero considerate "straniere" e assoggettate alle regole sull'immigrazione, se non fosse per un legame che essi hanno con un cittadino dell'Unione. Paradossalmente, la libera circolazione delle persone avvantaggia considerevolmente alcuni cittadini di paesi terzi, i quali non solo finiscono per godere di un diritto di ingresso, soggiorno, parità di trattamento e protezione dall'espulsione, ma ne beneficiano a condizioni più favorevoli di quelle del cittadino dell'Unione, purché e fintanto che perduri il vincolo qualificato. L'esame della giurisprudenza consente di ricondurre i vari casi ad alcune ipotesi, che saranno brevemente illustrate di seguito. L'ordine con cui sono presentate vuole evidenziare il progressivo allontanamento dal modello classico della libera circolazione delle persone.

La prima e più ovvia categoria di beneficiari è costituita dai membri della famiglia ristretta del cittadino dell'Unione che si trova in uno Stato membro diverso da quello di cittadinanza. A seconda della situazione del cittadino dell'Unione (se lavoratore o economicamente autosufficiente), saranno diverse le condizioni del soggiorno. I requisiti che il diritto derivato pone sono comunque riferiti al cittadino dell'Unione. I diritti del familiare possono essere limitati solo per motivi di ordine pubblico o sicurezza pubblica. I membri della famiglia che godono di tale trattamento sono il coniuge, il partner in un'unione registrata (se la legislazione nazionale equipara unione registrata e matrimonio), i discendenti di età inferiore a 21 anni o a carico, gli ascendenti a carico. La *ratio* della previsione sta nella volontà di non disincentivare l'esercizio della libera circolazione per i cittadini dell'Unione. Questo quanto al diritto derivato. La

giurisprudenza ha poi apportato alcune importanti specificazioni. Nel caso *Metock*<sup>10</sup>, la Corte di giustizia ha affermato che la costituzione del vincolo coniugale vale a determinare l'applicazione della normativa sulla libera circolazione e prevale sull'eventuale diversa valutazione del diritto sull'immigrazione. La condizione di irregolare in base al diritto nazionale sull'immigrazione non impedisce il sorgere del diritto al soggiorno, se la persona è coniuge di un cittadino dell'Unione. Nel caso *Diatta*<sup>11</sup>, ha affermato che l'assoggettamento al diritto sulla libera circolazione delle persone dura fintanto che permane il vincolo coniugale, quindi anche se i coniugi sono separati, di fatto o legalmente. Tale posizione è portata alle estreme conseguenze nel caso *Ogieriakhi*<sup>12</sup>, in cui il fatto che i coniugi, pur rimanendo sposati, avessero iniziato altre relazioni di convivenza è considerato ininfluenza. Quanto ai discendenti, sin dal caso *Levin*<sup>13</sup> si è stabilito che la condizione di essere a carico fosse una situazione di fatto, da valutare caso per caso, e indipendentemente da quali ne siano i motivi.

La seconda categoria di beneficiari è ricostruita a partire dalla versione classica della libera circolazione, facendo leva su una finzione. Il riferimento è qui al caso *Chen*<sup>14</sup>, in cui è attribuito un diritto di soggiorno alla madre di una neonata, cittadina dell'Unione (segnatamente irlandese), che può così esercitare il suo diritto di soggiorno nel Regno Unito grazie alle risorse economiche della madre, che ottiene a sua volta un diritto di soggiorno per permettere alla figlia di soggiornare in uno Stato membro di cui non ha la cittadinanza. Si imputa al cittadino dell'Unione la scelta di esercitare la libera circolazione, quando la tenera età rende evidente che la decisione di dove vivere è stata presa dai suoi genitori.

La terza categoria di beneficiari comprende il figlio del lavoratore migrante, che continua a poter risiedere nello Stato ospite anche senza il genitore, a condizione che debba concludere un ciclo di studi. Tale diritto è ricostruito come corollario del diritto di accesso all'istruzione, garantito al figlio del lavoratore migrante<sup>15</sup>.

<sup>10</sup> Causa n. C-127/08, sentenza del 25 luglio 2008, in *Racc.*, p. I-6241.

<sup>11</sup> Causa n. 267/83, sentenza del 13 febbraio 1986, in *Racc.*, p. 567.

<sup>12</sup> Causa n. C-244/13, sentenza del 10 luglio 2014, ECLI:EU:2014:2068.

<sup>13</sup> Causa n. 53/81, sentenza del 23 marzo 1982, in *Racc.*, p. 1035.

<sup>14</sup> Causa n. C-200/02, sentenza del 19 ottobre 2004, in *Racc.*, p. I-9925. Il principio è stato ribadito anche dopo l'entrata in vigore della direttiva 2004/38: *Alokpa*, causa n. C-86/12, sentenza del 10 ottobre 2013, ECLI:EU:C:2013:645.

<sup>15</sup> *Echternach e Moritz*, cause n. 389/87 e 390/87, sentenza del 15 marzo 1989, in *Racc.*, p. 723. La nazionalità del figlio non rileva: *Alarape*, causa n. C-529/11, sentenza del 8 maggio 2013, ECLI:EU:C:2013:290. Il figlio del lavoratore autonomo non gode di analogo diritto, perché il regolamento 1612/68/CEE (e il regolamento 492/2011/UE), il

La quarta categoria di beneficiari comprende il genitore affidatario del figlio scolarizzato del lavoratore migrante: nei limiti in cui il figlio abbia bisogno del genitore per poter proseguire gli studi, al genitore è attribuito un diritto di soggiorno<sup>16</sup>. Ciò non solo se il figlio è piccolo, ma anche quando, per qualsiasi altro motivo, si accerti che la presenza del genitore è indispensabile affinché il figlio possa completare i suoi studi.

La quinta categoria di beneficiari comprende i membri della famiglia del cittadino dell'Unione che ritorna nello Stato di origine dopo aver esercitato la libera circolazione soggiornando in un altro Stato membro<sup>17</sup>: non concedere un diritto di ritornare accompagnato dai propri familiari potrebbe scoraggiare il cittadino dell'Unione dall'esercitare la libera circolazione.

La sesta categoria di beneficiari comprende i membri della famiglia del cittadino dell'Unione che non ha mai lasciato lo Stato in cui vive, nel caso in cui non concedere un diritto di soggiorno ostacolerebbe il cittadino dell'Unione nell'esercizio (potenziale o effettivo) del diritto di offrire in modo transfrontaliero le proprie prestazioni<sup>18</sup>.

La settima categoria di beneficiari comprende i genitori del minore in tenera età, cittadino dello Stato ospite, se non concedere un diritto di

cui art. 12 (e 10) concede il diritto di accesso all'istruzione ai figli, si applica ai soli lavoratori dipendenti ed è adottato sulla base dell'art. 48 TCEE (ora art. 49 TFUE): così *Czop e Punakova*, cause n. C-147/11 e C-148/11, sentenza del 6 settembre 2012, ECLI:EU:C:2012:538, punto 30.

<sup>16</sup> *Baumbast e R.*, causa n. C-413/99, sentenza del 17 settembre 2002, in *Racc.*, p. I-7091. Tale principio è stato ribadito anche nel caso di un genitore privo di mezzi di sussistenza propri: *Ibrahim*, causa n. C-310/08, sentenza del 23 febbraio 2010, in *Racc.*, p. I-1065.

<sup>17</sup> Tale giurisprudenza fa capo a *Surinder Singh*, causa n. C-370/90, sentenza del 7 luglio 1992, in *Racc.*, p. I-4265, relativa al coniuge, confermata successivamente da *Eind*, causa n. C-291/05, sentenza del 11 dicembre 2007, in *Racc.*, I-10719, relativa ai figli, e ribadita con *O e B*, causa n. C-456/12, sentenza del 12 marzo 2014, ECLI:EU:C:2014:135, dopo l'entrata in vigore della direttiva 2004/38. Affinché sia invocabile tale giurisprudenza, il cittadino dell'Unione deve aver soggiornato in un altro Stato membro alle condizioni previste dall'art. 7 della direttiva, cioè come lavoratore, studente o persona economicamente autosufficiente.

<sup>18</sup> Principio espresso in *Carpenter*, causa n. C-60/00, sentenza dell'11 luglio 2002, in *Racc.*, p. I-6279, in cui il marito della ricorrente nella causa principale è stato qualificato come prestatore di servizi, con base nel Regno Unito, e ripreso in *S. e G.*, causa n. C-457/12, sentenza del 12 marzo 2014, ECLI:EU:C:2014:136, in relazione a persona che esercitava un lavoro dipendente che lo portava in modo costante anche se non a tempo pieno, a svolgere la propria attività in altro Stato membro confinante. Non è ancora stato chiarito quali siano, oltre al coniuge che si occupa dei figli, i familiari che possano avvalersi di tale diritto di soggiorno.

soggiorno può produrre come conseguenza che il minore sia obbligato a lasciare il territorio dell'Unione per seguire i genitori<sup>19</sup>.

Il legame con l'elemento transfrontaliero, che sia giuridico o fisico, si fa progressivamente più tenue e le soluzioni elaborate dalla Corte incidono sempre più in profondità su situazioni che gli Stati vorrebbero far rientrare nell'ambito di applicazione del diritto nazionale. Le condizioni di ingresso e soggiorno dei membri della famiglia del cittadino nazionale sono infatti ad oggi lasciate al diritto nazionale: se la direttiva 2004/38 disciplina solo il ricongiungimento familiare del cittadino dell'Unione in uno Stato diverso dal proprio, la direttiva 2003/86 riguarda solo il ricongiungimento familiare del cittadino di un paese terzo<sup>20</sup>.

#### 4. La libera circolazione rimessa in discussione

In tempi recenti, la posizione dei cittadini dell'Unione (o quanto meno di alcuni di essi) sembra progressivamente meno solida e "scontata". Vari ne sono i segni rivelatori.

Nel linguaggio pubblico si assiste ad un impiego sempre più diffuso del termine "migrazione" per riferirsi agli stranieri in generale, siano essi cittadini dell'Unione o di paesi terzi. Emblematici sono a questo proposito i discorsi con cui David Cameron preannunciava il referendum sull'appartenenza del Regno Unito all'Unione europea. Riprendere il controllo sull'immigrazione è uno dei motivi che giustificano il voto per lasciare l'Unione. Ma controllare l'immigrazione significa limitare non solo gli arrivi dai paesi terzi, ma anche dall'Unione europea<sup>21</sup>. La parola immigrazione comprende dunque la libera circolazione, non si affianca ad essa.

<sup>19</sup> Tale giurisprudenza, notissima e spesso sopravvalutata, prende avvio con *Ruiz Zambrano*, causa n. C-34/09, sentenza del 8 marzo 2011, in *Racc.*, p. I-1177, ed in seguito affinata. LENAERTS, *How the ECJ Thinks: A Study on Judicial Legitimacy*, in *Fordham International Law Journal*, 2013, p. 1302 ss., spec. p. 1350 ss., descrive come "stone-by-stone" approach quello seguito dalla Corte, perché i principi espressi nel caso *Ruiz Zambrano*, il primo della serie, sono poi chiariti e delimitati nelle pronunce successive.

<sup>20</sup> Nella prima versione della proposta di direttiva sul ricongiungimento familiare la Commissione aveva proposto di inserire una disposizione che estendeva la disciplina del ricongiungimento familiare del lavoratore migrante anche al nazionale (art. 4 della proposta, COM/1999/638). La disposizione è poi venuta meno nella proposta successiva (COM/2000/624), in ragione del contestuale avvio della riforma della libera circolazione delle persone.

<sup>21</sup> Si v., in particolare, *Prime Minister's speech on Europe*, del 10 novembre 2015, in cui sotto il titolo *Immigration*, si tratta anche della libera circolazione delle persone.

Già in precedenza, però, i Ministri degli Interni di Austria, Germania, Paesi Bassi e Regno Unito avevano inviato una lettera all'Irlanda, presidente di turno del Consiglio, in cui lamentavano i costi sociali di certi immigrati provenienti da altri Stati membri, che si avvarrebbero della libera circolazione senza soddisfare i requisiti previsti e che pretenderebbero prestazioni sociali senza averne titolo<sup>22</sup>. Questo genere di mobilità – continuano gli Stati – minaccia l'accettazione sociale della libera circolazione di quelle persone che invece rispettano le condizioni previste dalla legge e, a causa di tale pregiudizio, ne ostacola l'integrazione. La Commissione europea, incaricata dal Consiglio di approfondire la questione<sup>23</sup>, pur non ritenendo provate le affermazioni circa l'esistenza di un onere della portata lamentata dagli Stati sulle loro finanze, proponeva comunque alcune azioni, a diritto invariato, per assistere gli Stati<sup>24</sup>.

Non infrequenti, nel linguaggio pubblico, sono i riferimenti all'abuso della libera circolazione, di cui sarebbero responsabili i cittadini dell'Unione che accedono ad altri Stati membri per chiedere prestazioni sociali, senza contribuire al finanziamento delle stesse, o per accettare salari più bassi di quelli per i quali i lavoratori locali sono disposti a lavorare, spiazzandoli sul mercato del lavoro. Più marginalmente, invece, gli Stati temono che della libera circolazione approfittino i criminali, benché alcuni di essi accusino la criminalità di organizzare matrimoni fittizi, per aggirare l'applicazione della (più severa) normativa sull'immigrazione<sup>25</sup>.

<sup>22</sup> La lettera è disponibile nella banca dati dei documenti del Consiglio, come allegato al documento 10313/13. Si v. Editorial Comments, *The free movement of persons in the European Union: Salvaging the dream while explaining the nightmare*, in *Common Market Law Review*, 2014, p. 729 ss.

<sup>23</sup> Verbale del Consiglio Giustizia e affari interni, 6-7 giugno 2013, 10461/13, p. 22.

<sup>24</sup> Tali azioni consistevano nella redazione di un manuale per combattere i matrimoni simulati e di una guida pratica per chiarire il concetto di "verifica della residenza abituale", centrale per l'applicazione della normativa UE sulla sicurezza sociale, nell'aumento del contributo finanziario per favorire l'inclusione sociale, nello scambio di buone pratiche tra autorità locali, e nell'aiuto alle autorità locali per l'applicazione pratica delle normative in materia di libera circolazione: Comunicazione *Libera circolazione dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari: cinque azioni fanno la differenza*, COM/2013/837 del 25 novembre 2013, presentata al Consiglio Giustizia e affari interni del 5-6 dicembre 2013. In quell'occasione, Polonia, Repubblica Ceca, Slovacchia e Ungheria resero una dichiarazione congiunta per ribadire l'importanza della libera circolazione delle persone, componente del mercato interno indissociabile dalle altre libertà, e i benefici che il Regno Unito aveva ricevuto dai lavoratori provenienti dagli Stati dell'allargamento, e per invitare ad affrontare nel contesto del quadro normativo vigente ogni abuso si dovesse presentare (doc. 17395/13).

<sup>25</sup> Nel novembre del 2008 il Consiglio adottò delle conclusioni su "Abusi e sviamenti indebiti del diritto alla libera circolazione delle persone" (doc. n. 16324/08 REV

L'idea che l'abuso di alcuni possa minacciare il diritto di molti si ritrova persino nelle conclusioni del Consiglio europeo di giugno 2014, dedicate alla definizione degli *Orientamenti strategici della programmazione legislativa e operativa nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia per gli anni a venire*, in cui si legge: "Poiché si tratta di una delle libertà fondamentali dell'Unione europea, il diritto dei cittadini dell'UE a circolare liberamente, soggiornare e lavorare in un altro Stato membro deve essere tutelato, anche da eventuali abusi o domande fraudolente"<sup>26</sup>. Si opera così un inedito cambio di prospettiva: l'abuso non è più presentato come un comportamento che offende gli interessi dello Stato, ma come una minaccia per gli altri cittadini dell'Unione. Qui sembra di sentire l'eco della narrazione dell'abuso del diritto d'asilo, secondo il quale le domande presentate da persone che non hanno diritto alla protezione internazionale compromettono la posizione di chi ne ha invece diritto, con la conseguenza che, per combattere l'abuso, le normative sull'asilo diventano più rigide per tutti, penalizzando coloro che un diritto possono vantarlo.

I Capi di stato e di governo, con la *Nuova intesa per il Regno Unito nell'Unione europea*<sup>27</sup>, erano pronti a modifiche del diritto vigente in senso restrittivo, così da ridurre le distanze tra trattamento di cittadini UE e altri stranieri. Abbandonata l'*Intesa*, la libera circolazione delle persone ritorna comunque ad essere centrale nel dibattito sul recesso. Il Regno Unito, infatti, precisa che l'accordo sulle future relazioni con

1), in cui sottolineava la necessità di conciliare la libera circolazione delle persone con lo sviluppo dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, attraverso il compimento di "tutti gli sforzi per prevenire e combattere, nel rispetto del diritto applicabile, gli sviamenti indebiti e gli abusi, nonché gli atti che assumono carattere criminale, con misure severe e proporzionate nei confronti dei cittadini che violano la legge in modo sufficientemente grave, in particolare rendendosi colpevoli di infrazioni gravi o ripetute che causano un danno grave", ma nel quadro dell'art. 35 della direttiva 2004/38. Sul fenomeno, si v. Europol, Early Warning Notification, 2014/8, *Marriages of convenience: A link between facilitation of illegal immigration and THB* (trafficking in human beings).

<sup>26</sup> Si v. Conclusioni del Consiglio europeo del 26-27 giugno 2014, EUCO 79/14, punto 12. La necessità di contrastare gli abusi della libera circolazione era in realtà già presente nel precedente Programma di Stoccolma: *Un'Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini*, in *GUUE* C 115 del 4 maggio 2010, p. 1 ss., punto 2.2.

<sup>27</sup> In *GUUE*, C 69 I del 23 febbraio 2016, p. 1 ss. Poiché al referendum del 23 giugno 2016 ha prevalso il *Leave*, l'*Intesa* ha cessato di produrre effetti: si v. la Dichiarazione congiunta di Schulz, Tusk, Rutte e Juncker (rispettivamente Presidente del Parlamento europeo, Presidente del Consiglio europeo, Presidente del Consiglio e Presidente della Commissione) sul risultato del referendum, 24 giugno 2016.

l'Unione europea non comprenderà la libera circolazione delle persone, perché il paese vuole limitare l'immigrazione, quale ne sia l'origine<sup>28</sup>.

### 5. La Corte di giustizia e i cittadini dell'Unione non economicamente autosufficienti

Negli ultimi anni i limiti dell'attuale disciplina stanno venendo alla luce, anche di fronte alla Corte di giustizia. Se per lungo tempo la Corte ha affermato e rafforzato i diritti del cittadino dell'Unione nei confronti dello Stato, le fattispecie sulle quali è stata chiamata a pronunciarsi di recente l'hanno invece portata a riconoscere la fondatezza delle prerogative dello Stato e a negare l'esistenza di diritti per i singoli, in un modo che è talvolta sembrato eccessivamente intransigente.

È ben noto che la Corte di giustizia ha avuto un ruolo centrale nell'affermazione della libera circolazione delle persone come diritto individuale direttamente azionabile dai singoli nei confronti dello Stato<sup>29</sup>. Qualificando la libera circolazione delle persone come un diritto fondamentale, ne ha giustificato un'interpretazione estensiva. La Corte non ha però mai riconosciuto l'esistenza di un diritto incondizionato al soggiorno o alle prestazioni sociali. Al contrario, ha pur sempre affermato che la tutela degli interessi finanziari dello Stato legittimava la richiesta del possesso delle risorse economiche come condizione per il soggiorno<sup>30</sup>, e che il cittadino dell'Unione privo di risorse non può ricavare dal Trattato un diritto di soggiorno<sup>31</sup>. Al tempo stesso, però, affermava che “un cittadino dell'Unione che [...] risiede legalmente nel territorio dello Stato membro ospitante può avvalersi dell'art. 6 del Trattato [ora art. 18 TFUE] in tutte le situazioni che rientrano nel campo di applicazione *ratione materiae* del diritto comunitario”<sup>32</sup>, e che uno Stato non può negare

<sup>28</sup> Si veda *The United Kingdom's exit from and new partnership with the European Union*, presentato al Parlamento dal Primo Ministro, 2 febbraio 2017 (controlling immigration).

<sup>29</sup> Basti qui ricordare il diritto di circolazione e soggiorno attribuito dal Trattato a chi svolge un'attività economica (*Royer*, causa n. 48/75, sentenza dell'8 aprile 1976, in *Racc.*, p. 497); l'interpretazione ampia della nozione di lavoratore (*Lawrie-Blum*, causa n. 66/85, sentenza del 3 luglio 1986, in *Racc.*, p. 2121), estesa anche alla persona in cerca di occupazione (*Antonissen*, causa n. C-292/89, sentenza del 26 febbraio 1991, in *Racc.*, p. 745); il riconoscimento della diretta applicabilità dell'art. 8A (cittadinanza dell'Unione: *Baumbast e R.*, cit.).

<sup>30</sup> *Chen*, cit.

<sup>31</sup> *Trojani*, causa n. C-456/02, sentenza del 7 settembre 2004, in *Racc.*, p. I-7573.

<sup>32</sup> *Martinez Sala*, causa n. C-85/96, sentenza del 12 maggio 1998, in *Racc.*, p. I-2691 ss., punto 63.

un sostegno finanziario ad uno studente, se questi affronta difficoltà di natura temporanea, legate alle complicazioni di conciliare studio e lavoro nell'ultimo anno del suo corso di studi<sup>33</sup>. La giurisprudenza che ampliava l'accesso del cittadino dell'Unione alle prestazioni a carico dello Stato non aveva mancato di suscitare le critiche di una parte della dottrina, che vi vedeva un'interpretazione del diritto derivato non adeguatamente giustificata, in grado di compromettere la tenuta dei sistemi di assistenza sociale degli Stati membri<sup>34</sup>.

In una serie di casi recenti, alla Corte sono giunte domande pregiudiziali in relazione all'esistenza di un diritto di accesso alle prestazioni di assistenza sociale per cittadini dell'Unione che non erano considerati lavoratori o economicamente autosufficienti. Vale la pena richiamare brevemente le pronunce principali alle quali tale orientamento va ricondotto.

Nel caso *Dano*<sup>35</sup>, la Corte ha affermato che solo chi soggiorna in base alle condizioni della direttiva 2004/38 può invocare la parità di trattamento con i cittadini dello Stato ospite per ottenere prestazioni di assistenza sociale. Nel caso *Alimanovic*<sup>36</sup>, ribadito nel caso *García-Nieto*<sup>37</sup>, che l'esclusione dall'accesso alle prestazioni di assistenza sociale nei primi tre mesi di soggiorno, che la direttiva permette agli Stati, non è soggetta ad alcun giudizio di proporzionalità. Quello che colpisce alla lettura delle pronunce, oltre all'aver negato ogni spazio alla proporzionalità, è l'assenza di qualsivoglia sforzo di qualificare la fattispecie in modo diverso da come vi avevano provveduto i giudici del rinvio, a diffe-

<sup>33</sup> *Grzelczyk*, cit.

<sup>34</sup> *Si v.*, in particolare, HAILBRONNER, *Union citizenship and access to social benefits*, in *Common Market Law Review*, 2005, p. 1245 ss.; GIUBBONI, *Diritti e solidarietà in Europa*, Bologna, 2012, p. 225 ss.

<sup>35</sup> Causa n. C-333/13, sentenza del 11 novembre 2014, ECLI:EU:C:2014:2358. La ricorrente nella causa principale era una madre sola, che non lavorava né cercava lavoro, a detta del giudice nazionale. Viveva con la sorella e il figlio era nato nello Stato ospite, il quale le aveva rilasciato un certificato di soggiorno e concesso prestazioni finanziarie per il figlio. La controversia nasceva dal rifiuto della domanda di una prestazione di sussistenza.

<sup>36</sup> Causa n. C-67/14, sentenza del 15 settembre 2015, ECLI:EU:C:2015:597. Le ricorrenti nella causa principale erano madre e figlia, che avevano lavorato con contratti a tempo determinato ed erano disoccupate da più di un anno quando avevano chiesto una prestazione di sussistenza. Da notare che la madre aveva altri due figli piccoli, e tutti i figli erano nati nello Stato ospite, dove erano tornati dopo un periodo trascorso in un altro Stato membro.

<sup>37</sup> Causa n. C-299/14, sentenza del 25 febbraio 2016, ECLI:EU:C:2016:114. La controversia riguarda la situazione del compagno della ricorrente principale (la quale può essere considerata come una lavoratrice), che chiede una prestazione sociale al momento dell'ingresso nello Stato ospite.

renza di altri casi in cui, al contrario, la Corte di giustizia invitava il giudice nazionale a provare una diversa qualificazione, a cui si sarebbe accompagnato un diverso regime giuridico<sup>38</sup>. I ricorrenti nelle cause principali sono implicitamente etichettati come “turisti sociali”, cioè come persone che hanno esercitato la libera circolazione al fine di beneficiare delle prestazioni sociali che il generoso Stato ospite elargisce agli indigenti<sup>39</sup>, quello stesso Stato che tollera la loro presenza<sup>40</sup>.

La Corte non sembra assegnare alcuna rilevanza alla circostanza che i ricorrenti nelle cause principali fossero legalmente presenti nello Stato ospite. Anzi, esclude che una persona che non soggiorna alle condizioni previste dalla direttiva possa invocare l'art. 18 TFUE per contestare l'esclusione dall'accesso alle prestazioni sociali<sup>41</sup>. Tale diverso modo di impostare la questione potrebbe anzi costituire un implicito superamento della giurisprudenza *Martinez Sala*.

<sup>38</sup> Particolarmente rilevante è qui la giurisprudenza sulla nozione di lavoratore, e segnatamente *Vatsouras e Koupatantze*, cause n. C-22/08 e C-23/08, sentenza del 4 giugno 2009, in *Racc.*, p. I-4565: il giudice nazionale aveva escluso che i ricorrenti nella causa principale potessero essere qualificati come lavoratori, in ragione della breve durata del lavoro prestato e del livello della retribuzione, che non consentiva la sussistenza, ma la Corte lo invita a riconsiderare la conclusione cui era giunto alla luce degli elementi tradizionali della definizione di lavoratore.

<sup>39</sup> La Corte è da più parti accusata di aver ceduto alle preoccupazioni degli Stati: si v. NIC SHUIBHNE, *Limits rising, duties ascending: the changing legal shape of Union citizenship*, in *Common Market Law Review*, 2015, p. 889 ss.; THYM, *The elusive limits of solidarity: Residence rights of and social benefits for economically inactive Union citizens*, ivi, 2015, p. 17 ss.; ILIOPOULOU-PENOT, *Deconstructing the former edifice of the Union citizenship? The Alimanovic judgment*, ivi, 2016, p. 1007 ss.; O'BRIEN, *Civis capitalist sum: Class as the new guiding principle of EU free movement rights*, ivi 2016, p. 937 ss.; SPAVENTA, *Citizenship: Reallocating Welfare Responsibility to the State of Origin*, in KOUTRAKOS, NIC SHUIBHNE, SYRPIS (eds.), *Exceptions from EU Free Movement Law. Derogation, Justification and Proportionality*, Oxford, Portland, 2016, p. 32 ss. Particolarmente critica (come si evince dal titolo stesso dell'articolo), O'BRIEN, *The ECJ sacrifices EU citizenship in vain: Commission v. United Kingdom*, in *Common Market Law Review*, 2017, p. 209 ss., che commenta una sentenza successiva a quelle menzionate nel testo e non relativa al diritto di soggiorno, bensì al coordinamento dei sistemi nazionali di sicurezza sociale, che porta la giurisprudenza *Dano* alle sue estreme conseguenze.

<sup>40</sup> Di “tolerated citizen” parla NIC SHUIBHNE, *Limits rising* cit., p. 926.

<sup>41</sup> Pare interessante menzionare la direttiva 2011/98, relativa a una procedura unica di domanda per il rilascio di un permesso unico che consente ai cittadini di paesi terzi di soggiornare e lavorare nel territorio di uno Stato membro e a un insieme comune di diritti per i lavoratori di paesi terzi che soggiornano regolarmente in uno Stato membro, in *GUUE* L 343 del 23 dicembre 2011. Benché i due regimi siano ispirati a logiche assai diverse e non paragonabili, va sottolineato che la direttiva 2011/98, a differenza della direttiva 2004/38, include nel suo ambito di applicazione (che si estende anche alla parità di trattamento quanto all'accesso alle prestazioni sociali) anche il cittadino del paese terzo che soggiorna come lavoratore in base al diritto nazionale (art. 3).

La direttiva 2004/38 consente allo Stato di allontanare la persona che non soddisfa le condizioni per il soggiorno, ma non lo obbliga a farlo<sup>42</sup>. In questo senso, non pare che si possa concludere che la persona che non soddisfa le condizioni per il soggiorno sia irregolarmente o illegalmente presente nello Stato ospite<sup>43</sup>: così sarebbe solo se la direttiva costituisse un sistema chiuso, in cui ciò che non è permesso è vietato. Invece, non solo la direttiva non esaurisce le ipotesi in cui il diritto dell'Unione attribuisce un diritto di soggiorno<sup>44</sup>, ma contempla essa stessa la possibilità che gli Stati facciano applicazione di proprie normative in materia, purché “più favorevoli” (art. 37).

Non si deve pensare che in questo limbo si trovino solo le persone riconducibili alla vaga e deprecata categoria dei “turisti sociali”. Infatti, sia la lettera della direttiva sia l'attuale congiuntura economica rivelano la presenza di persone negli interstizi della disciplina vigente.

Da un lato, ci sono i cittadini dell'Unione che non possono essere allontanati. Se lo Stato può allontanare coloro che non soddisfano le condizioni di soggiorno, oppure quando lo richiedano ragioni di ordine pubblico o pubblica sicurezza, l'esecuzione della decisione deve essere bilanciata con l'impatto che avrebbe sulla persona. Se l'impatto fosse eccessivo, la presenza della persona dovrebbe essere tollerata. Dall'altro lato, ci sono i cittadini dell'Unione che lavorano, ma in condizioni non tradizionali, perché percepiscono un basso salario, perché lavorano poche ore, oppure perché si trovano tra due periodi di lavoro. Benché la let-

<sup>42</sup> Qui si percepisce nettamente la differenza rispetto al diritto dell'immigrazione, in cui la direttiva rimpatri prevede l'obbligo di allontanare lo straniero che non ha titolo per il soggiorno.

<sup>43</sup> Si v. THYM, *When Union Citizens turn into Illegal Migrants: The Dano Case*, in *European Law Review*, 2015, p. 249 ss. La direttiva 2004/38 tratta del soggiorno “legale” nel contesto del diritto di soggiorno permanente, che si acquisisce dopo cinque anni di soggiorno legale e continuativo (art. 16). La Corte ha affermato che è legale il soggiorno effettuato alle condizioni della direttiva, non a condizioni diverse: *Czop e Punakova*, cause n. C-147/11 e C-148/11, sentenza del 6 settembre 2012, ECLI:EU:2012:538. Se ne ricava che soggiorni conformi ad altre disposizioni del diritto dell'Unione non sono “legali” in fini dell'acquisizione del diritto di soggiorno. Sembra più corretto limitare l'aggettivo “illegale” alla presenza del cittadino dell'Unione in uno Stato dal quale sia stato espulso, se non ha ottemperato all'ordine di lasciare il paese, oppure nel caso vi sia ritornato in violazione del divieto di reingresso, che gli Stati possono legittimamente prevedere.

<sup>44</sup> Il diritto dell'Unione concede un diritto di soggiorno al lavoratore che ha perso il lavoro in casi ulteriori rispetto a quelli previsti dalla direttiva 2004/38 (come si ricava da *Saint Prix*, causa n. C-507/12, sentenza del 19 giugno 2014, ECLI:EU:C:2014:2007), nonché al figlio scolarizzato del lavoratore migrante, indipendentemente dall'età (fino al dottorato: così *Alarape*, causa n. C-529/11, sentenza dell'8 maggio 2013, ECLI:EU:C:2013:290).

tura classica della nozione di lavoratore consenta di affermare che nessuno di questi elementi sia di per sé rilevante, la prassi di alcuni Stati denota una tendenza a non considerare tali persone come dei lavoratori<sup>45</sup>. Se si pensa che l'economia collaborativa si basa anche sul lavoro con queste caratteristiche<sup>46</sup>, si comprende il possibile impatto di un allentamento della sinora protettiva giurisprudenza. Il cittadino dell'Unione che non soggiorna nel rispetto delle condizioni previste dalla direttiva potrebbe incontrare difficoltà non solo nell'accesso alle prestazioni assistenziali in denaro, ma anche a quelle in natura, come le cure mediche gratuite, l'accesso all'alloggio o alla scuola.

Se si può pensare che, come dice la Corte nel caso *Alimanovic*, il cittadino dell'Unione sia perfettamente cosciente che nei primi tre mesi di soggiorno non può chiedere prestazioni sociali, tuttavia non corrisponde alla realtà pensare che ogni cittadino dell'Unione possa avere il controllo assoluto delle condizioni alle quali soggiorna.

#### 6. *Quale trattamento per il cittadino dell'Unione che non beneficia della libera circolazione?*

Qual è allora lo *status* del cittadino dell'Unione, in queste ipotesi, certamente marginali, ma pur sempre possibili, quando non già in essere?

Una prima risposta individua nel diritto nazionale la fonte del trattamento di tali persone, in ragione del carattere generale della normativa nazionale. Tale soluzione appare coerente con la direttiva 2004/38, che permette l'applicazione di norme nazionali, purché più favorevoli<sup>47</sup>. Gli Stati potrebbero adottare una normativa *ad hoc* per i cittadini dell'U-

<sup>45</sup> O'BRIEN, *Civis capitalist sum: Class as the new guiding principle of EU free movement rights*, in *Common Market Law Review*, 2016, p. 953 ss., analizza una serie di normative nazionali che hanno l'effetto di rendere più difficile la prova della qualità di lavoratore.

<sup>46</sup> La stessa Commissione è consapevole che considerare lavoratori coloro che sono coinvolti nell'economia collaborativa, che pure genera nuove opportunità di impiego, può essere talvolta problematico (*Un'agenda europea per l'economia collaborativa*, COM/2016/356).

<sup>47</sup> Nel caso *Ziolkowski*, cause n. C-424/10 e C-425/10, sentenza del 21 dicembre 2011, ECLI:EU:C:2011:866, punto 50, la Corte afferma il carattere meramente facoltativo dell'adozione di un regime nazionale più favorevole. Non mancano, tuttavia, nella giurisprudenza impliciti riconoscimenti dell'ammissibilità di regolamentazioni nazionali del soggiorno del cittadino dell'Unione. Si veda, per esempio, il modo in cui la Corte riformula la questione pregiudiziale nel caso *NA*, causa n. C-115/15, sentenza del 30 giugno 2016, ECLI:EU:C:2016:487, punto 69.

nione (soluzione assai improbabile) oppure estendere l'ambito di applicazione della normativa sugli stranieri. Nessun obbligo di diritto dell'Unione sembra però ricostruibile per imporre questa seconda scelta. Anzi, le norme di diritto dell'Unione europea in materia di immigrazione escludono espressamente, come già ricordato, i cittadini dell'Unione dal loro campo di applicazione. Ciò non di meno, nulla impedisce che lo Stato prenda come modello le norme sull'immigrazione. In questo senso può anzi essere richiamata la sentenza della Corte di giustizia nella causa *Petrea*, in cui si afferma che per valutare come debba svolgersi il procedimento che porta alla decisione di cessazione del soggiorno del cittadino dell'Unione, lo Stato può riferirsi alla "direttiva rimpatri" per ricavare utili elementi<sup>48</sup>. La situazione dell'espulsione è molto particolare, perché la direttiva 2004/38 (e il diritto dell'Unione) pone poche regole positive e molte negative: in altri termini, il diritto dell'Unione non specifica cosa lo Stato deve fare, ma solo cosa non deve fare. I margini di manovra degli Stati per organizzare il procedimento di espulsione sono più ampi di quelli, per esempio, relativi alla registrazione della residenza. Dal momento che lo Stato non può espellere i propri cittadini, ma può espellere gli stranieri, il diritto degli stranieri costituisce il sistema di regole di riferimento naturale. La stessa "direttiva rimpatri" può offrire un ulteriore spunto, in quanto consente allo Stato di concedere un permesso di soggiorno a titolo umanitario a favore dello straniero irregolare, per sanare il suo status giuridico, modello che potrebbe essere esteso anche al cittadino dell'Unione.

Demandare al diritto nazionale la definizione del trattamento dei cittadini dell'Unione potrebbe condurre a differenze anche molto marcate. L'aver posto il cittadino al centro dell'integrazione europea rende difficilmente accettabile abbandonarlo alla discrezionalità e alla buona volontà degli Stati quando è più vulnerabile, senza un nucleo comune e minimo di garanzie, che abbia la sua fonte nel diritto dell'Unione, ossia in quell'ordinamento giuridico dal quale quello status deriva. Il cittadino dell'Unione nello Stato ospite è pur sempre uno straniero e come tale ha diritto a quel nucleo minimo di diritti umani che gli Stati devono accordare a tutti, indipendentemente dalla loro posizione giuridica<sup>49</sup>. Tuttavia, suona paradossale che la fonte ne sia il diritto internazionale generale o le convenzioni sui diritti umani. Un nucleo minimo di diritti fundamenta-

<sup>48</sup> Causa n. C-184/16, sentenza del 14 settembre 2017, ECLI:EU:C:2017:684, punto 52.

<sup>49</sup> NASCIBENE, *Lo straniero nel diritto internazionale*, Milano, 2013. Si v. anche lo studio della European Union Agency for Fundamental Rights, *Fundamental rights of migrants in an irregular situation in the European Union*, 2013.

li da garantire al cittadino dell'Unione in ogni caso deve invece potersi ricavare dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione. Quando ha a che fare con un cittadino dell'Unione che si è trasferito da un altro Stato membro, lo Stato si pone nell'ambito di applicazione della Carta.

Ad una prima lettura del caso *Dano*, sembrerebbe però che la Corte non intenda avallare una lettura di questo genere. Infatti, al giudice nazionale che le chiedeva se gli articoli 1 (dignità umana), 20 (uguaglianza di fronte alla legge) e 51 (ambito di applicazione) della Carta imponessero allo Stato di concedere la prestazione di assistenza sociale negata alla ricorrente nella causa principale, la Corte risponde che quando lo Stato determina le condizioni per l'accesso alle prestazioni di assistenza sociale non dà attuazione al diritto dell'Unione e non si pone nell'ambito di applicazione della Carta<sup>50</sup>. A parere di chi scrive una risposta diversa potrebbe essere data ad una domanda diversamente formulata. Infatti, nonostante la domanda, alla quale la Corte si attiene in modo letterale, il punto rilevante non era sindacare le condizioni fissate dallo Stato per l'accesso alle prestazioni; sarebbe stato più opportuno valutare se l'applicazione di quelle condizioni al caso di specie potesse compromettere i diritti fondamentali della signora Dano, in particolare la dignità personale (art. 1), l'esercizio della libera circolazione delle persone (art. 45), i diritti del minore (art. 24), l'accesso all'assistenza sociale (art. 34). Quando lo Stato, rifiutando una prestazione sociale ostacola la libera circolazione delle persone, si pone nel campo di applicazione della Carta, anche se agisce in conformità ai poteri discrezionali che il diritto dell'Unione gli concede<sup>51</sup>.

In conclusione, se la condizione del cittadino dell'Unione continua, nella maggioranza dei casi e nelle ipotesi "standard", ad essere migliore

<sup>50</sup> La dottrina non ha mancato di criticare la Corte per la scarsa considerazione riservata alla Carta: si v. PAJU, *Much Ado about Nothing? How the EU Charter of Fundamental Rights Could Challenge Prevailing Notions of Territorial Rights and Solidarity as Regards National Social Security Systems?*, in DE VRIES, BERNITZ, WEATHERILL (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights as a Binding Instrument: Five Years Old and Growing*, Oxford, 2015, p. 192; PRASSL, *Migrants, citizens, aliens? Free movement rights for the economically inactive after Brey and Dano*, in *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, 2016, p. 325.

<sup>51</sup> Quando l'azione dello Stato rientra nel campo di applicazione della Carta è tema ancora non perfettamente chiarito. Nel senso che il caso *Dano* sia riconducibile alla giurisprudenza *ERT*, BARBOU DES PLACES, *La cohérence du droit de la libre circulation des personnes à l'épreuve de la mobilité des indigents*, in *Revue trimestrielle du droit européen*, 2015, p. 141. Utile è anche il riferimento al caso *NS*, cause n. C-411/10 e C-493/10, sentenza del 21 dicembre 2011, in *Racc.*, p. I-13905, di WARD, *Art. 51*, in PEERS, HERVEY, KENNER, WARD (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, Oxford, 2014, p. 1450.

di quella dello straniero, rimane ciò nonostante uno spazio grigio in cui il cittadino dell'Unione rischia di restare senza tutele e in cui il trattamento dello straniero finisce per diventare la soglia minima sotto la quale lo Stato non può scendere. La questione però non è (non deve essere) puramente nazionale, ma deve essere inquadrata nel diritto dei diritti umani dell'Unione europea.



# TESTING EUROPEAN VALUES BEYOND EMERGENCY: THE RIGHT TO INTERNATIONAL PROTECTION AND ITS IMPEDIMENTS

Salvatore Fabio NICOLSI\*

“Survival migration is a dignity seeking journey”<sup>1</sup>

*François Crépeau*

SUMMARY: 1. Introduction and Background. – 2. The EU System of Humanitarian Values. – 3. Asylum as a Fundamental Right and a European Value. – 3.1. The Fundamental Right to Asylum in the Light of the ECHR. – 3.2. Asylum as a European Value in the Light of the Common Constitutional Traditions. – 4. Access to International Protection and Extraterritorial Asylum Claims. – 4.1. Humanitarian Visas and the Effet Utile of the Right to Asylum. – 4.2. The Right to Asylum and Extraterritorial Border Control. – 5. Concluding remarks.

## *1. Introduction and Background*

In a momentous Grand Chamber’s decision in the case of *X, X v. État belge*,<sup>2</sup> from 7 March 2017, the European Court of Justice (ECJ) addressed for the first time the delicate and debated issue of humanitarian visas to facilitate the safe arrivals of asylum seekers in an EU Member State.<sup>3</sup>

\* Assistant Professor of International and European Law, Utrecht University; Associated Postdoctoral Researcher, Human Rights Centre, Ghent University; Adjunct Professor of European Law, University of Catania.

<sup>1</sup> UN Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants, *Statement for the Enhanced Interactive Dialogue Geneva*, UN Human Rights Council, 15 June 2015.

<sup>2</sup> *X, X, v. État belge*, Case C-638/16 PPU, Judgment of 7 March 2017, [hereinafter “*X, X, v. État belge*”].

<sup>3</sup> On humanitarian visas, see especially the Study for the European Parliament’s LIBE Committee by IBEN JENSEN, *Humanitarian visas: Option or obligation?*, 2014, available at: <<http://www.europarl.europa.eu/studies>>. In the context of the case under discussion see more specifically MORGADES-GIL, *Humanitarian Visas and EU Law: Do States Have Limits to Their Discretionary Power to Issue Humanitarian Visas?*, in *European papers, European Forum*, Insight of 15 October 2017, pp. 1-12, available at:

On this occasion, the ECJ ruled on a request by the Belgian Council for Asylum and Immigration Proceedings (*Conseil du Contentieux des Étrangers*) that an application for a visa with limited territorial validity made on humanitarian grounds with a view to lodging an asylum application immediately upon arrival in Belgium, does not fall within the scope of EU law, specifically the Community Code on Visas.<sup>4</sup> The applicants, a Syrian family from Aleppo, including three minor children, claimed, *inter alia*, that “Article 18 of the Charter [of Fundamental Rights of the European Union] imposes a positive obligation on the Member States to guarantee the right to asylum and that the granting of international protection is the only way to avoid any risk that Article 3 of the ECHR [European Convention on Human Rights] and Article 4 of the Charter will be infringed.”<sup>5</sup>

This judgment has been criticised as being rather disappointing in that it missed the opportunity to demonstrate that the EU constitutes an effective area of protection.<sup>6</sup> This is especially relevant, taking into consideration that the large refugee influx along the central Mediterranean and eastern Mediterranean routes continues, with a total of more than 600,000 asylum applications recorded since the beginning of the 2017.<sup>7</sup> The case of *X, X v. État belge*, therefore, provided a good context to prove that the EU is at the forefront in the protection of fundamental rights, including the right to seek asylum, as enshrined in

<<http://www.europeanpapers.eu/en/europeanforum/humanitarian-visas-and-eu-law-do-states-have-limits-to-their-discretionary-power>>. For a broader systematic analysis see MORENO-LAX, *Accessing Asylum in Europe Extraterritorial Border Controls and Refugee Rights under EU Law*, Oxford, 2017.

<sup>4</sup> Regulation (EC) No 810/2009 of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 establishing a Community Code on Visas (Visa Code), OJ L 243, 15 September 2009, p. 1–58, [hereinafter “Visa Code”]. See also the more recent recast proposal COM(2014) 164 final, currently in a stalemate, owing to difficult negotiations on provisions on humanitarian visas.

<sup>5</sup> *X, X, v. État belge*, cit., para. 23. See also Conseil du Contentieux des Étrangers, *Arrêt n° 179 108*, 8 December 2016, available at: <[http://www.refworld.org/cases,BEL\\_CCE,58a6cf494.html](http://www.refworld.org/cases,BEL_CCE,58a6cf494.html)>.

<sup>6</sup> DEL GUERCIO, *La sentenza X. e X. della Corte di giustizia sul rilascio del visto umanitario: analisi critica di un'occasione persa*, in *European papers*, 2017, pp. 271–291. See also BROUWER, *The European Court of Justice on Humanitarian Visas: Legal Integrity vs. Political Opportunism?*, in *CEPS Commentary*, 16 March 2017, available at: <<https://www.ceps.eu/publications/european-court-justice-humanitarian-visas-legal-integrity-vs-political-opportunism>>.

<sup>7</sup> Data updated to early December 2017, for an overall overview of migration and asylum statistics, see the tables and figures updated by Eurostat at: <[http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Asylum\\_quarterly\\_report&oldid=305930](http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Asylum_quarterly_report&oldid=305930)>.

Article 18 of the Charter of Fundamental Rights of the EU,<sup>8</sup> by impeding the dangerous journeys of migrants.

From this perspective, in his Opinion in the case under consideration Advocate General Mengozzi significantly recalled the relevance of the founding values of the EU, emphasising that:

... the refusal to recognise a legal access route to the right to international protection on the territory of the Member States which unfortunately often forces nationals of third countries seeking such protection to join, risking their lives in doing so, the current flow of illegal immigrants to EU's borders – [...] seems [...] to be particularly worrying, in the light, inter alia, of the humanitarian values and respect for human rights on which European construction is founded.<sup>9</sup>

To such extent, the Advocate General stressed that “as Articles 2 and 3 of the EU Treaty state respectively, the Union ‘is founded on the values of respect for human dignity [...] and respect for human rights’ and its ‘aim is to promote [...] its values’, including in its relations with the wider world.”<sup>10</sup>

The words of Advocate General Mengozzi that meaningfully embed the right to asylum and international protection into the code of humanitarian values upon which the EU is founded, offer an opportunity to reflect on a twofold issue.

First, the understanding of the aforementioned right to asylum as a humanitarian value of the EU polity is to be adequately addressed. Second, the case of *X, X v. État belge* will be seen as illustrative of the hindrances to the material realization of such a right, which naturally needs adequate instruments, such as legal channels or humanitarian visas, to translate into real world contexts.

The Advocate General's Opinion also echoes the Speech on the State of the Union that the President of the European Commission, Jean-Claude Juncker, pronounced before the European Parliament in September 2015, during which he stressed the imperative to act as a Union to manage the refugee crisis.<sup>11</sup> In an attempt to contribute to the

<sup>8</sup> Charter of Fundamental Rights of the European Union, OJ C 364/1, 18 December 2000 [hereinafter “EU Charter”]. For a commentary see PEERS, HARVEY, KENNER and WARD (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, Oxford, 2014.

<sup>9</sup> *X, X, v. État belge*, cit., Advocate General's Opinion, 7 February 2017, para. 173.

<sup>10</sup> *Ibidem*.

<sup>11</sup> President of the European Commission, Jean-Claude Juncker, *State of the Union 2015: Time for Honesty, Unity and Solidarity*, Speech, 9 September 2015, Strasbourg, SPEECH/15/5614, available at: <[http://europa.eu/rapid/press-release\\_SPEECH-15-5614\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-15-5614_en.htm)>.

ongoing debate triggered by the refugee flows to Europe and the subsequent reaction of the EU as a whole and its Member States, this paper pursues the goal of interpreting first the right to asylum under Article 18 of the EU Charter in the light of the underlying values of the EU. Despite the crucial role that since the entry into force of the Lisbon treaty the ECJ has been playing in understanding and broadening the scope of the rights enshrined in the Charter,<sup>12</sup> as the recent case of *X, X v. État belge* confirms, the Luxembourg judges have been hesitant in providing further clarifications on the exact scope of the right to asylum.<sup>13</sup>

Second, by investigating in the light of the case of *X, X v. État belge*, whether the understanding of asylum as a fundamental right linked with the humanitarian values entails specific obligations on EU Member States, including the issuing of humanitarian visas, the research challenges the EU traditional support for humanitarian values and suggests reading the migratory emergency as a crisis of values. As a result, such a crisis precludes the genuine exercise of the right to international protection.<sup>14</sup>

The paper concludes that the right to asylum has an axiological significance and must be considered as a European value and guiding principle for the development of an effective Common European Asylum System (CEAS).<sup>15</sup>

<sup>12</sup> See DE BÚRCA, *After the EU Charter of Fundamental Rights: The Court of Justice as a Human Rights Adjudicator*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2013, pp. 168–174.

<sup>13</sup> This issue was recently tackled in our recent analysis in NICOLOSI, *Going Unnoticed? Diagnosing the Right to Asylum in the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, in *European Law Journal*, 2017, pp. 94–117. For further references see also VELLUTI, *Reforming the Common European Asylum System—Legislative Developments and Judicial Activism of the European Courts*, Berlin, 2014, p. 29.

<sup>14</sup> The point was raised also by MENÉNDEZ, *The Refugee Crisis: Between Human Tragedy and Symptom of the Structural Crisis of European Integration*, in *European Law Journal*, 2016, p. 389, who stressed that “the refugee crisis has rendered darkly sinister the dreams of Europe as a ‘special place for human hope’ or the once fashionable characterisation of the Union as a *pouvoir civilisateur*.”

<sup>15</sup> The Common European Asylum System (CEAS) consists of the following binding acts: Council Regulation 604/2013, OJ L 180/31, 29.06.2013, known as “Dublin III Regulation”; Council Regulation 603/2010, OJ L 180/1, 29.06.2013, known as “Eurodac Regulation”; Directive 2011/95/EU, OJ L 337/9, 20.12.2011, known as “Qualification Directive”; Directive 2013/33/EU, OJ L 180/96, 29.06.2013, known as “Reception Directive”; Directive 2013/32/EU, OJ L 180/249, 29.06.2013, known as “Procedures Directive”; Council Directive 2001/55/EC, OJ L212/12, 20.07.2001. For an interpretation of the CEAS as an integrated legal system, see extensively BATTJES and SPIJKERBOER, *The Systematic Nature of the Common European Asylum System*, in JULIEN-LAFERRIÈRE, LABAYLE, EDSTRÖM (eds.), *The European Immigration and*

## 2. The EU System of Humanitarian Values

Article 2 of the Treaty on the European Union (TEU), as introduced by the treaty of Lisbon, establishes that “the Union is founded on the values of respect for human dignity, freedom, democracy, equality, the rule of law and respect for human rights, including the rights of persons belonging to minorities.”<sup>16</sup> The provision, which results from a long process of refinement dating back to the 1973 Declaration on European Identity,<sup>17</sup> confirms that such values “are common to the Member States” and are inherent in a specific context, namely a society “in which pluralism, non-discrimination, tolerance, justice, solidarity and equality between women and men prevail.”<sup>18</sup> The tenet of such a provision embodies the paradigm according to which the whole integration process aims to evolve by shaping at the same time the identity of the EU. As emphasized by CONSTANTINESCO, the EU values constitute “*le cœur de tout projet constitutionnel*,”<sup>19</sup> they play the crucial role of assuring the harmonious coherence of the integration process by transposing each national identity into a European common dimension.

Apart from its internal relevance, the EU system of values plays a paramount role at the external level, as it contributes to defining the scope of the Union’s external action. Article 21 (1) TEU states that:

*Asylum Policy: Critical Assessment Five Years After the Amsterdam Treaty*, Bruxelles, 2005, p. 27, who argue that “the conception of European asylum legislation as an integrated system is in some quite important respects necessary to interpret its rules, including claims on protection relevant for international law”. For an updated commentary on the CEAS toolbox, see especially THYM, HAILBRONNER, *EU Immigration and Asylum Law. Commentary*, 2nd ed., Baden-Baden, 2016.

<sup>16</sup> See *Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union*, OJ C 326/1, 26 October 2012.

<sup>17</sup> *Declaration on European Identity*, Copenhagen, 14 December 1973, adopted by the Heads of State or Government of the nine Member States at the Copenhagen Summit of 14 and 15 December 1973 in order to affirm their determination to introduce the concept of European identity into their common foreign relations. For references see LABAYLE, *Les valeurs européennes (1992/2012 – deux décennies d’une Union de valeurs)*, in *Revue québécoise de droit international*, 2002, pp. 41-42.

<sup>18</sup> On the founding values of the EU see, *inter alia*, POTVIN-SOLIS (ed.), *Les valeurs communes dans l’Union européenne*, Bruxelles, 2014; MOLINIER (ed.), *Les principes fondateurs de l’Union européenne*, Paris, 2005. See also MOORHEAD, *The Values of the European Union Legal Order: Constitutional Perspectives*, in *European Journal of Law Reform*, 2014, pp. 3-18; RIDEAU, *Les valeurs de l’Union européenne*, in *Revue des affaires européennes*, 2012, p. 329.

<sup>19</sup> CONSTANTINESCO, *Les valeurs dans le traité établissant une Constitution pour l’Europe*, in POTVIN-SOLIS (sous la dir.), *cit.*, p. 47.

the Union's action on the international scene shall be guided by the principles which have inspired its own creation, development and enlargement, and which it seeks to advance in the wider world: democracy, the rule of law, the universality and indivisibility of human rights and fundamental freedoms, respect for human dignity, the principles of equality and solidarity, and respect for the principles of the United Nations Charter and international law.

The provision under Article 2 TEU, therefore, constitutes in a nutshell the basic "code of conduct" of the EU. Furthermore, this concise catalogue is complemented by the EU Charter of Fundamental Rights, whose normative apparatus is framed within a system of values, expressly recalled by the Preamble. The latter confirms that the Union is founded on the indivisible, universal values of human dignity, freedom, equality and solidarity, and is based on the principles of democracy and the rule of law. Significantly, the Charter establishes a considerable link between the founding values of the EU and the protection of fundamental rights. The values enshrined in Article 2 TEU, supplemented by the Charter, therefore constitute a set of principles which are common to the EU and its Member States that the latter envisioned to put at the foundation of the supranational community, in order to enhance its legitimacy and democratic action.<sup>20</sup> These values can be conceived of as part of that EU humanitarian spirit which places the human being and human dignity at the core of its legal order.<sup>21</sup>

The growing attention that the ECJ has been paying to the EU Charter confirms that the protection of fundamental rights constitutes the primeval core of the EU values, the respect of which "is therefore a condition of the lawfulness of Community [now EU] acts, and measures incompatible with respect for human rights are not acceptable in the Community [now EU]."<sup>22</sup>

<sup>20</sup> See KADDOUS, *The European Union's Common Values and National Identities: Convergence or Contradiction?*, in GIEGERICH, GSTREIN, ZAEITZMANN (eds.), *The EU between 'an Ever Closer Union' and Inalienable Policy Domains of Member States*, Baden-Baden, 2014, pp. 81-106.

<sup>21</sup> For a comprehensive overview see GOVAERE, POLI (eds.), *EU Management of Global Emergencies. Legal Framework for Combating Threats and Crises*, Leiden/Boston, 2014.

<sup>22</sup> *Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation v Council of the European Union and Commission of the European Communities*, Joint cases C-402/05 P and C-415/05, Judgment of 3 September 2008, para. 284.

Following the human rights approach characteristic of the defunct Constitutional Treaty,<sup>23</sup> the deep entrenchment in fundamental rights is also a distinctive feature of the Lisbon treaty, which expressly enshrines the protection of fundamental rights amongst the EU founding values under Article 2 TEU.

The fact that this provision can be seen as the axiological code of the EU legal order is confirmed by the provision of specific procedures aimed at assuring the respect of these values both internally and externally against any possible violation. From this perspective, whether externally a State which does not recognize itself in the founding values is not admitted into the EU, internally a serious and systematic breach of these values can determine the suspension of certain rights deriving from the application of the Treaties, including the voting rights of the representative of the government of that Member State in the Council.<sup>24</sup> Nonetheless, an internal violation of the EU founding values will ideologically breach the mutual trust within the EU legal system, since, as the ECJ significantly pointed out the EU legal structure “is based on the fundamental premise that each Member State shares with all the other Member States, and recognises that they share with it, a set of common values on which the EU is founded, as stated in Article 2 TEU.”<sup>25</sup>

Still, the European Commission has reiterated that all institutions shall also act in order to promote the protection of the EU founding values.<sup>26</sup> Nevertheless, as will be discussed in the next sections, a look at the migratory emergency reveals not only that Member States do not seem capable or at least willing to honour the system of humanitarian values framed within EU primary law, including the respect for the

<sup>23</sup> *Treaty establishing a Constitution for Europe*, signed in Rome on 29 October 2004, OJ C 310, 16 December 2004. See PIRIS, *The Lisbon Treaty: a legal and political analysis*, Cambridge, 2010, p. 83.

<sup>24</sup> Art. 7 (3) TEU. There is a growing literature on the EU rule of law in the context of the political crises crossing Member States, such as Hungary or Poland, and the legal implications from an EU perspective. As regards Poland, see the recent European Commission’s Reasoned Proposal in accordance with Article 7(1) of the Treaty on European Union regarding the Rule of Law in Poland, Proposal for a Council Decision on the determination of a clear risk of a serious breach by the Republic of Poland of the rule of law, COM(2017) 835 final, 20 December 2017. For references see, *inter alia*, CLOSA, KOCHENOV (eds.), *Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union*, Cambridge, 2016.

<sup>25</sup> *Opinion 2/13* of 18 December 2014, para. 168.

<sup>26</sup> See, e.g., European Commission, Communication to the Council and the Parliament on the Article 7 of the Treaty on the European Union: Respect and promotion of the values on which the Union is founded, 15 October 2013, COM (2013) 606.

fundamental right to seek and obtain asylum but also that the EU support for humanitarian values can be challenged on the basis of the fact that secondary legislation lacks rules aimed at assuring that the right to international protection be effectively exercised.

### *3. Asylum as a Fundamental Right and a European Value*

The provision under Article 18 of the EU Charter is rather unique in the European legal landscape, this being the only reference recalling the scope of the right to seek and enjoy asylum as enshrined in Article 14 (1) of the Universal Declaration of Human Rights (UDHR).<sup>27</sup> The right to asylum has a constitutional relevance within the CEAS, as proved by the fact that the Preamble to all relevant legislative instruments restates the purpose to give effect to the right to asylum under Article 18 of the Charter.

However, despite its ‘constitutionalisation,’ asylum remains a far too amorphous right under EU law and it is a pathological element of the Charter. This is partly due to the fact that, as has been said, on a few occasions, including the recent case of *X, X v. État belge*, the Court of Justice has declined to clarify the exact scope of Article 18. Nonetheless, in a context such as the EU, which is increasingly affected by continuing applications for international protection, Article 18 remains an essential provision, though its substance is still vague and the potential ‘partially dormant’.<sup>28</sup>

The recognition of asylum as a fundamental right in the context of EU law and specifically of the EU Charter is problematic, despite a few doctrinal attempts in that sense.<sup>29</sup> This is due to a number of factors, first and foremost the apparent contradiction that, though Article 18 of the Charter establishes that the right to asylum shall be guaranteed with due respect for the Refugee Convention and the 1967 Protocol<sup>30</sup> and in

<sup>27</sup> UN General Assembly, Res. 217A(III), 10 December 1948, A/810.

<sup>28</sup> IPPOLITO, *Migration and Asylum Cases before the Court of Justice of the European Union: Putting the EU Charter of Fundamental Rights to Test?*, in *European Journal of Migration and Law*, 2015, p. 20.

<sup>29</sup> See especially GIL-BAZO, *The Charter of Fundamental Rights of the European Union and the Right to Be Granted Asylum in the Union's Law*, in *Refugee Survey Quarterly*, 2008, pp. 34–52.

<sup>30</sup> *Convention relating to the Status of Refugees*, adopted on 28 July 1951 by the un Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons convened in Geneva, entered into force on 22 April 1954, 189 UNTS 137 (hereinafter “Refugee Convention”), and the Protocol relating to the Status of Refugees, adopted on 31 January 1967, entered into force on 4 October 1967, 606 UNTS 267.

accordance with the Treaty on the Functioning of the EU (TFEU), no reference is made to such a right in these sources.

Furthermore, as is known, the Charter limits itself to reaffirming existing fundamental rights as they result, in particular, from a plurality of external sources, including the constitutional traditions and the ECHR. Therefore, the existence of a fundamental right to asylum must be investigated in the light of these specific external sources.

In his Opinion in *Elgafaji* Advocate General Poiares Maduro stressed that the Charter “may create the presumption of the existence of a right which will then require confirmation of its existence either in the constitutional traditions common to the Member States or in the provisions of the ECHR.”<sup>31</sup> Once a right is identified as a fundamental right protected by EU law, the EU Charter thus “provides a particularly useful instrument for determining the content, scope and meaning to be given to that right.”<sup>32</sup>

Admittedly, the reference to the ECHR and the common constitutional traditions can confirm that the right to asylum within the EU legal order can be seen not only as a fundamental right but also as a specific European value. This twofold conception will be addressed more in detail in the following subsections.

### 3.1. The Fundamental Right to Asylum in the Light of the ECHR

The ECHR, which is the main source of the EU Charter’s rights, despite a few initial attempts,<sup>33</sup> does not codify a right to asylum. Nevertheless, over the years the European Court of Human Rights (ECtHR) has been able through its interpretation of the ECHR to ensure not only the protection of the codified rights, but also to favour the development of those rights, such as the right to asylum, that have not received proper legal recognition internationally.<sup>34</sup>

As to the right to asylum, the jurisprudential application *par ricochet* of Article 3 ECHR on the right not to be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment, has been extremely relevant. It suggests that a fundamental right to asylum is the mirror-

<sup>31</sup> *Elgafaji*, Case 465/07, Advocate General’s Opinion, [2009] ECR I-921, para. 21

<sup>32</sup> *Ibidem*.

<sup>33</sup> See, e.g., Council of Europe, Parliamentary Assembly, Recommendation 293 (1961) on the right of asylum, adopted on 26 September 1961, Doc. 1329. For references see generally MOLE, MEREDITH, *Asylum and the European Convention on Human Rights*, 4th ed., Strasbourg, 2010.

<sup>34</sup> See EINARSEN, *The European Convention on Human Rights and the Notion of an Implied Right to de facto Asylum*, in *International Journal of Refugee Law*, 1990, p. 361.

image of the obligation of *non-refoulement* where there is a risk of torture or ill-treatment. This was, in fact, one of the major arguments upheld by the applicant in *X, X v. État belge*.<sup>35</sup>

The nexus between asylum and *non-refoulement* has been explored by the Strasbourg Court since its earlier case law. In *Vilvarajah* and later in *Chahal*, the Court established that expulsion of an asylum seeker may give rise to an issue under Article 3, and hence engage the responsibility of the State under the Convention, where substantial grounds have been shown for believing that the person concerned faced a real risk of being subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment in the country to which he was returned.<sup>36</sup> While rewording the principle of *non-refoulement*, the Court in *Salah Sheek* ruled that Article 3 “implies an obligation not to expel the individual to that country”<sup>37</sup> and later in *Gebremedhin*, quoting the French *Conseil d'État*, seemingly carved out a right for asylum seekers to stay in the territory of a Contracting State and have access to an asylum procedure.<sup>38</sup> It is worth stressing that, as will be argued, apart from the situations in which applicants are already on the territory of a Contracting Party, the ECHR has extraterritorial application and thus applies whenever the applicants find themselves within the jurisdiction of a Contracting Party.<sup>39</sup>

As the principle of *non-refoulement* has been conceived to protect a person from the risk of persecution, it amounts to what HATHAWAY has defined as “a de facto duty to admit the refugee, since admission is normally the only means of avoiding the alternative, impermissible consequence of exposure to risk”.<sup>40</sup> Such duty is based not necessarily upon an explicit individual entitlement, but rather on the complementary nature of the obligation not to violate the prohibition of torture and

<sup>35</sup> *X, X, v. État belge*, cit., para. 23.

<sup>36</sup> *Vilvarajah and others v. United Kingdom*, Applications Nos. 13163/87, 13164/87, 13165/87, 13447/87, 13448/87, Judgment of 30 October 1991, paras. 109–116; *Chahal v. United Kingdom*, Application No. 22414/93, Judgment of 15 November 1996, paras. 105–106.

<sup>37</sup> *Salah Sheek v. The Netherlands*, Application No. 1948/04, Judgment of 11 January 2007, para. 131.

<sup>38</sup> *Gebremedhin v. France*, Application No. 25389/05, Judgment of 26 April 2007, para. 65. The Court quoted the order issued by the *Conseil d'État*, Order No. 255237, 25 March 2003, stating that the constitutional right to asylum is a fundamental freedom whose corollary is the right to request refugee status.

<sup>39</sup> See in this regard the remarkable judgment in *Hirsi Jamaa and Others v. Italy*, Application No. 27765/09, Judgment of 23 February 2009.

<sup>40</sup> HATHAWAY, *The Rights of Refugees under International Law*, Cambridge, 2005, p. 301.

inhuman treatment and the consequent responsibility to provide for the protection of individuals.

Despite the fact that the ECHR does not contain any explicit reference, one may therefore conclude that a right to de facto asylum may be drawn from the principle of *non-refoulement* as applied to asylum cases through Article 3 ECHR. From this perspective, by incorporating the Strasbourg case law, the EU Charter enshrines the fundamental right to asylum under Article 18 as a right of complementary nature pursuing the scope of strengthening other Charter's provisions, namely Article 4 on the prohibition of torture and Article 19 on the prohibition of *refoulement*.

### 3.2. Asylum as a European Value in the Light of the Common Constitutional Traditions

Another important source to test the existence of a right enshrined in the EU Charter, as highlighted by Advocate General Poiares Maduro, is the common constitutional heritage of the EU Member States.

In most European Constitutions the granting of asylum is construed as a subjective right of individuals. A fundamental right to asylum is enshrined in the Constitutions of several Member States,<sup>41</sup> including France, which boasts a long tradition dating back to the constitutional experience of 1793 and echoed on a few occasions by the *Conseil constitutionnel*.<sup>42</sup> Article 16 (2) of the German Basic Law (*Grundgesetz*) of 23 May 1949 recognises the right to asylum for those persecuted for political reasons.<sup>43</sup> The Federal Constitutional Court (*Bundesverfassungsgericht*) even clarified that the underlying right to asylum can have a wider scope than the provisions contained in international instruments in force, including the Refugee Convention.<sup>44</sup> Specific provisions on the right to asylum are also characteristic of the new Constitutions of recent Member States from Central and Eastern Europe, which generally emphasise the position of individuals and their rights.

<sup>41</sup> The Constitutions of several Member States, including Bulgaria, Germany, France, Hungary, Italy, Spain, Poland, Romania, Portugal, Slovakia, Slovenia and Sweden, contain provisions on the right to be granted asylum.

<sup>42</sup> See, e.g., Decision 93–325 DC of 12 August 1993, [1993] *Journal officiel* 11722, and Decision 97–389 of 22 April 1997, [1997] *Journal officiel* 6271.

<sup>43</sup> For a comparative analysis, see LAMBERT, MESSINEO, TIEDEMANN, *Comparative Perspectives of Constitutional Asylum in France, Italy and Germany: Requiescat in Pace?*, *Refugee Survey Quarterly*, 2008, p. 16.

<sup>44</sup> Judgment 9, 174 [180] of 4 February 1959, BvR 193/57.

The horizontal clause under Article 52 (3) of the Charter provides that those rights reflecting constitutional traditions of the Member States should be interpreted in line with those traditions, including thus constitutional asylum. GIL-BAZO has posited that these constitutional provisions may establish the existence of a subjective right to asylum.<sup>45</sup> As maintained by MODERNE, the latter corresponds with the right to obtain from the State that has enshrined such right in its own Constitution the necessary protection which is not available in the country of origin.<sup>46</sup> Nevertheless, many of these constitutional provisions have never had much practical application. The case of Italy is illustrative in this regard, with the lack of a law implementing Article 10 (3) of the Constitution that has deprived the right to asylum of practical value.<sup>47</sup>

By contrast, PEERS emphasised that the recognition of the right to asylum in many national Constitutions can confirm that such a right is best construed as a general principle of EU law.<sup>48</sup> Such a dogmatic interpretation is consistent with the structure of the EU Charter, which, pursuant to its Preamble, sets out rights, freedoms and principles that the Union recognises. Within this systematisation, as established in Article 52 (5) of the Charter the provisions “which contain principles may be implemented by legislative and executive acts taken by institutions, bodies, offices and agencies of the Union, and by acts of Member States when they are implementing Union law”. The rather vague wording of Article 18, and the fact that, contrary to other rights, there is no predetermined constituency of right holders by reference either to citizenship, residence or physical presence in the territory of the EU, can suggest that the practical ‘constitutional’ weight of the right to asylum depends on the adoption of secondary legislation in compliance with the Refugee Convention and based upon Article 78 TFEU.

Therefore, it becomes clear the axiological role played by the provision on the right to asylum, which embodies one of the utmost humanitarian values typical of the post-Cold War scenario in Europe. The provision of a specific EU policy on asylum was triggered by the

<sup>45</sup> GIL-BAZO, cit., pp. 34–52.

<sup>46</sup> MODERNE, *Le droit constitutionnel d'asile dans les États de l'Union européenne*, Marseille, 1997, p. 22 ff.

<sup>47</sup> See BENVENUTI, *Il diritto di asilo nell'ordinamento costituzionale italiano: Un'introduzione*, Padova, 2007.

<sup>48</sup> PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, 3rd edn, Oxford, 2011, p. 98. For more references as to the general principles of EU law, see generally, TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, 2nd edn, Oxford, 2006.

mass displacement caused by the conflict in the former Yugoslavia.<sup>49</sup> This factor must be coupled with the human rights legal-political paradigm which was especially predominant in the 1990s and permeated the development of EU law, a right-centric legal system, which results in the acknowledgment of fundamental rights protection as a founding value of the EU.

Despite still limited jurisprudence, the existing case law of the ECJ concerning Article 18 of the Charter underscores that paradigmatic role of the right to asylum, though its contours must be further investigated. As emphasised by Advocate General Poiares Maduro in *Elgafaji*, the EU legislation on asylum pursues the goal of “developing a fundamental right to asylum.”<sup>50</sup> This approach was later confirmed by Advocate General Cruz Villalón in his Opinion in *Abdullahi*.<sup>51</sup> On that occasion, the Advocate General emphasised how the CEAS, and in the case at issue, the Dublin Regulation, is “a fundamental component of the normative system devised by the European Union to enable that fundamental right to be exercised”<sup>52</sup> and that the Regulation, “like all the other provisions which together with it make up the system guaranteeing the fundamental right to asylum, must therefore be understood ultimately as an instrument operating in the service of that guarantee.”<sup>53</sup>

To conclude, the right to asylum is construed as an intrinsic European value which entails the responsibility for the EU to produce legislation aimed at realising such a right, while calling on Member States to accept the responsibility to promote this European value especially in the context of the ongoing migratory emergency. A look at the crisis through the lens of the case of *X, X v. État belge* will nonetheless underscore the hindrances to an adequate realization of the right to asylum, while waiving the whole system of values on which the EU is founded.

#### 4. Access to International Protection and Extraterritorial Asylum Claims

The migratory pressure has triggered as a reaction the adoption of a controversial set of measures both at the national and European level.

<sup>49</sup> See, *inter alia*, BOCCARDI, *Europe and refugees: towards an EU asylum policy*, London, 2002.

<sup>50</sup> *Elgafaji*, Case 465/07, Advocate General’s Opinion, cit., para. 21.

<sup>51</sup> *Abdullahi*, Case 394/12, Advocate General’s Opinion, 11 July 2013.

<sup>52</sup> *Ivi*, para. 40.

<sup>53</sup> *Ivi*, para. 41.

While the legislative proposals made by the European Commission to reform the CEAS are being examined in an attempt to moderate the burden on frontline States and to favour a more uniform treatment across the EU,<sup>54</sup> Member States have limited access to asylum, by further tightening border policy, with extreme difficulties in applying for international protection especially in Hungary and Poland and delays in the procedure in particular in Austria, Sweden and at the French-Italian border.<sup>55</sup> Only a limited number of Member States have applied humanitarian admissions or resettlement programmes, or regulated the issue of humanitarian visas.<sup>56</sup> All national emergency measures recently adopted and that clearly turned the area without internal borders into “an area with not only borders but also walls,”<sup>57</sup> betray the traditional European commitment to preserve asylum as a humanitarian value and naturally collides with international legal obligations, first and foremost the principle of *non-refoulement*.

Such a political reaction is reflected in the case of *X, X v. État belge*, which is thus considered as a test case for the understanding of the migratory emergency as a crisis of European values. The case and the main legal challenges, including the issue of humanitarian visas and the

<sup>54</sup> See European Commission, Communication to the European Parliament and the Council, *Towards a reform of the Common European Asylum System and Enhancing legal avenues to Europe*, COM(2016) 197 final, 6 April 2016. See also the following legislative proposals: Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council establishing a common procedure in the Union and repealing Directive 2013/32/EU; Proposal for a Regulation of the European Parliament and Council on standards for the qualification of third-country nationals or stateless persons as beneficiaries of international protection, for a uniform status for refugees or for persons eligible for subsidiary protection and for the content of the protection granted and amending Council Directive 2003/109/EC of 25 November 2003 concerning the status of third-country nationals who are long-term residents; Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council laying down standards for the reception of applicants for international protection (recast); Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third-country national or a stateless person (recast).

<sup>55</sup> See Fundamental Rights Agency (FRA), *Monthly data collection on the migration situation in the EU*, August 2017 Highlights, 1–31 July 2017, available at: <<http://fra.europa.eu/en/theme/asylum-migration-borders/overviews>>.

<sup>56</sup> MORGADES-GIL, cit., p. 1. See also the European Migration Network’s Study, *Resettlement and Humanitarian Admission Programmes in Europe –What Works?*, November 2016, available at: <[https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/networks/european\\_migration\\_network/reports/docs/emn-studies/emn-studies-00\\_resettlement\\_synthesis\\_report\\_final\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/networks/european_migration_network/reports/docs/emn-studies/emn-studies-00_resettlement_synthesis_report_final_en.pdf)>

<sup>57</sup> MENÉNDEZ, cit., p. 400.

way EU law may constrain the activity of its Member States in cases relating to external migration and border control, will be examined in the following sections.

#### 4.1. Humanitarian Visas and the Effet Utile of the Right to Asylum

Amongst the different debated issues raised by the case of *X, X v. État belge*,<sup>58</sup> the potential impact of the right to asylum under Article 18 of the Charter on the issuing of short term visas on humanitarian grounds deserves further attention, especially against in the light of the EU general system of values described above.

More specifically, by concluding that Member States are not required, under EU law, to grant a humanitarian visa to persons who wish to enter their territory with a view to applying for asylum, the Luxembourg judges nonetheless neglected to shed light on the scope of the right to asylum. The Court followed a rather narrow approach to the relevant secondary rules, namely the Visa Code. It was argued, in fact, that, since no measure has been adopted, to date, by the EU legislator as to the issuing by Member States of long-term visas and residence permits to third-country nationals on humanitarian grounds, the applications to obtain visas with limited territorial validity with the intent to apply for asylum fall outside the scope of the Visa Code. The latter was adopted to regulate intended stays in the territory of the Member States not exceeding 90 days in a 180-day term.<sup>59</sup>

As has been said, the case refers to the visa request lodged at the Belgian Embassy in Beirut (Lebanon), by a Syrian family. In support of their request, the applicants highlighted the well-documented precarious situation in Syria and especially in Aleppo,<sup>60</sup> and the fact that, being Orthodox Christians, they were at risk of persecution on account of their religious belief, and that it was impossible to register as refugees in neighbouring countries, owing, *inter alia*, to the closure of the border between Syria and Lebanon.<sup>61</sup> The latter, together with Jordan, another neighbouring State, is not a State Party to the Refugee Convention.

<sup>58</sup> See in particular MORENO-LAX, *Asylum Visas as an Obligation under EU Law: Case PPU C-638/16 X, X v État belge*, in *European Immigration and Asylum Law and Policy*, 16 February 2017, available at: <<http://eumigrationlawblog.eu/asylum-visas-as-an-obligation-under-eu-law-case-ppu-c-63816-x-x-v-etat-belge/>>.

<sup>59</sup> *X, X, v. État belge*, cit., paras. 40-43.

<sup>60</sup> See Amnesty International, “*Death Everywhere*” - *War Crimes and Human Rights Abuses in Aleppo*, 4 May 2015, available at: <[www.amnestyusa.org/reports/death-everywhere-war-crimes-and-human-rights-abuses-in-aleppo/](http://www.amnestyusa.org/reports/death-everywhere-war-crimes-and-human-rights-abuses-in-aleppo/)>.

<sup>61</sup> *X, X, v. État belge*, cit., paras. 20-21.

Similarly, Turkey cannot be considered as a safe country and the situation has become even more critical following the EU-Turkey Statement of March 2016<sup>62</sup> with increasing deportations of Syrians and mass expulsions, documented by Amnesty International.<sup>63</sup>

Despite such circumstances, the Belgian authorities, namely the Immigration Office (*Office des Étrangers*) rejected the applications, arguing that the applicants' intention to apply for asylum in Belgium would practically mean that the applicants would overstay the 90-day visa of limited territorial validity and that authorising the issue of an entry visa to be able to lodge an application for asylum once in Belgium would amount to allowing such an application to be submitted to a diplomatic post, an hypothesis which is not contemplated under EU asylum law.<sup>64</sup> On the basis of such arguments, pursuant to Article 32 (1) b, the visa was refused owing to the alleged applicants' intention not to leave the territory of the Member States before the expiry of the visa applied for.

Taking into account their exceptional personal circumstances, which were also acknowledged by the Belgian authorities, the applicants argued that, having regard to the international obligations of Belgium, the conditions for applying Article 25(1)(a) of the Visa Code were satisfied. According to the latter provision, a visa with limited territorial validity shall be exceptionally issued when the Member State concerned considers it necessary on humanitarian grounds, for reasons of national interest or because of international obligations, to derogate from the principle that the entry conditions laid down in the Schengen Borders Code must be fulfilled.<sup>65</sup> The provision is thus extremely important for individuals seeking international protection and in the context of the principle of *non-refoulement* and the ECHR obligations under Article 3.

But does Article 25 establish an obligation to issue a visa? The Belgian authorities argued that such provision allows a certain

<sup>62</sup> EU-Turkey Statement, 18 March 2016, available at: <<http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2016/03/18-eu-turkey-statement/>>.

<sup>63</sup> Amnesty International, *Turkey: Illegal mass returns of Syrian refugees expose fatal flaws in EU-Turkey deal*, 1 April 2016, available at: <<https://www.amnesty.org/en/press-releases/2016/04/turkey-illegal-mass-returns-of-syrian-refugees-expose-fatal-flaws-in-eu-turkey-deal/>>. Pursuant to Art. 3 of Directive 2013/32/EU (Procedure Directive), the Directive "shall not apply to requests for diplomatic or territorial asylum submitted to representations of Member States."

<sup>64</sup> *X, X, v. État belge*, cit., paras. 20-21.

<sup>65</sup> Regulation (EU) 2016/399 of the European Parliament and of the Council of 9 March 2016 on a Union Code on the rules governing the movement of persons across borders (Schengen Borders Code), OJ L 77, 23 March 2016, p. 1–52, Art. 6 (5) (c).

discretion. The crucial point is therefore to understand first whether EU law, including the provision on the right to asylum under Article 18 can compress such a margin of appreciation. Second, it must be seen whether international obligations, including the principle of *non-refoulement* and the ECHR can play a role in limiting States' discretion.

In this context, the Advocate General's Opinion is particularly relevant to answer the first part of the question as to the Charter's scope of application. On this point, the ECJ concluded that the application "does not fall within the scope of that code."<sup>66</sup> The Court, by addressing the applicants' intentions, considered that they were in fact applying for asylum at the representation of the Member State of destination (Belgium) in the territory of a third country. Nonetheless, the Advocate General Mengozzi, underscored that the applicants' intention "cannot alter the nature or purpose of their applications,"<sup>67</sup> which was specifically for a visa of limited territorial validity. In other words, as also emphasised by MORGADES-GIL, "the fact that applicants invoke humanitarian grounds related to a situation of persecution or a serious risk of violations of human rights [...] does not make an application for a visa into an application for asylum."<sup>68</sup>

Therefore, provided that the situation is governed by EU law, namely the Visa Code,<sup>69</sup> Advocate General Mengozzi highlighted that discretion itself forms an integral part of the system of rules established by EU law and must be exercised in compliance with EU law, including the Charter's provisions.<sup>70</sup>

<sup>66</sup> *X, X, v. État belge*, cit., para. 52.

<sup>67</sup> *X, X, v. État belge*, Advocate General's Opinion, cit., para. 50.

<sup>68</sup> MORGADES-GIL, cit., p. 6. It is worth recalling that the ECJ in *Koushkaki*, Case C-84/12, Judgment of 19 December 2013, para. 69, pointed out that national authorities must determine whether there is a reasonable doubt as regards the intention of an applicant to overstay a visa, taking into account "the general situation in the applicant's country of residence and the applicant's individual characteristics, inter alia, his family, social and economic situation."

<sup>69</sup> In this regard, PEERS, *External Processing of Applications for International Protection in the EU*, in *EU Law Analysis*, 24 April 2014, available at: <<http://eulawanalysis.blogspot.nl/2014/04/last-autumns-huge-loss-of-lives-near.html>>, emphasised that "it can hardly be denied that EU law applies whenever a third-country national applies for a visa from a Schengen Member State."

<sup>70</sup> *X, X, v. État belge*, Advocate General's Opinion, cit., para. 84. Advocate General's reasoning is consistent with the ECJ's ruling in *N.S. and M.E.*, Cases C-411/10 and C-493/10, Judgment of 21 December 2011, para. 68, in which the Court stated that the discretionary power conferred on the Member States by EU law, namely the Dublin Regulation, "forms part of the mechanisms for determining the Member State responsible for an asylum application [...]. Thus, a Member State which exercises that discretionary

As a consequence, Article 18 of the EU Charter can find application. While, due to its rather vague scope, at least part of the doctrine has been dubious about the added value of such provision,<sup>71</sup> it is essential to see whether a positive obligation to issue a visa on humanitarian grounds is functional to the *effet utile* of the provision under discussion.<sup>72</sup>

This issue was considered to a certain extent by the domestic referring authority.<sup>73</sup> Despite concluding that the content of the right to asylum is completely governed by EU secondary law as based on Article 78 TFEU, and thus by the CEAS, the *Conseil du Contentieux des Étrangers* acknowledged the existence of a doctrine positing that the right to asylum under Article 18 entails a separate and autonomous concept from the negative obligation of *non-refoulement* which may have a broader scope.<sup>74</sup> This approach is also in line with the position of some domestic judicial authorities. Interestingly, the Supreme Court of Ireland stated that the right to asylum would even constitute “an autonomous right to a status, refugee status, which is a fundamental right” vis-à-vis the obligation of *non-refoulement* where there is a risk of torture or ill treatment.<sup>75</sup>

Therefore, Article 18 of the Charter would encompass positive obligations on the EU as a whole and the Member States when acting within the scope of EU law, which aim to assure that one of the protection statuses established by the CEAS, and more specifically by Qualification Directive, is recognised to eligible claimants. To this extent, following the line of reasoning which the Advocates General’s Opinions have been contributing to develop, EU secondary law, and

power must be considered as implementing European Union law within the meaning of Article 51(1) of the Charter.”

<sup>71</sup> See, e.g., NOLL, *Seeking Asylum at Embassies: A Right to Entry under International Law?*, in *International Journal of Refugee Law*, 2005, p. 542.

<sup>72</sup> The theory of *effet utile* suggests that, among several possible interpretations, the one that will prevail is the one that best guarantees the practical effect of existing law, see PESCATORE, *The Doctrine of “Direct Effect”: An Infant Disease of Community Law*, in *European Law Review*, 1983, p. 135.

<sup>73</sup> *Conseil du Contentieux des Étrangers*, cit., p. 15. The referring court also emphasised that the ECJ has so far not clarified the content and scope of Article 18 of the Charter.

<sup>74</sup> See especially MORENO-LAX, *Must EU Border Have Doors for Refugees? On the Compatibility of Schengen Visas and Carriers’ Sanctions with EU Member States’ Obligations to Provide International Protection to Refugees*, in *European Journal of Migration and Law*, 2008, pp. 315-364; GAMMELTOFT HANSEN, *Access to Asylum: International Refugee Law and the Globalisation of Migration Control*, Cambridge, 2011.

<sup>75</sup> *T.D. v. Minister for Justice Equality and Law Reform*, Judgment of 10 April 2014, [2014] IESC 29, para. 143.

most notably the CEAS, would serve the scope to allow the genuine exercise of the right to asylum.

In this regard, it is worth reiterating Advocate General Cruz Villalón's Opinion in *Abdullahi*, which significantly stressed that the CEAS is "...the normative system devised by the European Union to enable that fundamental right to be exercised."<sup>76</sup> Such reasoning reflects the earlier ECJ's approach in the *Halaf* case, another episode of the Dublin judicial saga. On that occasion, the Court used the right to asylum under Article 18 of the Charter as an option to derogate from the strict criteria of responsibility allocation under the Dublin Regulation, stressing that a State that is not responsible may examine an asylum application "if it is shown that the right granted to asylum seekers by Article 18 of the Charter is not respected by the Member State responsible under the criteria set out in the Regulation."<sup>77</sup>

This approach illustrates how the right to asylum under Article 18 of the EU Charter may constrain the activity of Member States vis-à-vis the reception of asylum seekers and the treatment of their asylum applications beyond the logic of the Dublin Regulation.

Even though the Visa Code is not an instrument of the CEAS as the Dublin Regulation is, provided that the situation falls within the scope of EU law and the Charter finds application, Article 18 comes into play too and corroborates the obligation not to expose a person to the risk of torture or ill-treatment under the principle of *non-refoulement* and Article 3 ECHR. Article 1 of the latter Convention requires the Contracting Parties to "secure to everyone within their jurisdiction" the right in the ECHR. On this basis, it can be concluded that under Article 3 ECHR (as well as the EU Charter if Member States are also applying EU law) states must consider granting humanitarian visas through their diplomatic missions, should the applicants' personal circumstances require so. Where it is clear that applicants' fundamental rights are at stake and when people are unable to use regular channels to reach a safe European country in order to apply for protection, the issuing of a humanitarian visa becomes part of the positive obligations stemming from Article 3 ECHR.

In sum, if the Belgian authorities were acting within the scope of EU law, they must have applied the rights recognised in the Charter, including Article 18, alternatively, if they were only applying domestic law, they would need to take into account their obligations under the ECHR and international law.

<sup>76</sup> *Abdullahi*, Case 394/12, Opinion of Advocate General, cit., para. 40.

<sup>77</sup> *Halaf*, Case 528/11, Judgment of 30 May 2013, paras. 40-42.

#### 4.2. *The Right to Asylum and Extraterritorial Border Control*

Another legal point that deserves attention in the light of the case of *X, X. v. État belge* concerns the alleged extraterritorial scope of the right to asylum. The CEAS constitutes a body of EU law specifically applying only to applications lodged within the territory of the EU Member States or at their borders.<sup>78</sup> The EU visa regime, as a set of rules governing border control does not tackle refugee concerns, although it does not prevent Member States to establish more favourable conditions for asylum seekers. Nonetheless, the Schengen Borders Code provides that asylum seekers applying at the EU external borders are exempted from visa requirements.

In the previous section it was explained that the fundamental rights' architecture and the Charter's provisions apply whenever the implementation of an EU legal instrument, such as the Visa Code, is triggered. As clearly emphasised by Advocate General Mengozzi, Article 1 of the Visa Code states that the Regulation applies to any third country national who must be in possession of a visa when crossing the external borders of the Member States, the reasons beyond the visa request being irrelevant at this stage of the procedure.<sup>79</sup> The application of the Charter's provisions, including Article 18, was justified as the situation, following the Advocate General's Opinion, falls within the scope of EU law.

However, the ruling in *X, X. v. État belge*, leaves open the question on whether and how the right to asylum must be guaranteed where EU law allows for Member States "to take actions in respect of migrants and asylum seekers away from the Schengen external border,"<sup>80</sup> taking into consideration that, as Advocate General Cruz Villalón stressed in *Abdullahi*, "the essence of the fundamental right to asylum guaranteed by Article 18 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union is ensured upon entry into the European Union [...]"<sup>81</sup>

In particular, the crucial question to be answered is whether, in the absence of specific EU asylum instruments addressing asylum seekers in the external dimension of migration control,<sup>82</sup> the right to asylum as an

<sup>78</sup> On this point see extensively DEN HEIJER, *Europe and Extraterritorial Asylum*, Oxford, 2012.

<sup>79</sup> *X, X. v. État belge*, Case C-638/16 PPU, Advocate General's Opinion, cit., para. 41.

<sup>80</sup> DEN HEIJER, *Europe and Extraterritorial Asylum*, cit., p. 216.

<sup>81</sup> Case 394/12, *Abdullahi*, Opinion of Advocate General, *supra* note 46, para. 40.

<sup>82</sup> In this regard, see DEN HEIJER, *Europe beyond its Borders: Refugee and Human Rights Protection in Extraterritorial Immigration Control*, in RYAN, MITSILEGAS (eds.)

EU law principle and value can have an extraterritorial application and thus justify the establishment of mechanisms for the extraterritorial processing of asylum claims.<sup>83</sup> Despite the relevance of the topic and a few political initiatives,<sup>84</sup> no specific legal proposal has been tabled yet. Nonetheless, it remains crucial to understand whether such an approach can be functional to guarantee the European ethical commitment to honour the right to asylum. The option of creating processing centres in third countries, in which the assessment of claims for asylum is pursued under arrangements operated or supported by the EU has proved difficult and rather contested, as being contrary to international law. Due to space constraints, without investigating the latter issue in detail, a general reflection is proposed to map the crucial obligations underpinning a possible model of extraterritorial processing of asylum claims. These obligations must naturally comply with the principle of *non-refoulement*, as developed especially by the ECtHR in *Hirsi Jamaa*, stressing that whenever a European country exercises control or jurisdiction over a person, even in international waters, border zones, or another state's territory, this person cannot be expelled or rejected, if this results in exposure to the risk of torture or ill-treatment.<sup>85</sup>

Likewise, the right to asylum must be guaranteed as well as procedural safeguards, including the right to have the refugee status determined, enjoy dignified reception conditions and the right to appeal if the asylum claim is rejected.<sup>86</sup> Regardless of the authority that will be competent to examine these extraterritorial asylum claims, which is another relevant issue to be tackled, should the EU elaborate a model of extraterritorial processing of asylum applications, this must be in

*Extraterritorial Immigration Control. Legal Challenges*, Leiden/Boston, 2010, pp. 169-198.

<sup>83</sup> On this point see GARLICK, *The Potential and Pitfalls of Extraterritorial Processing of Asylum Claims*, in *Migration Policy Institute Commentary*, March 2015, available at: <<http://www.migrationpolicy.org/news/potential-and-pitfalls-extraterritorial-processing-asylum-claims>>; see also RIJMA, CREMONA, *The Extra-Territorialisation of EU Migration Policies and the Rule of Law*, in *EUI Working Papers*, 2007, available at: <[http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/6690/LAW\\_2007\\_01.pdf?sequence=1](http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/6690/LAW_2007_01.pdf?sequence=1)>.

<sup>84</sup> As argued by LÉONARD, KAUNERT, *The extra-territorial processing of asylum claims*, in *Forced Migration Review*, 2016, p. 49, “the extra-territorial processing of asylum claims is not a new idea,” as it dates back to the political initiatives suggested in the years 2000 by the Danish Presidency of the EU Council (2001) and the British Government (2003) that eventually dropped the idea because of the criticism it encountered.

<sup>85</sup> *Hirsi Jamaa*, cit.

<sup>86</sup> GARLICK, cit.

compliance with the core EU values and its fundamental rights architecture.

From a more practical perspective, one lesson that can be learned from the case of *X, X. v. État belge* is that a mechanism of extraterritorial processing of asylum claims may be based on the use of EU delegations enabled to issue humanitarian visas to safely arrive in the territory of Member States, of course according to a fair distribution plan to be agreed by Member States.

Solutions in this sense need to be carefully considered as a proper balance between State interests and fundamental rights must be established. Nonetheless, it seems that the political appetite for this sort of solutions is rather weak, while forms of cooperation based on the model of the EU-Turkey Statement seem to fall into the preferable options of Member States. This is detrimental to the exercise of the right to asylum, as the responsibility to examine asylum applications will be thus “farmed out” outside the EU, determining possible grey zones in the protection of fundamental rights.<sup>87</sup>

### 5. Concluding remarks

The reading of the migratory emergency through the lens of the case of *X, X. v. État belge* offers an opportunity to reflect on the nature of the right to asylum and the obstacles to access international protection in the EU.

This research has thus investigated the axiological nature of the fundamental right to asylum as a special feature of the EU legal order, particularly linked with the value of human dignity and genuinely framed within the fundamental rights architecture of the EU, including the overarching international obligations. The contextualisation of the right to international protection in the light of *X, X. v. État belge* suggests construing the migratory emergency as a crisis of EU will, values and law. This is also confirmed by the massive participation in support of the Belgian government of thirteen Member States, frustrating the moral appeal emotionally invoked by the Advocate General

<sup>87</sup> See Human Rights Watch, *EU: Don't Send Syrians Back to Turkey*, 20 June 2016, available at: <<https://www.hrw.org/news/2016/06/20/eu-dont-send-syrians-back-turkey>>; see also PEERS and ROMAN, *The EU, Turkey and the Refugee Crisis: What Could Possibly Go Wrong?*, in *EU Law Analysis*, 5 February 2016, available at: <<http://eulawanalysis.blogspot.be/2016/02/the-eu-turkey-and-refugee-crisis-what.html>>.

Mengozzi,<sup>88</sup> who denounced the absolute lack of alternatives to reach a safe country.<sup>89</sup>

As a European value, the right to asylum calls the EU as a whole and its Member States to, first, establish adequate measures to assure the exercise of such right and, second, to accept and honour the responsibility to tackle asylum application consistently within the broader fundamental rights architecture.

Had the Court followed the Advocate General Mengozzi's Opinion, the judgment would not have raised only Member States' concerns as to "uncontrolled flood of applications for humanitarian visas lodged on the basis of the Visa Code,"<sup>90</sup> but it would have perhaps prompted European governments to take the right to asylum more seriously, moving from rhetorical statements to solid legal steps that would help people who need protection.

Rephrasing Advocate General Mengozzi's Opinion, where there are no other legal and practicable alternatives, the right to asylum imposes on Member States the obligation to undertake positive action to guarantee the effective exercise of the right to seek international protection.<sup>91</sup> Any measure, be it the denial of a visa on humanitarian grounds or the outsourcing of the exam of asylum applications outside the EU, where this may result in the applicants' risk of being exposed to ill-treatment, will not only be against "a community based on the rule of law"<sup>92</sup> but also against a Union of values. As stressed by the Court of Justice in *Salahadin Abdulla*, in cases of asylum applications "what are at issue are issues relating to the integrity of the person and to individual liberties, issues which relate to the fundamental values of the Union."<sup>93</sup>

<sup>88</sup> In this sense, see BROUWER, *AG Mengozzi's conclusion in X and X v. Belgium on the positive obligation to issue humanitarian visas. A legitimate plea to ensure safe journeys for refugees*, in *CEPS Policy Insights* No. 2017/09, March 2017, available at: <[https://www.ceps.eu/system/files/PI2017-09\\_EB\\_VisaCode.pdf](https://www.ceps.eu/system/files/PI2017-09_EB_VisaCode.pdf)>.

<sup>89</sup> See *X, X, v. État belge*, Case C-638/16 PPU, Advocate General's Opinion, cit., para. 157: "Frankly, what alternatives did the applicants in the main proceedings have? Stay in Syria? Out of the question. Put themselves at the mercy of unscrupulous smugglers, risking their lives in doing so, in order to attempt to reach Italy or Greece? Intolerable. Resign themselves to becoming illegal refugees in Lebanon, with no prospect of international protection, even running the risk of being returned to Syria? Unacceptable."

<sup>90</sup> *X, X, v. État belge*, Case C-638/16 PPU, Advocate General's Opinion, cit., para. 172.

<sup>91</sup> *Ivi*, para. 163.

<sup>92</sup> *Parti écologiste "Les Verts" v. European Parliament*, Case 294/83, Judgment of 23 April 1986, 1986 ECR 1339, para. 23.

<sup>93</sup> *Salahadin Abdulla and Others*, Case 175/08, Judgment of 2 March 2010, [2010] ECR I-1493, para. 90.



**IL CONTROLLO DELLE SEGNALAZIONI  
NELLO SCHENGEN INFORMATION SYSTEM II:  
ALCUNE QUESTIONI IN RELAZIONE  
ALLA COLLABORAZIONE FRA GIUDICI DI STATI DIVERSI**

Ilaria OTTAVIANO\*

SOMMARIO: 1. Aspetti introduttivi. – 2. Quadro legislativo in materia di tutela dei dati personali delle persone oggetto di una segnalazione nel SIS di seconda generazione. – 3. Il mutuo riconoscimento nello Schengen Information System. – 4. Il diritto ai mezzi di impugnazione. L'art. 43 del reg. (UE) n. 1987/2006. – 4.1. Assenza di restrizione territoriale: non è richiesta la presenza nel territorio dell'Unione per l'impugnazione davanti all'autorità giurisdizionale. – 4.2. Possibilità di adire la giurisdizione in qualsiasi Stato membro, anche diverso da quello che abbia emesso la segnalazione. – 4.3. Obbligo di mutuo riconoscimento di una decisione definitiva (art. 43, par. 2). – 4.4. Responsabilità dello Stato per l'uso della segnalazione. L'art. 48 del regolamento (UE) n. 1987/2006. – 5. Il controllo delle segnalazioni nello Schengen Information System II. – 5.1. Il Consiglio di Stato francese a partire dalla causa *Forabosco*. – 5.2. *Rechtbank's-Hertogenbosch* olandese e Corte di giustizia dell'Unione europea, causa C-150/05, *Jean Leon Van Straaten c. Staat der Nederlanden e Repubblica italiana*. – 5.3. Corte di giustizia, causa C-503/03, *Commissione c. Regno di Spagna*. – 5.4. La posizione del Consiglio di Stato italiano. – 6. Proposte di incremento della collaborazione fra giudici. – 6.1. Pubblicazione dei criteri nazionali per l'inserimento delle segnalazioni. – 6.2. Incremento della cooperazione fra giudici di Stati partecipanti diversi: il rinvio pregiudiziale transnazionale.

*1. Aspetti introduttivi*

Il presente lavoro si propone di analizzare l'interazione tra diversi sistemi giuridici nazionali nel controllo di segnalazioni nello Schengen Information System, con particolare riferimento alla possibile emersione di elementi di extraterritorialità in tale materia.

Come noto, il Sistema d'Informazione Schengen prima e seconda

\* Università degli Studi di Roma Tre.

generazione<sup>1</sup>, istituito inizialmente nell'ambito del quadro intergovernativo della Convenzione di Schengen<sup>2</sup> e, in seguito al trattato di Amsterdam, integrato nel quadro dell'Unione europea<sup>3</sup>, è un grande database contenente informazioni su cittadini di paesi terzi cui è rifiutato l'ingresso o il soggiorno nell'area Schengen<sup>4</sup>, su persone ricercate per l'arresto a fini della consegna sulla scorta di un mandato d'arresto europeo, ovvero per l'arresto a fini di estradizione, o su persone scomparse, nonché su veicoli rubati o mancanti e su oggetti quali documenti d'identità, certificati di immatricolazione di veicoli e targhe automobilistiche<sup>5</sup>. Siffatte informazioni vengono inserite attraverso segnalazioni, costituite da un insieme di dati immessi nel database dall'autorità competente di uno Stato partecipante. Lo scopo principale della banca dati è quello di garantire un elevato livello di sicurezza negli Stati partecipanti

<sup>1</sup> Per un inquadramento delle politiche dei controlli alle frontiere e sul sistema Schengen v. CAGGIANO, *Le nuove politiche dei controlli alle frontiere, dell'asilo e dell'immigrazione nello spazio unificato di libertà, sicurezza e giustizia*, in BENVENUTI (a cura di), *Flussi migratori e fruizione dei diritti fondamentali*, Ripa di Fagnano Alto, 2008, p. 101 ss.; CELLAMARE, *Schengen (sistema di)*, in *Enciclopedia del diritto – Annali*, 2017, X, p. 841 ss.; NASCIBENE, PASTORE (a cura di), *Da Schengen a Maastricht: apertura delle frontiere, cooperazione giudiziaria e di polizia*, Milano, 1995; CELLAMARE, *La disciplina dell'immigrazione nell'Unione europea*, Torino, 2006. Sui rapporti fra Schengen Information System e tutela dei dati personali, ROSSI, *La protezione dei dati personali negli accordi di Schengen alla luce degli standards fissati dal Consiglio d'Europa e dalle Comunità europee*, in NASCIBENE, PASTORE (a cura di), *Da Schengen a Maastricht: apertura delle frontiere, cooperazione giudiziaria e di polizia*, Milano, 1995, p. 173 ss.; BROUWER, *Digital Borders and Real Rights: Effective Remedies for Third-Country Nationals in the Schengen information System*, Leiden-Boston, 2008; KARANJA, *Transparency and proportionality: in the Schengen information system and border control co-operation*, Leiden, Boston, 2008; GAUTIER, *Le dispositif Schengen, vecteur d'une nouvelle forme d'intégration juridictionnelle*, in GRAND, RUIZ-FABRI (sous la direction de), *Les dynamiques du droit européen en début du siècle, Etudes en l'honneur de J.C. Gautron*, Paris, 2004, p. 69 ss.; GORTAZAR, *Abolishing Border Controls: Individual Rights and Common Controls of EU External Borders*, in GUILD, HARLOW (eds), *Implementing Amsterdam: Immigration and Asylum Rights in EC Law*, Oxford, 2001, p. 121 ss.

<sup>2</sup> Il titolo IV della Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen del 14 giugno 1985, firmata il 19 giugno 1990, relativo all'eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni (CAAS), *GUCE* L 239 del 22 settembre 2000, p. 19 ss., ha istituito il sistema di informazione Schengen.

<sup>3</sup> Attualmente il sistema è regolato dal Regolamento (CE) n. 1987/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 dicembre 2006, sull'istituzione, l'esercizio e l'uso del sistema d'informazione Schengen di seconda generazione (SIS II), *GUUE* L 381 del 28 dicembre 2006, p. 4 ss. e dalla Decisione 2007/533/GAI del Consiglio, del 12 giugno 2007, sull'istituzione, l'esercizio e l'uso del sistema d'informazione Schengen di seconda generazione (SIS II), *GUUE* L 205 del 7 agosto 2007, p. 63 ss.

<sup>4</sup> Artt. 24 ss., regolamento (CE) n. 1987/2006, cit.

<sup>5</sup> Artt. 36 ss., decisione 2007/533/GAI, cit.

al sistema<sup>6</sup>, stante la mancanza di controlli alle frontiere interne, consentendo alle autorità nazionali competenti di consultare le segnalazioni su persone e oggetti, al fine di adottare azioni specifiche.

È ugualmente noto come siffatte segnalazioni impattino in maniera significativa sulle libertà individuali: con riferimento alla segnalazione ai fini del rifiuto dell'ingresso, ad esempio, ad un individuo il cui nominativo figura nel sistema è precluso l'accesso all'area Schengen per diversi anni. L'art. 6 del Codice Frontiere Schengen<sup>7</sup> stabilisce infatti le condizioni d'ingresso per i cittadini di paesi terzi, richiedendo fra l'altro, "per soggiorni previsti nel territorio degli Stati membri di durata non superiore a 90 giorni su un periodo di 180 giorni, che il cittadino extra UE non sia segnalato nel SIS ai fini della non ammissione". A tale previsione è possibile derogare solo sulla base di motivazioni umanitarie o di interesse nazionale o in virtù di obblighi internazionali, richiedendosi in tal caso allo Stato membro che abbia autorizzato l'ingresso nel suo territorio di informare gli altri Stati partecipanti<sup>8</sup>. La segnalazione può avere durata significativa: attualmente per le segnalazioni ai fini del rifiuto dell'ingresso o soggiorno il limite è fissato in 3 anni<sup>9</sup>, tuttavia, la proposta di modifica del regolamento SIS II<sup>10</sup> allinea la durata massima della

<sup>6</sup> Art. 1, par. 2, regolamento (CE) n. 1987/2006, cit., e art. 1, par. 2 decisione 2007/533/GAI, cit.

<sup>7</sup> Regolamento (UE) 2016/399 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2016, che istituisce un codice unionale relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone (codice frontiere Schengen), *GUUE* L 77 del 23 marzo 2016, p. 1 ss., come modificato in ultimo dal regolamento (UE) 2017/458 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 marzo 2017, che modifica il regolamento (UE) 2016/399 per quanto riguarda il rafforzamento delle verifiche nelle banche dati pertinenti alle frontiere esterne, *GUUE* L 74 del 18 marzo 2017, p. 1 ss. V. art. 6, par. 1: "Condizioni d'ingresso per i cittadini di paesi terzi. Per soggiorni previsti nel territorio degli Stati membri, la cui durata non sia superiore a 90 giorni su un periodo di 180 giorni, il che comporta di prendere in considerazione il periodo di 180 giorni che precede ogni giorno di soggiorno, le condizioni d'ingresso per i cittadini di paesi terzi sono le seguenti: (...) d) non essere segnalato nel SIS ai fini della non ammissione".

<sup>8</sup> V. art. 6, par. 5, lett. c), regolamento (UE) 2016/399, cit.

<sup>9</sup> Considerando 11 e art. 29 regolamento (CE) n.1987/2006. L'art. 34 della COM(2016) 882 prevede invece che: "Lo Stato membro che ha effettuato una segnalazione riesamina la necessità di conservarla nel SIS entro cinque anni dall'inserimento nello stesso". V. anche attuale art. 32 regolamento (CE) n.1987/2006, relativo a dati SIS II e archivi nazionali: "L'articolo 31, paragrafo 2 non pregiudica il diritto di uno Stato membro di conservare nel proprio archivio nazionale i dati SIS II in collegamento con i quali è stata svolta un'azione nel suo territorio. Tali dati sono conservati negli archivi nazionali per un periodo massimo di tre anni, a meno che disposizioni specifiche di diritto nazionale prevedano un periodo di conservazione più lungo". Tale previsione non è stata modificata dall'art. 36 della proposta di regolamento.

<sup>10</sup> COM(2016)882 final, Proposal for a regulation of the european Parliament and of the Council on the establishment, operation and use of the Schengen Information Sys-

segnalazione a 5 anni, che corrispondono, nella vigente normativa, al periodo di conservazione massimo riferito ad oggetti<sup>11</sup>.

Considerate le conseguenze della segnalazione, nonché il numero di persone direttamente e indirettamente interessate dalla stessa (il riferimento è ad esempio ai familiari cittadini dell'Unione del soggetto segnalato), occorre prestare specifica attenzione ai motivi che la giustificano e alla tutela dei diritti individuali connessi a tale inserimento, fra i quali in primo luogo il diritto ad un ricorso giurisdizionale effettivo.

Inoltre, poiché la segnalazione ha spesso implicazioni transfrontaliere, appare essenziale formulare qualche osservazione in ordine allo sviluppo e al miglioramento della cooperazione da un lato fra autorità nazionali competenti e dall'altro fra giurisdizioni di Stati membri diversi, alla luce delle previsioni della normativa vigente e delle proposte di modifica attualmente pendenti in materia, e della concreta prassi applicativa. Particolare rilievo sarà riservato alla cooperazione fra giudici. Infatti, mentre l'interazione tra autorità nazionali in relazione alla valutazione della legittimità della segnalazione è stata oggetto di disciplina specifica, la cooperazione tra giudici non pare altrettanto esplorata, nonostante le implicazioni che il controllo sulla legittimità della segnalazione riveste rispetto alla tutela dei diritti fondamentali della persona interessata.

Il presente lavoro intende dunque approfondire alcuni aspetti relativi al controllo della segnalazione, cercando da un lato di evidenziare il disallineamento fra le previsioni contenute nella pertinente normativa dell'Unione e l'applicazione concreta, e dall'altro di suggerire alcune possibili soluzioni per rafforzare la cooperazione fra giurisdizioni di Stati partecipanti diversi, anche alla luce della recente proposta di modifica del regolamento (CE) 1987/2006<sup>12</sup>.

## *2. Quadro legislativo in materia di tutela dei dati personali delle persone oggetto di una segnalazione nel SIS di seconda generazione*

Il quadro legislativo in materia di tutela dei diritti riconosciuti a persone oggetto della segnalazione è piuttosto articolato. Infatti, accanto a

tem (SIS) in the field of border checks, amending Regulation (EU) No 515/2014 and repealing Regulation (EC) No 1987/2006.

<sup>11</sup> Art. 45 decisione 2007/533/GAI, cit.

<sup>12</sup> COM(2016)882 final, Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on the establishment, operation and use of the Schengen Information System (SIS) in the field of border checks, amending Regulation (EU) No 515/2014 and repealing Regulation (EC) No 1987/2006.

una disciplina specifica in tema di protezione dei dati personali nel SIS II, costituita dal regolamento (CE) n. 1987/2006 e dalla decisione n. 533/2007/GAI, coesistono la normativa generale in tema di tutela dei dati personali<sup>13</sup> e la Convenzione del Consiglio d'Europa del 1981 sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato di dati a carattere personale<sup>14</sup>.

Nell'ambito della disciplina speciale, la possibilità di inserire una segnalazione deve essere accompagnata dalla precisazione concernente i motivi dell'inclusione, come indicati nel regolamento e integrati dai motivi nazionali, e dal riconoscimento di diritti di accesso alla tutela giurisdizionale per le persone coinvolte. Infatti, rispetto alle garanzie correlate all'inserimento della segnalazione nel database, sia il regolamento sia la decisione richiedono in primo luogo l'indicazione dei motivi di inclusione, sulla base di una valutazione della pericolosità del soggetto, individuale (art. 24 regolamento (CE) n. 1987/2006<sup>15</sup>) o globale (art. 36 deci-

<sup>13</sup> Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati), *GUUE* L 119 del 4 maggio 2016, p. 1 ss., e Direttiva (UE) 2016/680 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativa alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la decisione quadro 2008/977/GAI del Consiglio, *GUUE* L 119 del 4 maggio 2016, p. 89 ss.

<sup>14</sup> Convenzione sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato di dati a carattere personale, STE n°108, firmata a Strasburgo il 28 gennaio 1981 ed entrata in vigore il 1° ottobre 1985, disponibile *online*.

<sup>15</sup> Articolo 24 regolamento (CE) n. 1987/2006. "Condizioni per la segnalazione ai fini del rifiuto di ingresso o di soggiorno. 1. I dati relativi ai cittadini di paesi terzi per i quali è stata effettuata una segnalazione al fine di rifiutare l'ingresso o il soggiorno sono inseriti sulla base di una segnalazione nazionale risultante da una decisione presa dalle autorità amministrative o giudiziarie competenti conformemente alle norme procedurali stabilite dalla legislazione nazionale, decisione adottata solo sulla base di una valutazione individuale". Sul punto si veda anche la proposta di regolamento COM(2016)882 def., laddove allinea il periodo massimo di conservazione delle segnalazioni riguardanti i respingimenti e i rifiuti di soggiorno con l'eventuale durata massima dei divieti d'ingresso emanati secondo procedure conformi alla direttiva 2008/115/CE. La norma prevede ora infatti che il periodo di conservazione delle segnalazioni di persone non dovrebbe essere superiore a cinque anni e che in linea generale, dopo un periodo di cinque anni, le segnalazioni di persone dovrebbero essere cancellate automaticamente dal SIS. L'eventuale decisione di conservare le segnalazioni di persone dovrebbe essere basata su una "valutazione individuale approfondita" (considerando 23 proposta di regolamento COM(2016)882 def.).

sione 2007/533/GAI<sup>16</sup>). La necessità di una valutazione individuale per l'inserimento dei dati nel sistema costituisce una prima innovazione rispetto alle previsioni della Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen del 1990 (CAAS), che all'art. 96 non la richiedeva, originando casi di segnalazioni cumulative, ad esempio sulla base della sola appartenenza ad un determinato gruppo<sup>17</sup>. Anche l'indicazione negli atti dell'Unione dei motivi che legittimano le segnalazioni appare maggiormente articolata e tendente ad una più ampia armonizzazione<sup>18</sup>, laddove

<sup>16</sup> Art. 36 decisione 2007/533/GAI: "I dati relativi alle persone (...) sono inseriti, nel rispetto della legislazione nazionale dello Stato membro che effettua la segnalazione, ai fini di un controllo discreto o di un controllo specifico, a norma dell'articolo 37, paragrafo 4. Tale segnalazione può essere effettuata ai fini della repressione di reati e per prevenire minacce alla sicurezza pubblica: a) qualora esistano indizi concreti che una persona intenda commettere o commetta un reato grave, quali i reati di cui all'articolo 2, paragrafo 2, della decisione quadro 2002/584/GAI; oppure b) qualora la valutazione globale di una persona, in particolare sulla base dei reati commessi sino a quel momento, faccia supporre che commetterà anche in avvenire reati gravi, quali i reati di cui all'articolo 2, paragrafo 2, della decisione quadro 2002/584/GAI".

<sup>17</sup> Art. 96 CAAS: "Articolo 96. I dati relativi agli stranieri segnalati ai fini della non ammissione sono inseriti in base ad una segnalazione nazionale risultante da decisioni prese nel rispetto delle norme procedurali previste dalla legislazione nazionale, dalle autorità amministrative o dai competenti organi giurisdizionali".

<sup>18</sup> Articolo 24, par. 2 e 3, regolamento (CE) n. 1987/2006: "Una segnalazione è inserita quando la decisione di cui al paragrafo 1 è fondata su una minaccia per l'ordine pubblico, la sicurezza pubblica o la sicurezza nazionale che la presenza del cittadino di un paese terzo in questione può costituire nel territorio di uno Stato membro. Tale situazione si verifica in particolare nei seguenti casi: a) se il cittadino di un paese terzo è stato riconosciuto colpevole in uno Stato membro di un reato che comporta una pena detentiva di almeno un anno; b) se nei confronti del cittadino di un paese terzo esistono fondati motivi per ritenere che abbia commesso un reato grave o se esistono indizi concreti sull'intenzione di commettere un tale reato nel territorio di uno Stato membro. Una segnalazione può inoltre essere inserita quando la decisione di cui al paragrafo 1 è fondata sul fatto che il cittadino di un paese terzo è stato oggetto di una misura di allontanamento, rifiuto di ingresso o espulsione non revocata né sospesa che comporti o sia accompagnata da un divieto d'ingresso o eventualmente di soggiorno, basata sull'inosservanza delle regolamentazioni nazionali in materia di ingresso e di soggiorno dei cittadini di un paese terzo". Cfr. art. 96, par. 2 e 3, CAAS: "Le decisioni possono essere fondate sulla circostanza che la presenza di uno straniero nel territorio nazionale costituisce una minaccia per l'ordine e la sicurezza pubblica o per la sicurezza nazionale. In particolare ciò può verificarsi nel caso: a) di uno straniero condannato per un reato passibile di una pena privativa della libertà di almeno un anno; b) di uno straniero nei cui confronti vi sono seri motivi di ritenere che abbia commesso fatti punibili gravi, inclusi quelli di cui all'articolo 71, o nei cui confronti esistano indizi reali che intenda commettere fatti simili nel territorio di una Parte contraente. Le decisioni possono inoltre essere fondate sul fatto che lo straniero è stato oggetto di una misura di allontanamento, di respingimento o di espulsione non revocata né sospesa che comporti o sia accompagnata da un divieto d'ingresso o eventualmente di soggiorno, fondata sulla non osservanza delle regolamentazioni nazionali in materia di ingresso e di soggiorno degli stranieri".

la precedente CAAS non riusciva ad evitare la persistenza di differenze significative tra gli Stati membri in ordine ai motivi di inserimento e al numero delle persone segnalate a norma dell'articolo 96 della Convenzione. Permangono tuttavia alcune incoerenze fra le segnalazioni ai fini del rifiuto di ingresso o di soggiorno di cui al regolamento (CE) n. 1987/2006 e le disposizioni sui divieti di ingresso di cui alla direttiva rimpatri<sup>19</sup>, anche in relazione al termine di validità dei divieti di ingresso nel SIS II, che comportano fra l'altro una mancanza di armonizzazione nei criteri per la creazione di segnalazioni<sup>20</sup>.

Sotto un diverso profilo, l'art. 21 di entrambi gli atti normativi prevede un controllo circa la proporzionalità fra la misura da disporre e la pericolosità del soggetto, richiedendo che "prima di effettuare una segnalazione lo Stato membro verifichi se l'adeguatezza, la pertinenza e l'importanza del caso giustificano l'inserimento della segnalazione nel SIS II"<sup>21</sup>.

Accanto a tali tutele viene riconosciuta una serie di garanzie giurisdizionali alla persona interessata.

Per ragioni di spazio, nel presente lavoro si analizzerà solo il diritto di adire la giurisdizione per accedere, rettificare, cancellare o ottenere informazioni o un indennizzo relativamente ad una segnalazione, facendo esclusivo riferimento alle segnalazioni ai fini del rifiuto d'ingresso o di soggiorno di cittadini di paesi terzi (art. 43 regolamento (UE) n. 1987/2006), anche se analoghe riflessioni possono essere estese all'art. 59 della decisione 2007/533/GAI, relativo alle segnalazioni di persone ricercate per l'arresto a fini di consegna o di estradizione. Non saranno invece oggetto di analisi il diritto di chiedere accesso, rettifica di dati inesatti e cancellazione di dati archiviati illecitamente direttamente

<sup>19</sup> Direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2008, recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, *GUUE* L 348 del 24 dicembre 2008, p. 98 ss.

<sup>20</sup> V. COM (2016) 880 final, Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio sulla valutazione del sistema d'informazione Schengen di seconda generazione (SIS II) ai sensi dell'articolo 24, paragrafo 5, dell'articolo 43, paragrafo 3 e dell'articolo 50, paragrafo 5 del regolamento (CE) n. 1987/2006 e ai sensi dell'articolo 59, paragrafo 3 e dell'articolo 66, paragrafo 5 della decisione 2007/533/GAI. Nella relazione si evidenzia come "si potrebbe ottenere una maggiore armonizzazione rendendo obbligatorio l'inserimento nel SIS di tutti i divieti di ingresso dal momento in cui sono esecutivi; l'efficacia dei cambiamenti previsti per il SIS II potrebbe del resto essere aumentata con un livello minimo di armonizzazione fra gli Stati membri nel trattamento delle persone che sono oggetto di una decisione di rimpatrio o di un divieto di ingresso emesso da un altro Stato membro", p. 15.

<sup>21</sup> Art. 21, reg. (UE) n. 1987/2006 e art. 21 decisione GAI 2005/533.

all'autorità nazionale competente (disciplinato dall'art. 41 del regolamento (UE) n. 1987/2006<sup>22</sup>) e il diritto di essere informati della segnalazione, salve specifiche eccezioni (art. 42 reg. (UE) n. 1987/2006<sup>23</sup>). Basti comunque evidenziare come il previo ricorso all'autorità di controllo prima del ricorso all'autorità giudiziaria sia previsto nella quasi totalità degli Stati partecipanti<sup>24</sup> e che esso risulti normalmente vantaggioso per i richiedenti, in considerazione del fatto che tali procedimenti appaiono snelli, rapidi e gratuiti<sup>25</sup>.

<sup>22</sup> Art. 41. Diritto di chiedere accesso, rettifica di dati inesatti e cancellazione di dati archiviati illecitamente: "Il diritto di una persona di accedere ai dati che la riguardano inseriti nel SIS II conformemente al presente regolamento è esercitato nel rispetto della legislazione dello Stato membro presso il quale l'interessato lo fa valere. Ove previsto dalla legislazione nazionale, l'autorità nazionale di controllo decide se ed in base a quali modalità deve comunicare informazioni. Uno Stato membro diverso da quello che ha effettuato una segnalazione può comunicare informazioni su tali dati soltanto se dà prima la possibilità allo Stato membro che ha effettuato la segnalazione di prendere posizione. A ciò si provvede tramite lo scambio di informazioni supplementari. L'informazione non è comunicata alla persona interessata se ciò è indispensabile per l'esecuzione di un compito legittimo connesso con una segnalazione o ai fini della tutela dei diritti e delle libertà di terzi. Chiunque ha il diritto di far rettificare dati che lo riguardano contenenti errori di fatto o di far cancellare dati che lo riguardano inseriti illecitamente. L'interessato è informato prima possibile e comunque non oltre 60 giorni dalla data in cui ha chiesto l'accesso o prima, se la legislazione nazionale lo prevede. L'interessato è informato del seguito dato all'esercizio del suo diritto di rettifica e cancellazione prima possibile e comunque non oltre tre mesi dalla data in cui ha chiesto la rettifica o la cancellazione o prima, se la legislazione nazionale lo prevede. Cfr. art. 47 della proposta di regolamento COM (2016) 882.

<sup>23</sup> Art. 42. Diritto di essere informati della segnalazione: "I cittadini di paesi terzi oggetto di una segnalazione a norma del presente regolamento sono informati a norma degli articoli 10 e 11 della direttiva 95/46/CE. Le informazioni sono fornite per iscritto insieme a una copia della decisione nazionale che ha dato origine alla segnalazione o a un riferimento a detta decisione di cui all'articolo 24, paragrafo 1. Le informazioni non sono fornite: a) qualora: i) i dati personali non siano stati raccolti presso il cittadino di un paese terzo interessato; e ii) la fornitura dell'informazione si riveli impossibile o richieda sforzi sproporzionati; b) qualora il cittadino di un paese terzo interessato sia già informato c) laddove la legislazione nazionale consenta che il diritto di informazione sia limitato, in particolare per salvaguardare la sicurezza nazionale, la difesa, la pubblica sicurezza e la prevenzione, la ricerca, l'accertamento e il perseguimento di reati".

<sup>24</sup> Autorità di controllo comune Schengen - Relazione sulle attività dicembre 2005 – dicembre 2008: "Dal quadro delle giurisdizioni o autorità competenti è emerso che nello spazio Schengen, le autorità competenti per le decisioni ai sensi dell'articolo 111 sono molteplici. In un solo Stato (Austria) l'autorità per la protezione dei dati è l'autorità competente a formulare una decisione definitiva. In altri Stati Schengen si rileva una competenza mista di autorità nazionali per la protezione dei dati e di giurisdizioni o la competenza di una giurisdizione specifica", p. 15, disponibile *online*.

<sup>25</sup> Con riferimento all'Italia, il Garante per la protezione dei dati personali, quale Autorità di controllo sulla sezione nazionale del Sistema informativo Schengen (N.SIS), esercita il controllo sui trattamenti di dati personali registrati nel SIS verificando,

### *3. Il mutuo riconoscimento nello Schengen Information System*

È noto come il sistema Schengen trovi il suo fondamento nel meccanismo del mutuo riconoscimento, che impone allo Stato di destinazione una autolimitazione nell'applicazione del proprio diritto in relazione a situazioni conformi alle prescrizioni dello Stato di origine. Non è possibile in questa sede affrontare le diverse questioni correlate alla tematica del mutuo riconoscimento; ci si limiterà solo a formulare rapidissimi accenni alla sua configurazione sulla base di modelli differenziati nel sistema dell'Unione europea, rinviando alla vasta bibliografia in materia per gli opportuni approfondimenti<sup>26</sup>. Da un lato il meccanismo è strumentale all'esercizio unitario delle libertà fondamentali di circolazione, nel cui ambito occorre differenziare tra libera circolazione di un prodotto e libera circolazione di una situazione giuridica. Con riferimento ai prodotti, la libera circolazione è direttamente riferita ai prodotti medesimi, e non al provvedimento che ne autorizza l'immissione in commercio, non essendo necessaria alcuna forma di riconoscimento negli Stati di destinazione, che devono accettare la commercializzazione di un prodotto

d'ufficio o su richiesta dell'interessato, che l'elaborazione e l'utilizzazione dei dati inseriti nei predetti archivi non leda i diritti della persona. Il Codice in materia di protezione dei dati personali (d. lgs. 30 giugno 2003, n. 196) ha introdotto modifiche circa le modalità di esercizio, da parte dell'interessato, del diritto di accesso al S.I.S. e degli altri diritti connessi (rettifica, integrazione o cancellazione). Dal 1° gennaio 2004 il diritto di accesso e i diritti connessi possono essere esercitati direttamente nei confronti dell'autorità che ha la competenza centrale per la sezione nazionale del S.I.S. (c.d. accesso "diretto"), e non più solo "per il tramite" del Garante (c.d. accesso "indiretto"), rivolgendosi al ministero dell'Interno - dipartimento della Pubblica sicurezza. Nel caso in cui alla richiesta non sia fornita una risposta soddisfacente, l'interessato può proporre reclamo al Garante per la protezione dei dati personali.

<sup>26</sup> ARMSTRONG, *Mutual Recognition*, in BARNARD, SCOTT (a cura di), *The Law of the Single European Market*, Oxford e Portland, 2002, 242 ss.; NICOLIN, *Il mutuo riconoscimento fra mercato interno e sussidiarietà*, Padova, 2005; ROSSOLILLO, *Mutuo riconoscimento e tecniche conflittuali*, Padova, 2002; BASSI, *Mutuo riconoscimento e tutela giurisdizionale. La circolazione degli effetti del provvedimento amministrativo straniero fra diritto europeo e protezione degli interessi del terzo*, Milano, 2008; JANSSENS, *The Principle of Mutual Recognition in EU Law*, Oxford, 2012; MÖSTL, *Preconditions and Limits of Mutual Recognition*, in *Common Market Law Review*, 2010, p. 405 ss. Sul mutuo riconoscimento negli atti amministrativi, v. WENANDER, *Recognition of Foreign Administrative Decisions*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2011, p. 755 ss.; GERONTAS, *Deterritorialization in Administrative Law: Exploring Transnational Administrative Decisions*, in *Columbia Journal of European Law*, 2013, p. 423 ss.; DE LUCIA, *From mutual recognition to authorization: The decline of transnational administrative acts*, in *Italian Journal of Public Law*, 2016, p. 90 ss.; RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ (ed.), *Recognition of Foreign Administrative Acts*, Heidelberg, New York, Dordrecht, London, 2016.

salva la presenza di ragioni imperative di interesse generale che ne legittimino la mancata circolazione in quello Stato.

In altre circostanze, invece, ciò che circola non è il prodotto in sé, ma l'atto amministrativo autorizzatorio, come tipicamente accade in relazione al riconoscimento delle professioni. Rispetto a tali ipotesi la normativa sovranazionale di diritto secondario prevede misure che, pur facilitando il riconoscimento del provvedimento straniero, comunque richiedono l'intervento dell'autorità nazionale.

In altri casi la normativa sovranazionale dota l'atto amministrativo statale straniero di reali effetti transnazionali, direttamente determinati dal regolamento dell'Unione. L'iscrizione nel database dello Schengen Information System si colloca concettualmente in tale modello. Essa tuttavia, a differenza di altri provvedimenti, incide sull'eventuale legittimo esercizio della libera circolazione e rischia di ledere alcuni diritti fondamentali dell'individuo, come riconosciuti nelle Carte costituzionali degli Stati membri, nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo ed anche nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (si pensi al diritto di circolazione e soggiorno riconosciuto a cittadini di paesi terzi coniugi di cittadini di Stati membri, senza dimenticare altri diritti, segnatamente processuali, primo fra i quali il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva).

Occorre allora confrontare la portata del meccanismo del mutuo riconoscimento con il rispetto di tali libertà e diritti fondamentali, con particolare riferimento al momento del controllo del loro bilanciamento. È stato detto che il carattere realmente transnazionale di un atto non dovrebbe limitarsi solo alla fase degli effetti, ma dovrebbe trovare estensione anche in quella del controllo giurisdizionale<sup>27</sup>. A noi pare di poter richiamare nel caso di specie la distinzione avanzata negli anni sessanta

<sup>27</sup> Parla di mutuo riconoscimento del controllo accanto a quello delle decisioni, accompagnato da un sistema di valutazione fra pari, JEGOUZO, *La création d'un mécanisme d'évaluation mutuelle de la justice, corollaire de la reconnaissance mutuelle*, in DE KERCHOVE, WEYEMBERG, *Sécurité et justice: enjeu de la politique extérieure de l'Union européenne*, Bruxelles, 2003, p. 147 ss. V. anche PERNAS GARCÍA, *The EU's Role in the Progress Towards the Recognition and Execution of Foreign Administrative Acts: The Principle of Mutual Recognition and the Transnational Nature of Certain Administrative Acts*, in RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ (ed.), *Recognition of Foreign Administrative Acts*, Heidelberg, New York, Dordrecht, London, 2016: "EU law foresees mutual recognition systems that give administrative acts of States a transnational character, not only because of its effects, but also because of its jurisdictional review. These rules allow the national courts of the State of destination to control the legality of administrative acts issued by public authorities of other Member States of the EU. The transnational nature of these acts extends to its control", p. 27.

da Biscottini<sup>28</sup>, fra i primi studiosi ad essersi occupato dell'efficacia transnazionale di un atto amministrativo, secondo cui qualora un atto prodotto in uno Stato non costituisca un mero fatto nell'ordinamento di destinazione, ma ivi rivesta un valore giuridico, esso dovrebbe necessariamente poter beneficiare delle garanzie giurisdizionali proprie di quello Stato.

A noi pare dunque che nel sistema Schengen il mutuo riconoscimento, operativo rispetto alla fase dell'efficacia dell'atto straniero, letto congiuntamente con gli articoli 43 e 48 del regolamento (UE) n. 1987/2006 e con le previsioni ivi rinvenibili relative alla necessità di scambio di informazioni fra amministrazioni nazionali di Stati diversi (che giunge alla creazione di un sistema articolato e specifico per lo scambio di informazioni supplementari), possa esplicare efficacia anche in relazione al momento del controllo. Tale impostazione troverebbe peraltro cornice coerente nella giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di libera circolazione e di rispetto della vita privata e familiare, e nelle pronunce di alcune delle più alte giurisdizioni amministrative degli Stati partecipanti.

#### *4. Il diritto ai mezzi di impugnazione. L'art. 43 del reg. (UE) n. 1987/2006*

L'art. 43 del regolamento (UE) n. 1987/2006 indica i mezzi di impugnazione a disposizione degli individui qualora la loro richiesta di accesso e rettifica dei dati inseriti nel database Schengen non sia stata accolta dal titolare del trattamento. Esso dispone in primo luogo che: "chiunque può adire la giurisdizione o l'autorità competente in base alla legislazione di qualsiasi Stato membro, per accedere, rettificare, cancellare o ottenere informazioni o per ottenere un indennizzo relativamente ad una segnalazione che lo riguarda"<sup>29</sup>. Esso era già presente, con qualche differenza letterale, nella Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen del 1990<sup>30</sup>.

Dalla formulazione della lettera della norma è possibile svolgere alcune considerazioni.

<sup>28</sup> BISCOTTINI, *L'efficacité des actes administratifs étrangers*, in *Recueil des Cours*, 1961, p. 639 ss., a p. 641.

<sup>29</sup> Art. 43, par. 1, reg. 1987/2006 (e art. 59, par. 1, decisione 2007/533).

<sup>30</sup> Art. 111 CAAS: "Chiunque può adire, nel territorio di ciascuna Parte contraente, la giurisdizione o l'autorità competente in base al diritto nazionale, con un'azione, in particolare, di rettifica, di cancellazione, di informazione o di indennizzo, relativamente ad una segnalazione che lo riguarda".

*4.1. Assenza di restrizione territoriale: non è richiesta la presenza nel territorio dell'Unione per l'impugnazione davanti all'autorità giurisdizionale*

Occorre in primo luogo evidenziare come dal dettato letterale non emerga la necessità della presenza fisica del ricorrente nel territorio di uno Stato partecipante. Tale interpretazione è del resto coerente con l'analisi casistica concreta, in cui si danno frequenti casi di cittadini di paesi terzi cui sia rifiutato l'ingresso nell'area Schengen mentre si trovano in territorio di Stato terzo.

Una restrizione territoriale era invece prevista nell'originaria proposta di regolamento della Commissione secondo cui, in relazione ai mezzi di ricorso, “chiunque, nel territorio di qualunque Stato membro, può promuovere un'azione ovvero presentare denuncia dinanzi gli organi giurisdizionali di quello Stato membro, ove gli sia negato il diritto di accesso, rettifica o cancellazione di dati che lo riguardano o il diritto di informazione o di indennizzo relativamente a un trattamento di suoi dati personali contrario al presente regolamento”<sup>31</sup>.

Tale previsione è stata però oggetto di ampia critica: il Parlamento europeo ne ha chiesto l'eliminazione in sede di prima lettura e il Garante Europeo della Protezione dei Dati (GEPD) ha ritenuto che una formulazione che collegasse la presenza fisica sul territorio alla possibilità di promuovere un'azione dinanzi ad un organo giurisdizionale non trovasse giustificazione, risultando al contrario “suscettibile di rendere inefficace il diritto ai mezzi di ricorso”<sup>32</sup>. Il GEPD ha sottolineato inoltre come la *lex generalis* in materia di tutela dei dati personali<sup>33</sup> agli attuali articoli 77, 78 e 79 del regolamento (UE) n. 679/2016<sup>34</sup> (precedentemente artico-

<sup>31</sup> COM(2005) 236 def., art. 30, corsivi aggiunti.

<sup>32</sup> Parere del garante europeo della protezione dei dati (GEPD) sulla proposta di decisione del Consiglio sull'istituzione, l'esercizio e l'uso del sistema di informazione Schengen di seconda generazione (SIS II) (COM(2005)230 def.).

<sup>33</sup> Direttiva 95/46/CE Capo III. Ricorsi giurisdizionali, responsabilità e sanzioni, art. 22: ricorsi: “Fatti salvi ricorsi amministrativi che possono essere promossi, segnatamente dinanzi all'autorità di controllo di cui all'articolo 28, prima che sia adita l'autorità giudiziaria, gli Stati membri stabiliscono che chiunque possa disporre di un ricorso giurisdizionale in caso di violazione dei diritti garantitigli dalle disposizioni nazionali applicabili al trattamento in questione”.

<sup>34</sup> Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati) *GUUE* L 119 del 4 maggio 2016, p. 1 ss.

lo 22 della direttiva 95/46/CE<sup>35</sup>), stabilisca che la persona che, ai sensi della normativa sulla tutela dei dati, abbia presentato domanda al titolare del trattamento o all'autorità di controllo e non sia soddisfatta della risposta ricevuta da quest'ultimo, abbia diritto a un ricorso giurisdizionale, a prescindere dal luogo di residenza. Si veda anche la posizione dello *Standing Committee of Experts on International Immigration, Refugee and Criminal Law*: “Especially where it concerns the use of SIS II for the refusal of entry or a visa, it would have been unacceptable if a third country national would not be able to remedy the wrongful use or registration of his or her personal information if he or she would be outside the EU territory”<sup>36</sup>. Tali considerazioni hanno condotto alla modifica del testo dell'art. 43, eliminando la necessità di presenza nel territorio dell'Unione ai fini del *locus standi*.

#### *4.2. Possibilità di adire la giurisdizione in qualsiasi Stato membro, anche diverso da quello che abbia emesso la segnalazione*

Ai sensi del regolamento, qualsiasi persona oggetto di segnalazione ha il diritto di adire la giurisdizione o l'autorità competente “in base alla legislazione di *qualsiasi Stato membro*”, per accedere, rettificare, cancellare o ottenere informazioni o per ottenere un indennizzo relativamente ad una segnalazione che lo riguarda<sup>37</sup>.

Non è dunque richiesta la corrispondenza territoriale fra la giurisdizione adita e l'autorità nazionale che abbia emesso la segnalazione. Il regolamento (UE) n. 1987/2006 del resto mantiene sul punto la stessa regola dell'art. 111 CAAS, che anzi appariva ancor più esplicito in materia, prevedendo che chiunque potesse adire, “nel territorio di ciascuna

<sup>35</sup> Direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati, *GUCÉ* L 281 del 23 novembre 1995, p. 31 ss. Articolo 22. Ricorsi: “Fatti salvi ricorsi amministrativi che possono essere promossi, segnatamente dinanzi all'autorità di controllo di cui all'articolo 28, prima che sia adita l'autorità giudiziaria, gli Stati membri stabiliscono che chiunque possa disporre di un ricorso giurisdizionale in caso di violazione dei diritti garantitigli dalle disposizioni nazionali applicabili al trattamento in questione”.

<sup>36</sup> Meijers Committee (Standing Committee of Experts on International Immigration, Refugee and Criminal Law), 11 October 2006, in House of Lords, Schengen Information System II (SIS II) - Evidence, p. 16.

<sup>37</sup> Art. 43, par. 1, reg. (UE) n. 1987/2006, corsivo aggiunto. Tecnicamente tale possibilità è consentita dal fatto che tutte le copie dei dati nelle banche dati nazionali (N.SIS II) sono riportate nel database centrale del sistema (CS.SIS II). Pertanto, diritti di reclamo e ricorso possono essere esercitati in qualsiasi paese Schengen, a prescindere dallo Stato che abbia materialmente emesso la segnalazione.

Parte contraente”, la giurisdizione competente in base al diritto nazionale ai fini della rettifica, della cancellazione, o a fini di informazione o di indennizzo, relativamente ad una segnalazione che lo riguardasse. Rispetto a tale interpretazione dell’art. 111, par. 1, l’inchiesta della *Schengen Joint Supervisory Authority* sull’applicazione dello Schengen Information System nel periodo 2005-2008 si è espressa nei termini seguenti: “L’articolo 111 della convenzione di Schengen costituisce un importante passo avanti nella salvaguardia dei diritti delle persone alla rettifica, alla cancellazione o a ottenere informazioni sui dati che le riguardano inseriti nel SIS, in quanto contempla la possibilità di adire una giurisdizione o un’autorità nazionale competente di *qualsiasi Stato Schengen*. (...) L’armonizzazione realizzata con la creazione del sistema d’informazione Schengen comprende la posizione della persona interessata, definendone i diritti, comprese le disposizioni volte a prevenire che la persona sia confrontata ad ostacoli procedurali nel perseguire i suoi diritti. Il solo fatto che la persona non sia in grado di spostarsi nello spazio Schengen non dovrebbe essere di ostacolo alla presentazione di ricorsi. Nel riconoscere la sua posizione, *la convenzione non fa obbligo alla persona interessata di avviare procedimenti (giuridici)* con riguardo ad una segnalazione *nello Stato che ha effettuato la segnalazione*. La persona interessata è libera di avviare una siffatta procedura *in qualsiasi Stato Schengen di sua scelta*. Gli Stati Schengen, procedendo in questo modo, hanno espresso una chiara dichiarazione di fiducia in un’attuazione armonizzata delle norme applicabili in materia di protezione dei dati”<sup>38</sup>.

Rispetto a tale specifico profilo non introduce modifiche la proposta di regolamento COM(2016) 882 sull’istituzione, l’esercizio e l’uso del sistema d’informazione Schengen (SIS) nel settore delle verifiche di frontiera, che modifica il regolamento (UE) n. 515/2014 e abroga il regolamento (CE) n. 1987/2006<sup>39</sup>.

In proposito è stato significativamente evidenziato come tale previsione costituisca una “pietra angolare” per la tutela dei diritti individua-

<sup>38</sup> Autorità di controllo comune Schengen, Relazione sulle attività dicembre 2005 – dicembre 2008, disponibile *online* all’indirizzo <http://194.242.234.211/documents/10160/10704/1625267>, pp. 15 e 21 s. (corsivi aggiunti).

<sup>39</sup> COM(2016) 882, Proposta di regolamento sull’istituzione, l’esercizio e l’uso del sistema d’informazione Schengen (SIS) nel settore delle verifiche di frontiera, che modifica il regolamento (UE) n. 515/2014 e abroga il regolamento (CE) n. 1987/2006, art. 49, par. 1. Mezzi di impugnazione: “Chiunque può adire il giudice o l’autorità competente in base alla legislazione di qualsiasi Stato membro, per accedere, rettificare o cancellare informazioni o per ottenere un indennizzo relativamente a una segnalazione che lo riguarda.

li<sup>40</sup> che gli Stati membri non hanno voluto modificare. Nel valutare positivamente la previsione, altri Autori hanno ritenuto che essa, conferendo al giudice nazionale il potere di valutare un atto amministrativo straniero nell'ambito del sistema d'informazione Schengen<sup>41</sup>, comportasse “*une rupture sans précédent*” del meccanismo di riconoscimento reciproco. Come si è cercato di evidenziare in precedenza, però, a noi pare al contrario che il mutuo riconoscimento di atti che non siano meri fatti (rispetto ai quali non vi è alcuna cognizione di un giudice straniero) ma che siano produttivi di effetti giuridici in un ordinamento diverso da quello di origine, si colora di modalità più articolate e ricche del mero mutuo riconoscimento degli effetti, e che possa essere accompagnato da una mutualizzazione del controllo anche giurisdizionale dello stesso, a condizioni e limiti rigorosi, da un lato risultando più aderente all'imperativo di tutela dei diritti fondamentali della persona, dall'altro facilitando il consenso in ordine all'operare del meccanismo stesso.

Non prevedeva restrizioni in ordine alla giurisdizione neppure l'art. 22 della direttiva 95/46/CE in materia di tutela dei dati personali<sup>42</sup>. Tuttavia il regolamento che l'ha sostituita ha introdotto sul punto una limitazione, prevedendo che il soggetto che ritenga che un trattamento dei propri dati violi i diritti a lui riconosciuti dal regolamento, fatto salvo qualsiasi altro ricorso amministrativo o extragiudiziale disponibile, abbia il diritto ad un ricorso giurisdizionale “*dinanzi alle autorità giurisdizionali dello Stato membro in cui il titolare del trattamento o il responsabile del trattamento ha uno stabilimento*. In alternativa, tali azioni possono essere promosse *dinanzi alle autorità giurisdizionali dello Stato membro in cui l'interessato risiede abitualmente*, salvo che il titolare del trattamento o il responsabile del trattamento sia un'autorità pubblica di uno Stato membro nell'esercizio dei pubblici poteri”<sup>43</sup>. Analoghe limitazioni

<sup>40</sup> BROUWER, *The Other Side of Moon. The Schengen Information System and Human Rights: A Task for National Courts*, 2008, CEPS Working Document No. 288, April 2008, disponibile online.

<sup>41</sup> GAUTIER, *Acte administratif transnational et droit de l'Union européenne*, in AUBY, DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (sous la direction de), *Traité de droit administratif européen*, Bruxelles, 2014, deuxième édition, p. 1303 ss.

<sup>42</sup> Direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati, *GUCE* L 281 del 23 novembre 1995 p. 31 ss. Art 22. Ricorsi: “Fatti salvi ricorsi amministrativi che possono essere promossi, segnatamente dinanzi all'autorità di controllo di cui all'articolo 28, prima che sia adita l'autorità giudiziaria, gli Stati membri stabiliscono che *chiunque possa disporre di un ricorso giurisdizionale* in caso di violazione dei diritti garantitigli dalle disposizioni nazionali applicabili al trattamento in questione” (corsivo aggiunto).

<sup>43</sup> Regolamento (UE) n. 679/2016, cit., art. 79 (corsivo aggiunto).

si rinviengono con riferimento ai reclami alle autorità di controllo<sup>44</sup> e rispetto ai ricorsi giurisdizionali nei confronti dell'autorità di controllo<sup>45</sup>.

Tale disallineamento fra le normative e la maggiore ampiezza della legittimazione ad agire nella disciplina Schengen possono a nostro avviso trovare motivazione nella specialità della materia SIS rispetto alla *lex generalis* in materia di tutela dei dati personali.

Del resto è anche possibile, ed anzi statisticamente costituisce una parte importante del contenzioso in materia SIS, che la segnalazione debba esser considerata in via incidentale nell'ambito di procedimenti diversi, posti in essere davanti a tribunali amministrativi chiamati a decidere della legittimità o meno di provvedimenti nazionali di rigetto di richieste del ricorrente, basati su una segnalazione SIS emessa dalle autorità competenti di altri Stati membri<sup>46</sup>. Ciò accadeva principalmente sotto la vigenza della precedente convenzione, dal momento che non sussistendo l'obbligo per le autorità nazionali di notificare l'avvenuta iscrizione nel database, il ricorrente ne veniva a conoscenza solo in occasione del rifiuto di proprie diverse istanze a motivo della pregressa segnalazione. A tale problematica ha fornito una soluzione il regolamento, disponendo il diritto della persona interessata ad essere informata dell'avvenuta segnalazione in linea con le previsioni di cui agli articoli 10 e 11 della direttiva 95/46/CE (attualmente sostituiti dagli articoli 13 e 14 del regolamento (UE) 2016/679).

<sup>44</sup> Regolamento (UE) n. 679/2016, cit., art. 77. Diritto di proporre reclamo all'autorità di controllo: "Fatto salvo ogni altro ricorso amministrativo o giurisdizionale, l'interessato che ritenga che il trattamento che lo riguarda violi il presente regolamento ha il diritto di proporre reclamo a un'autorità di controllo, *segnatamente nello Stato membro in cui risiede abitualmente, lavora, oppure del luogo ove si è verificata la presunta violazione*. L'autorità di controllo a cui è stato proposto il reclamo informa il reclamante dello stato o dell'esito del reclamo, compresa la possibilità di un ricorso giurisdizionale ai sensi dell'articolo 78" (corsivo aggiunto).

<sup>45</sup> Regolamento (UE) n. 679/2016, cit., art. 78. Diritto a un ricorso giurisdizionale effettivo nei confronti dell'autorità di controllo: "Fatto salvo ogni altro ricorso amministrativo o extragiudiziale, ogni persona fisica o giuridica ha il diritto di proporre un ricorso giurisdizionale effettivo avverso una decisione giuridicamente vincolante dell'autorità di controllo che la riguarda. Fatto salvo ogni altro ricorso amministrativo o extragiudiziale, ciascun interessato ha il diritto di proporre un ricorso giurisdizionale effettivo qualora l'autorità di controllo che sia competente ai sensi degli articoli 55 e 56 non tratti un reclamo o non lo informi entro tre mesi dello stato o dell'esito del reclamo proposto ai sensi dell'articolo 77. *Le azioni nei confronti dell'autorità di controllo sono promosse dinanzi alle autorità giurisdizionali dello Stato membro in cui l'autorità di controllo è stabilita*" (corsivo aggiunto).

<sup>46</sup> Tuttavia, la scelta dell'autorità competente per valutare la richiesta individuale e la portata dei mezzi di impugnazione disponibili sono rimessi alle scelte del singolo Stato Schengen.

In tali casi il giudice è dunque chiamato a valutare incidentalmente la regolarità della segnalazione, nell'ambito di un diverso procedimento, almeno con riferimento alla compatibilità con i requisiti indicati nel sistema Schengen ai fini dell'inserimento nel database<sup>47</sup>.

Potrebbe anche darsi l'ipotesi di un giudizio incidentale in uno Stato accanto ad un ricorso in via principale in altro Stato partecipante. Il regolamento non disciplina questa ipotesi. L'autorità di controllo comune di Schengen, nel segnalare questa lacuna già nella Convenzione del 1990, ha comunque inteso riconoscere al soggetto segnalato la possibilità di ricorso in altro Stato, sulla base della specialità della disciplina dell'art. 111, par. 1. Essa ha sottolineato come "l'esistenza di un'altra procedura giuridica dovrà senza alcun dubbio essere presa in considerazione dalla giurisdizione o autorità di cui all'articolo 111"<sup>48</sup>, anche in considerazione del fatto che "tutti gli Stati Schengen riconoscono nelle rispettive procedure nazionali il principio dell'audizione di tutte le parti interessate. Una procedura ai sensi dell'articolo 111 non dovrebbe nella pratica sfociare in una decisione definitiva senza aver consultato lo Stato responsabile della segnalazione"<sup>49</sup>.

#### *4.3. Obbligo di mutuo riconoscimento di una decisione definitiva (art. 43, par. 2)*

Sotto un diverso profilo, il secondo paragrafo dello stesso art. 43,

<sup>47</sup> L'art. 24 reg. (UE) n. 1987/2006 indica le condizioni per la segnalazione ai fini del rifiuto di ingresso o di soggiorno (parzialmente corrispondente all'art. 96 CAAS, dove però, si è già accennato, non era prevista una valutazione individuale): "Una segnalazione è inserita quando la decisione di cui al paragrafo 1 è fondata su una minaccia per l'ordine pubblico, la sicurezza pubblica o la sicurezza nazionale che la presenza del cittadino di un paese terzo in questione può costituire nel territorio di uno Stato membro. Tale situazione si verifica in particolare nei seguenti casi: a) se il cittadino di un paese terzo è stato riconosciuto colpevole in uno Stato membro di un reato che comporta una pena detentiva di almeno un anno; b) se nei confronti del cittadino di un paese terzo esistono fondati motivi per ritenere che abbia commesso un reato grave o se esistono indizi concreti sull'intenzione di commettere un tale reato nel territorio di uno Stato membro. Una segnalazione può inoltre essere inserita quando la decisione di cui al paragrafo 1 è fondata sul fatto che il cittadino di un paese terzo è stato oggetto di una misura di allontanamento, rifiuto di ingresso o espulsione non revocata né sospesa che comporti o sia accompagnata da un divieto d'ingresso o eventualmente di soggiorno, basata sull'inosservanza delle regolamentazioni nazionali in materia di ingresso e di soggiorno dei cittadini di un paese terzo".

<sup>48</sup> Autorità di controllo comune Schengen Relazione sulle attività - dicembre 2005 – dicembre 2008, p. 27 s.

<sup>49</sup> Autorità di controllo comune Schengen Relazione sulle attività - dicembre 2005 – dicembre 2008, p. 28.

dedicato ai mezzi di impugnazione riconosciuti alle persone oggetto della segnalazione, afferma l'obbligo per ogni parte contraente di rispettare reciprocamente le decisioni definitive<sup>50</sup> relative a segnalazioni.

La disposizione in esame trova motivazione da un lato nella struttura peculiare dello Schengen Information System, in cui solo lo Stato contraente che abbia emesso la segnalazione può modificare, aggiungere, correggere o cancellare i dati contenuti nel SIS<sup>51</sup>.

Dall'altro corrobora l'interpretazione secondo cui è riconosciuto ai giudici di Stati membri diversi da quello che abbiano emesso la segnalazione di effettuare una valutazione sull'inserimento, alla luce dei valori e dei principi dell'Unione, delle tradizioni costituzionali comuni, della Carta dei diritti fondamentali e delle specifiche indicazioni provenienti dal regolamento (UE) n. 1987/2006. E tale decisione definitiva dovrà essere oggetto di esecuzione da parte dello Stato segnalante<sup>52</sup>. Occorre tut-

<sup>50</sup> Rispetto a tale locuzione, pur in assenza di una definizione nel regolamento di "decisione definitiva", in dottrina si è ritenuto che essa vada intesa in senso ampio, non limitata alle pronunce delle giurisdizioni più alte di ogni Stato membro, ma comprensiva delle decisioni delle autorità nazionali per la protezione dei dati personali avverso le quali non sia stato proposto ricorso e che dunque risultino eseguibili. V. E.R. BROUWER, *The Other Side of Moon. The Schengen Information System and Human Rights: A Task for National Courts*, 2008, CEPS Working Document No. 288, April 2008, disponibile *online*. Nello stesso senso il Parere dell'Autorità di controllo comune Schengen, Relazione, cit. p. 24: "Il fatto che l'articolo 111 della CAAS faccia anche riferimento alle decisioni delle autorità nazionali per la protezione dei dati significa che una decisione deve essere considerata definitiva fintantoché essa sia eseguibile e nessuna delle parti abbia proposto ricorso avverso tale decisione".

<sup>51</sup> Art. 34, regolamento (UE) n. 1987/2006: "Uno Stato membro che effettua una segnalazione è responsabile dell'esattezza, dell'attualità e della liceità di inserimento dei dati nel SIS II. Solo lo Stato membro che ha effettuato una segnalazione è autorizzato a modificare, completare, rettificare, aggiornare o cancellare i dati che ha inserito", corrispondente all'art. 106 CAAS.

<sup>52</sup> Sul punto, l'autorità di controllo Schengen riteneva di poter estendere a tale fattispecie la facoltà riconosciuta ad uno Stato, originariamente segnalante, quando un altro Stato membro avesse rilasciato un titolo di soggiorno per motivi umanitari o in conseguenza di accordi internazionali o per altri seri motivi. In siffatte circostanze infatti la Parte contraente che avesse effettuato la segnalazione procedeva al ritiro di quest'ultima, ma poteva iscrivere lo straniero nel proprio elenco delle persone segnalate (art. 25, par. 1, secondo comma CAAS). Tale previsione è stata però espunta dal regolamento che ha sostituito la Convenzione di applicazione: nell'originaria proposta della Commissione del 2005 (COM(2005) 0236 def., Proposta di regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio sull'istituzione, l'esercizio e l'uso del sistema d'informazione Schengen di seconda generazione (SIS II), disponibile *online*) se ne rinveniva un riferimento (COM(2005) 0236 def., art. 15, par. 2, lett. d): "Gli Stati membri effettuano le segnalazioni di cui al paragrafo 1 in conformità con l'articolo 25, paragrafo 2, della convenzione Schengen e fatte salve le eventuali disposizioni più favorevoli per il cittadino di paesi terzi previste nei seguenti atti: (...) d) Direttiva 2004/83/CE del Consiglio recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o

tavia evidenziare come rispetto al momento dell'esecuzione della decisione, probabilmente a causa delle diversità dei quadri giuridici nazionali degli Stati Schengen, manchino dati in relazione all'utilizzo dell'art. 111 negli Stati partecipanti e, con specifico riferimento al momento dell'esecuzione di una decisione definitiva, solo uno Stato Schengen partecipante abbia segnalato una procedura di *follow-up* per l'esecuzione di una decisione definitiva (il Portogallo), mentre negli altri l'iniziativa relativa all'esecuzione della decisione risulti sostanzialmente rimessa al soggetto segnalato, nonostante una esplicita richiesta di *follow-up* formulata dall'autorità di controllo comune, proprio in relazione all'applicazione dell'art. 111 CAAS. Al fine di contrastare tale inerzia, l'Autorità ha raccomandato agli Stati membri di effettuare una valutazione in ordine alle rispettive procedure nazionali, per verificare l'osservanza delle tutele previste dall'articolo 111, in modo da garantire la medesima esecuzione delle decisioni definitive in tutti gli Stati partecipanti. La recente proposta di regolamento (2016)882 def. potrebbe risultare efficace in proposito, avendo richiesto alle autorità nazionali di controllo "di elaborare un sistema statistico standard per produrre relazioni annuali su: (...) (e) il numero di cause pendenti dinanzi ai giudici; (f) il numero di cause in cui il giudice ha statuito a favore del ricorrente in qualsiasi aspetto della causa; (g) eventuali osservazioni sui casi di riconoscimento reciproco delle decisioni definitive adottate da giudici o autorità di altri Stati membri su segnalazioni create dallo Stato membro segnalante", con l'obiettivo di "ottenere un coerente quadro di insieme del funzionamento dei mezzi di impugnazione"<sup>53</sup>.

#### *4.4. Responsabilità dello Stato per l'uso della segnalazione. L'art. 48 del regolamento (UE) n. 1987/2006*

Ancora nel senso dell'interpretazione dell'articolo 43 come descritta nel presente lavoro, il regolamento (UE) n. 1987/2006<sup>54</sup> riconosce la responsabilità di qualsiasi Stato partecipante per i danni causati ad un individuo per l'uso dei dati da parte di qualsiasi autorità nazionale. Una iscrizione potrebbe infatti risultare illegittima *ab origine*, ovvero a seguito di cambiamento di condizioni, che consentano al soggetto segnalato, successivamente all'inserimento nel database, di acquisire la possibilità

di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta"), poi caduto a seguito della revisione dell'art. 15 della proposta ad opera del parlamento europeo.

<sup>53</sup> Art. 49, par. 3, proposta di regolamento (2016)882 def., cit.

<sup>54</sup> E ugualmente la decisione GAI 2007/533, cit., art. 64.

di beneficiare della protezione fornita dal diritto dell'Unione. La mancata rettifica dei dati da parte dello Stato segnalante, e la mancata valutazione del mutamento delle circostanze da parte dello Stato richiesto, anche diverso da quello della segnalazione, configurano altrettante violazioni del diritto dell'Unione. E l'art. 48 del regolamento riconosce alla persona segnalata il diritto di chiedere un indennizzo per l'uso della segnalazione che la riguarda, davanti all'autorità amministrativa o giurisdizionale di *qualsiasi* Stato membro. Anche tale previsione risulterebbe incomprensibile se non fosse possibile riconoscere al giudice di uno Stato diverso da quello che abbia effettuato la segnalazione, richiesto di una domanda di indennizzo, la possibilità di compiere una valutazione sul fondamento dei motivi asseritamente all'origine dell'irregolarità della segnalazione emessa.

Il secondo comma dello stesso articolo, inoltre, disciplina un'azione di regresso per il rimborso delle somme versate a titolo di risarcimento da parte dello Stato richiesto verso quello segnalante, qualora lo Stato contro il quale è promossa l'azione non sia lo Stato membro che ha effettuato la segnalazione, salva l'ipotesi in cui l'utilizzo dei dati da parte dello Stato membro che ha chiesto il rimborso risulti contrario alle disposizioni del regolamento.

Una tale competenza, certamente eccezionale, in capo ai giudici degli Stati partecipanti, ci pare mutualizzi anche i meccanismi di responsabilità<sup>55</sup> collegati al funzionamento difettoso del SIS inteso nel suo complesso, e non limitato esclusivamente alla valutazione di uno Stato partecipante. Essa pare dunque rafforzare l'interpretazione che non limita il mutuo riconoscimento agli effetti dell'atto amministrativo straniero che rivesta valore giuridico nello Stato richiesto. Si può in tal senso osservare che anche la proposta di modifica del regolamento mantiene la stessa previsione<sup>56</sup>.

<sup>55</sup> GAUTIER, *Acte administratif transnational et droit communautaire*, in AUBY, DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, *Droit administratif européen*, Bruxelles, 2007, p. 1069 ss, a p. 1082.

<sup>56</sup> COM (2016) 882 def., cit. Articolo 53. Responsabilità: "Ciascuno Stato membro è responsabile dei danni causati a una persona in seguito all'uso dell'N.SIS. La disposizione si applica anche ai danni causati dallo Stato membro segnalante, ove abbia inserito dati contenenti errori di fatto o archiviato i dati in modo illecito. Se lo Stato membro contro il quale è promossa un'azione non è lo Stato membro segnalante, quest'ultimo è tenuto al rimborso, su richiesta, delle somme versate a titolo di risarcimento, a meno che l'uso dei dati da parte dello Stato membro che ha chiesto il rimborso violi il presente regolamento".

## *5. Il controllo delle segnalazioni nello Schengen Information System II*

È ben nota l'evoluzione che ha permesso di riconoscere gli effetti extraterritoriali ad un atto amministrativo nazionale. Nel sistema dell'UE tale risultato è stato conseguito innanzitutto applicando i principi di mutuo riconoscimento (articolo 49 TFUE) e libertà di stabilimento (articolo 54 TFUE).

Al contrario, tradizionalmente, un atto amministrativo statale rimane soggetto, anche nel sistema sovranazionale, al sindacato giurisdizionale del proprio Stato di origine. Sul piano del controllo di validità, tali atti rimangono strettamente territoriali. Sulla base di una ricostruzione tradizionale del principio di sovranità statale, si ritiene che i giudici nazionali non possano valutare la legittimità di una decisione amministrativa estera. In principio, infatti, le giurisdizioni nazionali sono competenti per apprezzare la sola validità degli atti emanati dal potere pubblico cui esse appartengono, dovendo conseguentemente declinare la giurisdizione in relazione ad atti di autorità straniere.

Anche nell'ambito dello SIS II, normalmente i giudici si dichiarano incompetenti a valutare la legittimità di una segnalazione operata da un'autorità di altro Stato partecipante al sistema Schengen, declinando la giurisdizione ovvero, nell'ambito di giudizi incidentali, limitandosi ad applicare le conseguenze derivanti dalla segnalazione, senza interrogarsi sul fondamento della stessa.

Tuttavia, anche tale principio sembra poter subire un'evoluzione e porre gli ordinamenti degli Stati partecipanti dinanzi a questioni giuridiche inedite in relazione alla collaborazione giudiziaria in materia, proprio sulla base dell'articolazione letterale dell'art. 43 reg. 1987/2006 (e dell'art. 59 della decisione 2007/533/GAI, come già precedentemente dell'art. 111 CAAS)<sup>57</sup>.

<sup>57</sup> In materia si vedano GAUTIER, *Acte administratif transnational et droit de l'Union européenne*, in AUBY, DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (sous la direction de), *Droit Administratif Européen*, deuxième édition, Bruxelles, 2014, p. 1303 ss.; ID., *Le dépassement du caractère national de la juridiction administrative française: le contentieux Schengen*, in *Droit administratif*, n. 5, mai 2005, p. 7 ss.; DUMAS, *L'accès des ressortissants des pays tiers au territoire des États membres de l'Union européenne*, Bruxelles, 2013; BROUWER, *Digital Borders and Real Rights: Effective Remedies for Third-Country Nationals in the Schengen information System*, Leiden-Boston, 2008, ID., *The Other Side of Moon. The Schengen Information System and Human Rights: A Task for National Courts*, 2008, disponibile online; CANIVET, *Discour, Discour* del Primo Presidente della Corte di Cassazione francese, in *Les petites affiches*, 15 gennaio 2007, disponibile online, p. 6 ss.; SAAS, *Les refus de délivrance de visas fondés sur une inscription au Système Information Schengen*, in *Cultures & Conflits*, 2003, disponibile online; ADINOLFI, *Protezione dei dati personali e applicazione della Convenzione di Schengen*, in *Rivista di*

Un limitato numero di tribunali amministrativi degli Stati partecipanti al SIS I e II si è infatti riconosciuto competente ad esaminare i motivi all'origine della decisione di segnalazione adottata da un'autorità in un altro Stato, nell'ambito di un giudizio incidentale, nell'ambito di un giudizio in via principale teso a valutare la legittimità di un atto interno basato su una segnalazione effettuata da un diverso Stato.

### 5.1. Il Conseil d'État francese a partire dalla causa Forabosco

In una nota serie di sentenze del *Conseil d'État* francese, il cui *leading case* è rinvenibile nella causa *Forabosco*<sup>58</sup>, la suprema giurisdizione amministrativa francese ha effettuato una valutazione sul merito di una decisione di segnalazione adottata dall'autorità di un altro Stato membro. In *Forabosco*, il *Conseil d'État* ha affermato la sua competenza a verificare se il fondamento di decisioni adottate dalle autorità straniere, e prese a presupposto di decisioni di autorità nazionali, rientrasse fra i motivi che consentivano, ex art. 96 CAAS, una registrazione nel SIS, rinvenendo nel caso di specie una ipotesi di errore manifesto nella registrazione.

Il caso concerneva il rifiuto di visto da parte del console francese a Bucarest ad una cittadina rumena (all'epoca ancora Stato non membro dell'Unione) coniugata con un cittadino francese. Secondo la ricorrente il rifiuto non era legittimo perché fondato su una segnalazione nel SIS errata.

Il *Conseil d'État* francese ha ritenuto che fosse un proprio compito “*se prononcer, le cas échéant, sur le bien-fondé d'un moyen tiré du caractère injustifié du signalement d'une personne aux fins de non-admission, alors même qu'elle a été prononcée par une autorité étrangère*”. Esso ha valutato che l'iscrizione nel SIS, da parte di autorità tedesche, motivata solo dal rifiuto di una domanda d'asilo presentata dal richiedente, senza che la decisione di rigetto fosse accompagnata da un divieto di ingresso o soggiorno nel territorio tedesco, non rientrasse fra i

*diritto internazionale*, 1997, p. 742 ss.; ROSSI, *La protezione dei dati personali negli accordi di Schengen alla luce degli standards fissati dal Consiglio d'Europa e dalle Comunità europee*, in NASCIBENE, PASTORE (a cura di), *Da Schengen a Maastricht- 1993: apertura delle frontiere, cooperazione giudiziaria e di polizia*, Milano, 1995, p. 173 ss.; RODRIGUEZ IGLESIAS, *Le droit interne devant le juge international et communautaire*, in *Du droit international au droit de l'intégration, Liber amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden 1987, p. 583 ss.

<sup>58</sup> CE 9 June 1999, req. n° 190384, *M. et Mme Forabosco*, concl. B. Martin-Laprade, AJDA 1999, p. 725 et suivantes, disponibile *online*.

motivi che, sulla base dei paragrafi 2 e 3 dell'art. 96 CAAS, potessero consentire la segnalazione<sup>59</sup>.

La pronuncia ha riconosciuto dunque l'operare nel caso di specie di un'eccezione all'automatico riconoscimento degli effetti di un atto fra diversi Stati partecipanti, seppure limitatamente ad un'ipotesi di contrasto materiale rispetto alle previsioni di cui all'art. 96 CAAS. Il *Conseil d'État* ha infatti limitato la propria competenza alla valutazione del carattere ingiustificato della segnalazione, emessa da una autorità straniera parte all'accordo di Schengen, di una persona ai fini della non ammissione rispetto alle previsioni della Convenzione, dichiarandosi invece incompetente a statuire sul procedimento che ha condotto all'adozione del provvedimento impugnato da parte dell'autorità straniera<sup>60</sup>.

È stato osservato come tale pronuncia trovi fondamento in un "*conflict of law approach*"<sup>61</sup> e che sembri rievocare un risalente approccio internazionalprivatistico, basato sul riesame del merito ("*révision au fond*") delle decisioni straniere, secondo il quale il giudice dello Stato del foro avrebbe dovuto compiere un controllo sulla regolarità internazionale della decisione straniera, attraverso un apprezzamento del suo fonda-

<sup>59</sup> CE 9 June 1999, req. n° 190384, *M. et Mme Forabosco*, cit., "(...) considérant qu'il appartient au juge administratif, saisi de conclusions dirigées contre une décision administrative fondée sur le signalement d'une personne aux fins de non-admission, de se prononcer sur le bien-fondé du moyen tiré du caractère injustifié de ce signalement alors même qu'il a été prononcé par une autorité administrative étrangère; Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que l'inscription de Mme X... au fichier du "Système d'Information Schengen", opérée par les autorités allemandes, était seulement motivée par le rejet d'une demande d'asile présentée par l'intéressée; qu'un tel motif n'est pas au nombre de ceux qu'énumèrent limitativement les paragraphes 2 et 3 de l'article 96 de la convention du 19 juin 1990, susceptibles de fonder un signalement aux fins de non-admission; qu'il suit de là que M. et Mme X... sont fondés à demander l'annulation du refus de visa opposé à Mme X... sur le fondement d'une inscription injustifiée au 'Système d'Information Schengen'".

<sup>60</sup> V. CE, 23 mai 2003, req. n. 237934, *Catrina*. Nel caso di specie il ricorrente aveva contestato un rifiuto di visto impostogli dalle autorità francesi a motivo di una segnalazione nel SIS proveniente dalle autorità italiane, lamentando che la segnalazione fosse priva di fondamento, non perché contraria ai motivi indicati nella CAAS, ma perché fondata su una misura italiana di interdizione dal territorio adottata, ad avviso del ricorrente, seguendo una procedura irregolare e violando il principio di proporzionalità. Il giudice richiesto ha ritenuto di non poter valutare se la misura di interdizione fosse stata presa secondo una procedura irregolare e non proporzionata in rapporto ai fatti commessi. Il Consiglio di Stato ha precisato di non essere competente a statuire sulla legalità delle decisioni degli altri Stati parte, stimandosi abilitato solo a verificare se le decisioni prese dalle autorità straniere siano fondate sui motivi che, in applicazione dell'art. 96 della Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen, giustifichino una iscrizione nel SIS. Nello stesso senso, v. CE 10 January 2003, req. n. 229222, *Abdelkader*.

<sup>61</sup> HOFMANN, TIDGHI, *Rights and Remedies in Implementation of EU Policies by Multi-Jurisdictional Networks*, in *European Public Law*, 2014, p. 147 ss.

mento di fatto e di diritto. Sulla base di tale approccio il giudice richiesto, prima di dare esecuzione ad una sentenza straniera avrebbe dovuto, nell'esercizio di un controllo di regolarità dell'operazione intellettuale che aveva fondato la decisione da eseguire, tener conto di elementi estrinseci alla decisione, potendo non riconoscerne gli effetti qualora non ne ravvisasse la regolarità<sup>62</sup>. Tale impostazione, già superata nell'ambito del diritto internazionale privato comune, è oggi sorpassata nel diritto internazionale privato dell'Unione europea, che dispone il riconoscimento automatico delle sentenze emanate dai giudici degli altri Stati membri (art. 36 reg. 44/2001, ed attualmente art. 52 reg. (UE) n. 1215/2012<sup>63</sup>). Nel caso di specie tuttavia oggetto di revisione non è una decisione di un giudice, ma un atto di un'autorità amministrativa di uno Stato diverso, suscettibile di impugnazione da parte del soggetto interessato.

Il *Conseil d'État* ha poi successivamente ribadito che “*il appartient au juge administratif, saisi de conclusions dirigées contre une décision administrative refusant à un étranger un visa d'entrée (...) fondée sur le signalement aux fins de non admission (...) de se prononcer sur le bien-fondé du moyen tiré du caractère injustifié de ce signalement, alors même qu'il est prononcé par une autorité étrangère*”<sup>64</sup>. Il caso faceva riferimento ad una cittadina libanese inserita nel SIS dalle autorità italiane sulla base di un motivo ritenuto materialmente inesatto, il cui successivo controllo ha permesso di censurare errori di fatto. Il *Conseil d'État* ha poi mantenuto tale orientamento, annullando ad esempio il rifiuto di un visto fondato su una iscrizione nel SIS da parte delle autorità olandesi poiché questa iscrizione era fondata su un errore di fatto, essendo stato il richiedente condannato a 12 mesi di reclusione dalla giustizia olandese e non a 12 anni<sup>65</sup>. In altre pronunce, il *Conseil d'État* ha dichiarato irregolare una iscrizione fatta dalle autorità tedesche e fondata sulla permanenza nel territorio a seguito del semplice rigetto di una domanda di asilo, non essendo questo motivo rientrante nel novero di quelli che possono legalmente giustificare una iscrizione nel sistema<sup>66</sup>.

Esso ha inoltre ritenuto necessario verificare la conformità delle

<sup>62</sup> BUREAU, MUIR WATT, *Droit international privé, Tome I, Partie générale*, Paris, 2007, p. 250 s.

<sup>63</sup> Regolamento (UE) n. 1215/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2012, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, *GUUE* L 351 del 20 dicembre 2012, p. 1 ss.

<sup>64</sup> CE, 16 octobre 2000, req. n. 210556, *M<sup>me</sup> Chamoun*.

<sup>65</sup> CE 11 février 2005, req. n. 260314, *M<sup>me</sup> Seif Eddine*.

<sup>66</sup> CE, 9 juillet 2001, req. n. 209037, *Blaise X*; CE 11 juillet 2001, req. n. 206644, *Iqbel*.

conseguenze della segnalazione con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, stabilendo la prevalenza di alcune sue disposizioni e segnatamente di quella in materia di tutela della vita privata e familiare, rispetto alla Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen. Nella sentenza *Lekhlif*<sup>67</sup>, ad esempio, il *Conseil d'État* francese ha stabilito che il rifiuto di rilascio di un visto nei confronti di un cittadino algerino segnalato nel *database* per una misura di espulsione risalente a 30 anni prima, il quale intendeva recarsi a rendere visita alla madre gravemente malata residente in Francia, fosse contrario all'art. 8 CEDU.

5.2. *Rechtbank 's-Hertogenbosch* olandese e Corte di giustizia dell'Unione europea, causa C-150/05, *Jean Leon Van Straaten c. Staat der Nederlanden e Repubblica italiana*

Un indiretto riscontro alla possibilità di porre in essere un controllo extraterritoriale può rinvenirsi anche in una pronuncia della Corte di giustizia dell'Unione europea<sup>68</sup>, interpellata in via diretta in ordine all'interpretazione della locuzione "medesimi fatti" nell'ambito di procedimenti penali, per accertare se una persona assolta con sentenza per mancanza di prove dovesse essere considerata "giudicata" ai sensi dell'art. 54 CAAS<sup>69</sup>.

Il procedimento era stato avviato in Olanda ai sensi dell'art. 111, n. 1 CAAS ed il rinvio pregiudiziale era stato presentato nell'ambito di una controversia pendente tra il sig. Van Straaten, cittadino olandese, da un lato, e lo *Staat der Nederlanden* e la Repubblica italiana, dall'altro, in merito alla segnalazione nel SIS, effettuata dalle autorità italiane a seguito di condanna penale irrogata dal Tribunale Ordinario di Milano nel 1999 per detenzione e traffico di sostanze stupefacenti (fatti risalenti al 1983), condanna per la cui esecuzione il pubblico ministero aveva chiesto l'extradizione.

Riferendosi all'art. 111, n. 1 della Convenzione, *Van Straaten* aveva

<sup>67</sup> CE, 23 novembre 2001, req. n. 220716, *Lekhlif*.

<sup>68</sup> Sentenza del 28 settembre 2006, causa C-150/05, *Jean Leon Van Straaten c. Staat der Nederlanden e Republiek Italië*, *Raccolta*, p. I-09327.

<sup>69</sup> Si tratta di un'applicazione del principio del *ne bis in idem*, mirante ad evitare che una persona, per il solo fatto di esercitare il suo diritto alla libera circolazione, sia sottoposta a procedimento penale per i medesimi fatti sul territorio di più Stati contraenti. Articolo 54: "Una persona che sia stata giudicata con sentenza definitiva in una Parte contraente non può essere sottoposta ad un procedimento penale per i medesimi fatti in un'altra Parte contraente a condizione che, in caso di condanna, la pena sia stata eseguita o sia effettivamente in corso di esecuzione attualmente o, secondo la legge dello Stato contraente di condanna, non possa più essere eseguita".

chiesto, tramite il *Korps Landelijke Politiediensten* (Corpo Nazionale di Polizia), di rimuovere il suo precedente carico penale, essendo stato per gli stessi fatti assolto dal giudice olandese già nel 1983. Non avendo ricevuto alcuna risposta su questo punto, il ricorrente aveva presentato una denuncia dinanzi al *Rechtbank 's-Hertogenbosch*. Nel rinvio il giudice olandese aveva constatato l'ammissibilità della richiesta del ricorrente, ritendosi competente a valutare, ai sensi dell'art. 111, n. 1, CAAS, la richiesta di cancellazione dalla banca dati, rinviando poi all'autorità italiana per l'esecuzione della propria decisione definitiva. Tale posizione non è stata oggetto di impugnazione da parte delle controparti, né è stata sottoposta a delimitazioni di sorta da parte dei giudici di Lussemburgo, che sul punto non hanno commentato, limitandosi ad accettare la posizione del giudice rimettente.

### 5.3. Corte di giustizia, causa C-503/03, Commissione c. Regno di Spagna

La Corte di giustizia dell'Unione europea si è invece pronunciata in maniera espressa sulla necessità di verificare la conformità delle conseguenze della segnalazione con il diritto CE/UE e con il diritto internazionale, segnatamente con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Nella sentenza relativa alla causa C-503/03, *Commissione c. Regno di Spagna*<sup>70</sup>, la Corte di giustizia si è espressa sul rapporto fra libera circolazione delle persone, come garantita dal diritto europeo, e convenzione di Schengen, in una controversia concernente cittadini di paesi terzi (algerini), coniugati con cittadine dell'Unione (nel caso di specie spagnole), che si erano visti rifiutare l'accesso nell'area Schengen a motivo della segnalazione nel database del SIS.

<sup>70</sup> Sentenza della Corte (grande sezione) del 31 gennaio 2006, causa C-503/03, *Commissione delle Comunità europee contro Regno di Spagna*, Raccolta, p. I-01097. Sulla sentenza in dottrina v. NASCIBENE, *Corte di Giustizia e Corte Costituzionale sulla "segnalazione Schengen": il divieto di automatismi*, in *Quaderni costituzionali*, 2006, p. 363 ss.; AMALFITANO, *Segnalazione nel SIS ai fini della non ammissione nello "spazio Schengen". Profili di incompatibilità comunitaria e di legittimità costituzionale*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2006, p. 489 ss.; BROUWER, *Case C-503/03, Commission v. Spain, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 31 January 2006*, [2006] ECR I-1097, in *Common Market Law Review*, 2008, p. 1251 ss.; MUIR, *La jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance. Chronique des arrêts. Arrêt "Commission c. Espagne" liste noire du SIS*, in *Revue du droit de l'Union européenne*, 2006, p. 172 ss.; MARTIN, *Droit communautaire et dispositif Schengen: incompatibilité concernant le traitement du conjoint du ressortissant communautaire*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2006, p. 568 ss.; SCHNEIDER, *Basic Structures of Information Management in the European Administrative Union*, in *European Public Law*, 2014, p. 89 ss.

Secondo i giudici di Lussemburgo l'*acquis* di Schengen trova applicazione nei limiti del rispetto del diritto dell'UE in materia di libera circolazione, quest'ultima prevalendo in caso di conflitto con la normativa Schengen. Nei casi sottoposti al proprio esame, i giudici di Lussemburgo, hanno condannato il Regno di Spagna per esser venuto meno agli obblighi su di esso incombenti in forza degli articoli 1 e seguenti della direttiva 64/221 CEE (attualmente direttiva 2004/38/CE, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri), per aver rifiutato l'ingresso sul territorio ai ricorrenti "per il solo motivo che essi erano segnalati nel sistema di informazione Schengen ai fini della non ammissione" da parte di altro Stato partecipante, nel caso di specie la Repubblica federale tedesca, "senza aver preliminarmente verificato se la presenza di tali persone costituisse una minaccia effettiva, attuale e abbastanza grave per un interesse fondamentale della collettività"<sup>71</sup>.

Tale giurisprudenza ha originato, nel regolamento che ha sostituito la convenzione, l'introduzione di una specifica norma mirante a tutelare i diritti dei cittadini di paesi terzi che siano familiari di cittadini dell'Unione, primi fra i quali il diritto al ricongiungimento familiare e alla libera circolazione<sup>72</sup>. Come accennato, già alcuni giudici amministrativi nazionali avevano ritenuto necessario verificare la conformità delle conseguenze della segnalazione con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo<sup>73</sup>, stabilendo la prevalenza di alcune disposizioni di quella, segnatamente in materia di tutela della vita privata e familiare, rispetto alla CAAS, che del resto espressamente prevedeva come già accennato, la possibilità di concedere l'accesso anche in caso di segnala-

<sup>71</sup> Sentenza della Corte, causa C-503/03, cit., punto 59.

<sup>72</sup> Reg. (UE) n. 1987/2006, art. 25: "Articolo 25. Condizioni per inserire segnalazioni su cittadini di paesi terzi beneficiari del diritto alla libera circolazione all'interno della Comunità. La segnalazione relativa a un cittadino di paese terzo beneficiario del diritto alla libera circolazione all'interno della Comunità ai sensi della direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, è conforme alle norme adottate in esecuzione di tale direttiva. In caso di risposta positiva riguardo a una segnalazione di cui all'articolo 24 su un cittadino di un paese terzo beneficiario del diritto alla libera circolazione all'interno della Comunità, lo Stato membro che effettua la segnalazione consulta immediatamente lo Stato membro che ha effettuato la segnalazione, tramite il suo ufficio SIRENE e in conformità delle disposizioni del manuale SIRENE, al fine di decidere senza indugio l'azione da intraprendere".

<sup>73</sup> CE, 23 novembre 2001, req. n. 220716, *Lekhef*, cit.

zione per motivi umanitari o in adempimento di obblighi internazionali<sup>74</sup>.

#### 5.4. La posizione del Consiglio di Stato italiano

Tradizionalmente la giurisdizione amministrativa italiana ha aderito alla posizione che riconosceva valore vincolante alla segnalazione, declinando la propria competenza ad effettuare valutazioni su segnalazioni di Stati parte<sup>75</sup> e limitandosi ad applicare in via automatica le conseguenze correlate all'avvenuta segnalazione, sulla base di una stretta interpretazione dell'art. 5 CAAS ed attualmente dell'art. 6 del codice frontiere Schengen<sup>76</sup>, che prevedono che ad una persona segnalata nel SIS debba essere rifiutato l'ingresso nei territori Schengen e che solo sulla base di motivi umanitari, motivi di interesse nazionale o in esecuzione di obblighi internazionali sarebbe possibile derogare a tale obbligo<sup>77</sup>.

<sup>74</sup> Art. 5, par. 2, CAAS. La stessa disposizione si rinviene ora nell'art. 6, par. 5, lett. c) del regolamento (UE) 2016/399 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2016, che istituisce un codice unionale relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone (codice frontiere Schengen), *GUUE* L 77 del 23 marzo 2016, p. 1 ss.

<sup>75</sup> V. Tribunale amministrativo regionale del Lazio, ricorso n.7911/2003, sentenza del 7 luglio 2005: "Soltanto dei provvedimenti italiani la legge può prevedere la revocabilità, disponendo a tal fine una specifica valutazione discrezionale. Eventuali vizi di legittimità della segnalazione effettuata dallo Stato estero non possono essere giudicati in questa sede, ma devono essere fatti valere davanti alla giurisdizione di quello Stato". V. anche TAR Umbria, 18 marzo 1999, n. 208.

<sup>76</sup> Regolamento (UE) 2016/399 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2016, che istituisce un codice unionale relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone (codice frontiere Schengen), *GUUE* L 77 del 23 marzo 2016, p. 1 ss., come modificato in ultimo dal regolamento (UE) 2017/458 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 marzo 2017, che modifica il regolamento (UE) 2016/399 per quanto riguarda il rafforzamento delle verifiche nelle banche dati pertinenti alle frontiere esterne, *GUUE* L 74 del 18 marzo 2017, p. 1 ss., art. 6, par. 1 : "Condizioni d'ingresso per i cittadini di paesi terzi. Per soggiorni previsti nel territorio degli Stati membri, la cui durata non sia superiore a 90 giorni su un periodo di 180 giorni, il che comporta di prendere in considerazione il periodo di 180 giorni che precede ogni giorno di soggiorno, le condizioni d'ingresso per i cittadini di paesi terzi sono le seguenti: (...) d) non essere segnalato nel SIS ai fini della non ammissione". Il par. 5, lett. c) dello stesso articolo precisa poi che "I cittadini di paesi terzi che non soddisfano una o più delle condizioni di cui al paragrafo 1 possono essere autorizzati da uno Stato membro ad entrare nel suo territorio per motivi umanitari o di interesse nazionale o in virtù di obblighi internazionali. Qualora il cittadino di paese terzo interessato sia oggetto di una segnalazione di cui al paragrafo 1, lettera d), lo Stato membro che ne autorizza l'ingresso nel suo territorio ne informa gli altri Stati membri".

<sup>77</sup> Per una critica a tale posizione, che però muove da premesse opposte rispetto a quelle seguite nel presente lavoro, v. AMALFITANO, *Segnalazione nel SIS ai fini della non*

Tuttavia alcuni giudici amministrativi, richiesti di valutare in via incidentale la validità dell'iscrizione nel SIS nel contesto di diverse procedure, ad esempio relative a domande di emersione dal lavoro sommerso, o di proroga del permesso di soggiorno, hanno effettuato un controllo di compatibilità fra le norme Schengen e la tutela di diritti fondamentali della persona.

Essi, infatti, hanno da un lato negato la valenza automaticamente ostativa della segnalazione, qualora lo straniero – cui deve essere consentito il pieno esercizio del diritto di difesa – ne dimostri la sostanziale inattendibilità<sup>78</sup>, dall'altro hanno ritenuto essenziale, anche nel caso in cui abbiano negato la propria competenza a valutare il merito della segnalazione, l'indicazione della provenienza della segnalazione e del concreto evento che l'abbia determinata, “in modo che l'interessato possa contestare la riferibilità a sé della segnalazione stessa: *diversamente operando, il sistema Schengen opererebbe in modo completamente derogatorio rispetto agli usuali canoni dello Stato di diritto, facendo prevalere immotivatamente le segnalazioni di polizie straniere ancorché prive di minima concretezza, e nonostante gli elementi di segno contrario rappresentati dagli interessati*”<sup>79</sup>.

Il Consiglio di Stato ha inoltre riconosciuto la necessità di un bilanciamento fra la conseguenza della segnalazione e la lesione di altri diritti fondamentali dell'individuo e dei suoi familiari, come indicato dalla Corte di giustizia<sup>80</sup>, nonché la necessità di instaurare un contraddittorio con lo Stato autore della segnalazione<sup>81</sup>.

*ammissione nello “spazio Schengen”. Profili di incompatibilità comunitaria e di legittimità costituzionale, in Il diritto dell'Unione europea, 2006, p. 489 ss.*

<sup>78</sup> Cons. Stato, sez. VI, 6 aprile 2009, n. 2121: “Sull'amministrazione non gravano oneri istruttori e motivazionali *eccedenti* la provenienza della segnalazione e il concreto evento che l'abbia determinata, tenuto anche conto del fatto che si tratta delle uniche informazioni disponibili, per effetto dei limitati oneri informativi gravanti sui paesi firmatari dell'Accordo di Schengen; con la conseguenza che, in definitiva, risulta onere dello straniero produrre quantomeno un principio di prova in ordine alla estraneità a sé della segnalazione, ovvero alla eventuale erroneità o non rispondenza della stessa alla vigente normativa, mentre, in difetto di siffatta dimostrazione, la semplice verifica dell'esistenza della segnalazione è, alle condizioni sopra indicate, ostativa al rilascio del permesso di soggiorno, fatte salve le limitatissime eccezioni consentite dal diritto europeo e dalla legislazione interna”.

<sup>79</sup> Cons. Stato, sez. VI, 6 aprile 2009, n. 2121, cit., corsivo aggiunto.

<sup>80</sup> Sentenza della Corte del 31 gennaio 2006, causa C-503/03, *Commissione delle Comunità europee contro Regno di Spagna*, cit.

<sup>81</sup> Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), ricorso n. 2953/2014, sentenza del 14 aprile 2016, *Xiaoguang Dai c. Ministero dell'Interno, Questura di Napoli*. La causa ineriva l'annullamento della sentenza del Tribunale Amministrativo della Campania, sede di Napoli, Sezione VI, n. 03890/2013, concernente il diniego di rinnovo

### 6. *Proposte di incremento della collaborazione fra giudici*

L'interpretazione proposta dell'art. 43, primo paragrafo, del reg. 1987/2006, rafforzata dalle previsioni di cui al secondo paragrafo dello stesso articolo, ha dunque trovato un'applicazione piuttosto limitata nella giurisprudenza amministrativa degli Stati partecipanti al sistema Schengen, nonostante l'analisi letterale e teleologica della norma consenta un'interpretazione diversa rispetto a quella prevalente e più restrittiva. Occorre comunque sottolineare come la materia risulti di difficile analisi in concreto, e come la stessa indagine sull'applicazione dell'art. 43 sia complicata dal fatto che non esistano statistiche attendibili e comparabili in materia, nonostante l'espressa previsione di una tale indagine comparativa nel regolamento. Ed infatti le autorità nazionali di protezione dei dati hanno segnalato solo un ristretto numero di casi all'autorità di controllo comune nell'ambito della valutazione dell'applicazione dell'arti-

del permesso di soggiorno per motivi di lavoro subordinato, sulla base della sussistenza a carico del ricorrente di un provvedimento di inammissibilità nei territori dell'area Schengen, emesso dal governo greco in data 21 ottobre 2010 e valido sino al 2013, a seguito di arresto operato dalle autorità greche in data 15 ottobre 2010, in quanto il soggetto era stato ritenuto responsabile dei reati di ingresso e soggiorno illegali e di utilizzo di un titolo di soggiorno falso con successiva espulsione dal territorio di quello Stato (art. 96 CAAS). Il ricorrente aveva fatto valere una serie di elementi, fra cui i vincoli familiari, la presenza di un nucleo costituito da moglie e figli minori, la risalenza della sua presenza in Italia, il mancato ritiro del precedente titolo di soggiorno italiano. Il Consiglio di Stato ha ritenuto fondato il ricorso, osservando che: "Non può infatti essere condiviso l'assunto, espresso dall'Amministrazione e condiviso dal primo giudice, secondo il quale un provvedimento di inammissibilità nei territori dell'area Schengen, emesso dagli organi di uno Stato membro dell'Unione Europea, in questo caso la Repubblica Ellenica comporti necessariamente l'obbligo, per lo Stato nel quale risiede il cittadino extracomunitario, di ritirare il permesso di soggiorno, o di rifiutare il rinnovo. Deve essere rilevato che ai sensi dell'art. 25 della convenzione di Schengen 'qualora una Parte contraente preveda di accordare un titolo di soggiorno ad uno straniero segnalato ai fini della non ammissione, essa consulta preliminarmente la Parte contraente che ha effettuato la segnalazione e tiene conto degli interessi di quest'ultima; il titolo di soggiorno sarà accordato soltanto per motivi seri, in particolare umanitari o in conseguenza di obblighi internazionali. Se il titolo di soggiorno viene rilasciato, la Parte contraente che ha effettuato la segnalazione procede al ritiro di quest'ultima ma può tuttavia iscrivere lo straniero nel proprio elenco delle persone segnalate. Qualora risulti che uno straniero titolare di un titolo di soggiorno in corso di validità rilasciato da una delle Parti contraenti è segnalato ai fini della non ammissione, la Parte contraente che ha effettuato la segnalazione consulta la Parte che ha rilasciato il titolo di soggiorno per stabilire se vi sono motivi sufficienti per ritirare il titolo stesso'. La norma, quindi, non attribuisce affatto un rilievo automatico alla segnalazione, ma consente l'attivazione di un contraddittorio al fine di chiarire il significato della medesima".

colo 111 della CAAS<sup>82</sup>, o all'EDPS e per il suo tramite alla Commissione, così come per la valutazione dell'applicazione dell'art. 43, reg. 1987/2006, in combinato disposto con l'art. 46.

In materia, invece, già un'inchiesta sull'applicazione dell'art. 111 CAAS relativa al periodo 2005-2008 sottolineava la necessità di uno sforzo comune delle autorità nazionali per una maggiore cooperazione, "cruciale per la protezione dei diritti delle persone", sia in occasione della valutazione dell'iscrizione ai sensi della normativa Schengen e delle norme a tutela dei diritti fondamentali della persona, sia in relazione al momento dell'esecuzione della sentenza da parte dello Stato autore della segnalazione.

A noi pare che un incremento della cooperazione tra organi giurisdizionali di Stati diversi costituisca elemento essenziale per consentire di sfruttare appieno le potenzialità applicative dell'art. 43. La cooperazione amministrativa nel sistema di Schengen è già regolata (è previsto lo scambio di informazioni tramite gli uffici SIRENE e riconosciuto il ruolo del garante europeo della protezione dei dati che, insieme alle autorità nazionali di vigilanza interessate, agisce come mediatore, quando due Stati membri abbiano posizioni diverse in relazione ad una segnalazione), sebbene in concreto anche questo tipo di collaborazione non risulti particolarmente attuato. In ogni caso, nella proposta di modifica del regolamento SIS II è stata suggerita una revisione della cooperazione amministrativa, al fine di incrementarne l'efficacia.

Al contrario, nel regolamento non esistono disposizioni esplicite in materia di cooperazione giudiziaria, sebbene alcune indicazioni possano rinvenirsi nelle proposte della dottrina e nelle raccomandazioni dell'Autorità di controllo Schengen, anche alla luce di indicazioni già rinvenibili nel regolamento e nella proposta di revisione dello stesso.

#### *6.1. Pubblicazione dei criteri nazionali per l'inserimento delle segnalazioni*

Un elemento preliminare concerne la diffusione di una maggiore conoscenza e più forte armonizzazione dei criteri nazionali che motivano l'inserimento di una segnalazione, mediante la pubblicazione delle motivazioni nazionali per l'inserimento nel *database*, da pubblicare nella Gazzetta Ufficiale dell'UE, o da presentare periodicamente alla Com-

<sup>82</sup> Report by the Joint Supervisory Body of Schengen, Relating to an inquiry into the implementation of Article 111 of the Schengen Agreement Implementing Arrangement (SCHAC 2502/08 of 18 February 2008)

missione europea<sup>83</sup>. Occorre peraltro ricordare come l'art. 24, par. 5, del regolamento SIS II conferisca alla Commissione europea poteri specifici proprio "al fine di raggiungere un livello più elevato di armonizzazione dei criteri di inserimento delle segnalazioni", attraverso l'esercizio del diritto di iniziativa in conformità del trattato, presentando a tal fine le proposte necessarie, a seguito del riesame triennale dell'applicazione delle condizioni nazionali per la segnalazione ai fini del rifiuto di ingresso o di soggiorno.

#### 6.2. Incremento della cooperazione fra giudici di Stati partecipanti diversi: il rinvio pregiudiziale transnazionale

Ugualmente è stata suggerita l'introduzione di un meccanismo di *question préjudicielle transnationale*<sup>84</sup>, conosciuta negli ordinamenti di alcuni Stati membri<sup>85</sup>, che arricchisca sul piano orizzontale la cooperazione tra i tribunali di diversi Stati membri, laddove la relazione verticale continuerebbe ad esistere tra loro e la Corte di giustizia. Secondo questa proposta, i tribunali nazionali potrebbero presentare domande ai giudici di altri Stati membri sul significato e sul contenuto della loro legislazione nazionale. Nello stesso senso si è anche pronunciato lo *Standing Committee of Experts on International Immigration, Refugee and Criminal Law* nel proprio *evidence* presentato nel 2006 davanti alla *House of Lords* in cui, sottolineando la possibile incapacità dei giudici nazionali

<sup>83</sup> PEERS, *Key Legislative Developments on Migration in the European Union: SIS II*, in *European Journal of Migration and Law*, 2008, p. 77 ss., a p. 102.

<sup>84</sup> GAUTIER, *Acte administratif transnational et droit de l'Union européenne*, in AUBY, DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (sous la direction de), in *Droit Administratif Européen*, deuxième édition, Bruxelles, 2014, p. 1303 ss., spec. p. 1310 ss.; ID., *Le dépassement du caractère national de la juridiction administrative française: le contentieux Schengen*, in *Droit administratif*, n. 5, mai 2005, p. 7 ss.

<sup>85</sup> Nell'ordinamento francese, v. CE, 4 mai 1934, *Sieur Vecchini* (in cui, in relazione ad una controversia relativa a servizi diplomatici e consolari francesi all'estero, il giudice francese ha effettuato un rinvio pregiudiziale ad un giudice straniero). V. anche CE, 27 octobre 2000, *Bfg Bank Luxembourg*, req. n. 172350 in cui, nell'ambito di una questione relativa alla definizione della competenza del giudice amministrativo francese a conoscere di un ricorso di validità di un atto amministrativo presentato su questione pregiudiziale di un giudice svizzero, il giudice amministrativo francese si è dichiarato competente a rispondere al quesito: "En l'absence de stipulation contraire de la convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, pour les Etats membres de la communauté économique européenne ou de l'Association européenne de libre échange, signée à Lugano le 16 septembre 1988 et entrée en vigueur entre la France et la Suisse le 1er juillet 1992, le tribunal administratif de Rennes pouvait se prononcer sur les conclusions en appréciation de validité dont il était saisi".

“to assess the lawfulness of a foreign decision when dealing with a third country national whose entry or visa has been refused on the basis of a SIS alert”, anche a casua della mancanza di criteri armonizzati per l’ingresso delle persone nel SIS II, suggerisce di estendere la competenza dei tribunali nazionali a trasmettere procedimenti preliminari alla Corte di giustizia. Un simile meccanismo potrebbe consentire alla Corte di chiarire i criteri applicabili e di valutare la necessità e la proporzionalità delle misure poste in essere<sup>86</sup>.

Naturalmente la proposta è speculativa, e la sua concreta realizzazione sarebbe tutta da immaginare, potendo scontrarsi con problemi pratici ed organizzativi, sebbene anche con riferimento a tali profili non siano mancate proposte. Ad avviso di alcuni autori<sup>87</sup>, ad esempio, siffatto sistema di richieste preliminari da parte dei tribunali nazionali potrebbe essere completato con l’istituzione di un punto di coordinamento specializzato all’interno del sistema giudiziario in ciascuno Stato membro, sul modello degli uffici SIRENE ma a livello di giurisdizione, che assicurerebbe una trattazione tempestiva ed efficiente di ogni richiesta di un tribunale straniero che si occupi di una segnalazione SIS, nel rispetto di precisi limiti temporali che consentano di fornire una rapida risposta da parte delle autorità coinvolte. L’organizzazione della rete SIRENE per un uso coordinato del SIS dimostra che gli Stati membri sono stati in grado di risolvere questi problemi nel campo dell’esercizio di poteri esecutivi. La Decisione di esecuzione della Commissione riguardante il Manuale SIRENE contiene indicazioni dettagliate in merito a tale collaborazione<sup>88</sup>. Rispetto a dati contenenti errori di fatto o diritto scoperti da uno Stato partecipante diverso da quello che ha emesso la segnalazione la decisione dispone ad esempio, richiamando gli articoli 34 del regola-

<sup>86</sup> Meijers Committee (Standing Committee of Experts on International Immigration, Refugee and Criminal Law), 11 October 2006, in House of Lords, Schengen Information System II (SIS II) - Evidence, p. 16 s.: “Another problem is caused by the fact that national courts do not always find themselves competent. This problem is also due to the lack of harmonised criteria for entering persons into SIS II. One of the solutions to this problem could be to extend the competence of national courts to forward preliminary proceedings to the ECJ. This could enable the Court to clarify the applicable criteria and to assess the necessity and proportionality of the measures involved”.

<sup>87</sup> BROUWER, *Digital Borders and Real Rights: Effective Remedies for Third-Country Nationals in the Schengen information System*, Leiden-Boston, 2008, ID., *The Other Side of Moon. The Schengen Information System and Human Rights: A Task for National Courts*, 2008, disponibile online.

<sup>88</sup> 2013/115/UE, Decisione di esecuzione della Commissione, del 26 febbraio 2013, riguardante il manuale Sirene e altre disposizioni di attuazione per il sistema d’informazione Schengen di seconda generazione (SIS II), *GUUE* L 71 del 14 marzo 2013, p. 1ss.

mento SIS II<sup>89</sup> e 49 della decisione SIS II, che “se i dati contengono errori di fatto o sono stati archiviati illecitamente nel SIS II, le informazioni supplementari sono scambiate a norma dell’articolo 34, paragrafo 2, del regolamento SIS II e dell’articolo 49, paragrafo 2, della decisione SIS II, per cui solo lo Stato membro che ha effettuato la segnalazione è autorizzato a modificare, completare, rettificare, aggiornare o cancellare i dati. Lo Stato membro che ha scoperto che i dati contengono un errore o sono stati archiviati illecitamente ne informa quanto prima lo Stato membro segnalante tramite il proprio ufficio Sirene ed entro dieci giorni dacché è in possesso degli elementi che dimostrano l’errore. In funzione dell’esito delle consultazioni, lo Stato membro segnalante può essere tenuto a a) cancellare o rettificare i dati in conformità delle procedure nazionali per la rettifica della voce in questione. b) Se entro due mesi non si giunge a un accordo, l’ufficio Sirene dello Stato membro che ha constatato l’errore o l’archiviazione illecita dei dati ne informa l’autorità nazionale abilitata a sottoporre la questione al garante europeo della protezione dei dati, il quale, insieme alle autorità nazionali di controllo interessate, agisce in qualità di Mediatore”<sup>90</sup>. La decisione disciplina anche le modalità di scambio di informazioni fra autorità nazionali quando la richiesta di rettifica o cancellazione dei dati provenga dal soggetto interessato, sul presupposto che solo lo Stato membro segnalante possa procedere alla rettifica o alla cancellazione. È anche espressamente considerata l’ipotesi in cui l’interessato si rivolga a uno Stato membro diverso da quello segnalante: in tal caso la decisione dispone che l’ufficio SIRENE dello Stato membro che abbia ricevuto la richiesta informi l’omologo dello Stato membro segnalante, applicandosi per lo scambio delle informazio-

<sup>89</sup> Rispetto all’ipotesi di disaccordo sulla segnalazione, per la quale attualmente è prevista la sottoposizione della questione al Garante europeo della protezione dei dati, il quale, insieme alle autorità nazionali di controllo interessate, agisce in qualità di mediatore, si veda però la modifica ipotizzata dalla Proposta regolamento COM(2016) 882: “Art. 39, par. 3: “Se uno Stato membro diverso da quello che ha effettuato la segnalazione è in possesso di elementi che dimostrano che detti dati contengono errori di fatto o sono stati archiviati illecitamente, ne informa quanto prima, tramite scambio di informazioni supplementari ed entro dieci giorni dacché è in possesso di detti elementi, lo Stato membro segnalante. Lo Stato membro segnalante verifica la comunicazione e, se necessario, rettifica o cancella senza indugio i dati in questione. Se, entro due mesi dal momento in cui sono emersi gli elementi [relativi a errori di fatto o ad archiviazioni illecite] ai sensi del paragrafo 3, gli Stati membri non giungono a un accordo, lo Stato membro che non ha effettuato la segnalazione *sottopone la questione all’autorità nazionale di controllo affinché prenda una decisione*” (corsivi aggiunti).

<sup>90</sup> Decisione 2013/115/UE, cit., punto 2.7.

ni la stessa procedura prevista con riferimento alle richieste di accesso a segnalazioni inserite da altri Stati membri<sup>91</sup>.

Premesso l'auspicio di un'interpretazione pregiudiziale da parte della Corte di giustizia in ordine alla portata dell'art. 43 regolamento SIS II, e prescindendo dalle concrete modalità di realizzazione di una collaborazione fra giudici di Stati membri diversi in materia, a noi pare che il completamento di un'integrazione giurisdizionale orizzontale (già avviata con riferimento al riconoscimento delle sentenze in materia civile e commerciale – v. in ultimo il regolamento (UE) n. 1215/2012<sup>92</sup>, e con il mandato di arresto europeo<sup>93</sup>), costituisca un elemento irrinunciabile e, nel lungo termine, “*ineluctable*”<sup>94</sup>. Non è questa la sede per analizzare questo aspetto, ma a nostro avviso proprio l'esistenza e il crescente rafforzamento di procedure, normative e meccanismi che integrino diritto nazionale e diritto sovranazionale dovrebbero condurre ad un ripensamento complessivo dell'istituto del rinvio pregiudiziale, anche sul versante “verticale”, introducendo la possibilità di un rinvio pregiudiziale dal giudice di Lussemburgo a quelli nazionali<sup>95</sup>. L'assenza di uno strumento di rinvio pregiudiziale di tipo orizzontale fra giudici di Stati membri e di tipo verticale bilaterale, che comprenda anche un rinvio dalla Corte di giustizia ai giudici nazionali è stata del resto evidenziata anche dalla Corte di giustizia dell'Unione<sup>96</sup>. L'avvocato generale Kokott ha infatti rimarcato che, sebbene l'interpretazione del diritto interno non ri-

<sup>91</sup> Decisione 2013/115/UE, cit., punto 2.8.3.

<sup>92</sup> Regolamento (UE) n. 1215/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2012, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, *GUUE* L 351 del 20 dicembre 2012, p. 1 ss.

<sup>93</sup> Decisione quadro 2002/584/GAI.

<sup>94</sup> DUMAS, *L'accès des ressortissants des pays tiers au territoire des États membres de l'Union européenne*, Bruxelles, 2013.

<sup>95</sup> Si pensi ad esempio al nuovo meccanismo di vigilanza unico del settore bancario istituito, sulla base dell'art. 127, par. 6 TFUE, dal Regolamento (UE) n. 1024/2013, che attribuisce alla BCE l'inedito compito di applicare la legislazione nazionale di recepimento di direttive o di esercizio di opzioni riconosciute da regolamenti UE in materia di vigilanza prudenziale degli enti creditizi (art. 4, par. 3, regolamento (UE) n. 1024/2013). Tale meccanismo potrebbe porre questioni mai prima sperimentate all'attenzione della Corte di giustizia. Si veda WITTE, *The Application of National Banking Supervision Law by the ECB: Three Parallel Modes of Executing EU Law*, in *Maastricht journal of European and comparative law*, 2014, p. 89 ss.

<sup>96</sup> Conclusioni dell'avvocato generale Kokott del 27 gennaio 2011, causa C-263/09 P, *Edwin Co. Ltd contro Ufficio per l'armonizzazione nel mercato interno (marchi, disegni e modelli)* (UAMI). V. anche conclusioni dell'avvocato generale Kokott, presentate il 27 febbraio 2014, causa C-531/12 P, *Commune de Millau e Société d'économie mixte d'équipement de l'Aveyron (SEMEA) c. Commissione europea*.

cada nella competenza della Corte di giustizia, comunque davanti al giudice sovranazionale potrebbero presentarsi questioni concernenti il contenuto e l'interpretazione del diritto interno, che la Corte di giustizia potrebbe essere chiamata ad analizzare quali questioni preliminari. In siffatte ipotesi, comunque, il diritto interno (a differenza del diritto internazionale che può essere parte integrante del diritto dell'Unione) non acquisisce carattere di diritto dell'Unione. Rispetto a tali circostanze l'AG ha evidenziato come non esistano, allo stato, strumenti specifici "a disposizione dei giudici dell'Unione finalizzati all'individuazione del contesto normativo nazionale pertinente ad una fattispecie determinata. Il diritto dell'Unione non prevede, quale *pendant* alla domanda di pronuncia pregiudiziale, il ricorso a giudici nazionali superiori ovvero ad altre autorità nazionali ai fini del chiarimento vincolante di una specifica situazione di diritto nazionale. Parimenti non è prevista dal diritto processuale dell'Unione (...) la sospensione obbligatoria del procedimento e l'attribuzione alle parti della facoltà di ricorrere ai giudici di uno Stato membro e di ottenere da essi, tramite un'azione di accertamento, un chiarimento della situazione di diritto. Ai giudici dell'Unione e, a maggior ragione, alle autorità incaricate dell'applicazione del diritto dell'Unione dovrebbe risultare, per ovvie ragioni, di gran lunga più difficile individuare correttamente il diritto interno applicabile ad un determinato fatto piuttosto che valutare il caso nei suoi aspetti di diritto dell'Unione. Vero è che l'art. 24, n. 2, dello Statuto [della Corte di giustizia] consente in generale alla Corte (...) '[di] richiedere [agli Stati membri] tutte le informazioni che ritenga necessarie ai fini [di un] processo', ma, da un lato, tale disposizione non soccorre ulteriormente laddove la Corte si trova alle prese con il diritto interno di uno Stato non membro dell'Unione europea, dall'altro, un'informativa (...) non può peraltro ritenersi equivalente ad un chiarimento vincolante della situazione di diritto espresso da un giudice su un determinato fatto"<sup>97</sup>.

È stato detto che "*the real challenge of the EU legal system is to*

<sup>97</sup> Conclusioni dell'avvocato generale Kokott del 27 gennaio 2011, causa C-263/09 P, *Edwin Co.*, cit., punti 49 ss. La causa concerneva una controversia tra la società Edwin Co. Ltd., e il signor Elio Fiorucci, vertente sulla questione di chi sia il titolare del marchio denominativo comunitario Elio Fiorucci. Il resistente invocava norme del diritto italiano che gli avrebbero attribuito in via esclusiva il diritto di registrare il marchio controverso sulla base delle previsioni di cui all'art. 52, par. 2 del regolamento (CE) n. 40/94 del Consiglio del 20 dicembre 1993 sul marchio comunitario, vigente all'epoca dei fatti secondo cui, ai fini della derivazione del diritto al nome in conflitto con l'uso del marchio, il marchio comunitario è dichiarato nullo se la sua utilizzazione può essere vietata in virtù di un altro diritto anteriore (nella specie il diritto al nome) secondo il diritto nazionale che ne disciplina la protezione.

*find ways to adapt the means of judicial supervision to the emerging reality of an integrated administration”*<sup>98</sup>. L’auspicio è che le opzioni interpretative proposte possano introdurre prime possibili risposte, almeno nello specifico campo dello Schengen Information System.

<sup>98</sup> HOFMANN, *Composite Decision Making Procedures in EU Administrative Law*, in HOFMANN, TURK, *Legal Challenges in EU Administrative Law*, Cheltenham, Northampton, 2009, p. 136 ss., a p. 157.



# IL TRATTENIMENTO DEI MIGRANTI ALL'EPOCA DELL'EMERGENZA: MISURA ECCEZIONALE O (QUASI) REGOLA?

Rossana PALLADINO\*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La normativa europea sul trattenimento improntata al criterio dell'eccezionalità: le disposizioni contenute nella direttiva rimpatri e nella direttiva accoglienza. – 3. La concreta applicazione del trattenimento all'epoca dell'emergenza. – 3.1. Il trattenimento dei richiedenti protezione internazionale per motivi di “sicurezza nazionale o di ordine pubblico”. – 3.2. L'ampliamento dell'ambito di applicazione *ratione personae* del trattenimento *ex art. 15* della direttiva rimpatri. – 3.3. Le criticità legate alla nozione di “rischio di fuga”. – 4. Privazione della libertà personale e “automatismi” anche nella più recente esperienza *Hotspot*: considerazioni conclusive.

## 1. Introduzione

È noto che, attraverso la previsione dell'istituto del “trattenimento”, nell'ordinamento dell'Unione europea (UE) abbiano trovato disciplina differenti forme di “detenzione amministrativa” dei migranti già largamente in uso negli Stati membri quali strumenti per preservare la sicurezza interna impedendo che, soprattutto nei casi di flussi di massa, stranieri dei quali non si conoscono le attitudini possano mettere in pericolo l'ordine pubblico e la sicurezza dei cittadini<sup>1</sup>.

\* Ricercatore a t.d. di Diritto dell'Unione europea e Responsabile del Jean Monnet Module “Asylum-Seekers Protection under Evolution” - Dipartimento di Scienze Giuridiche (Scuola di Giurisprudenza), Università degli Studi di Salerno.

<sup>1</sup> In generale, in relazione alle difficoltà nel contemperare l'esigenza di controllo delle frontiere nazionali con il rispetto dei diritti umani e all'incidenza di questi ultimi sulla definizione dello *status* di straniero, si veda NASCIBENE, *Lo straniero nel diritto internazionale*, Milano, 2013, nonché PISILLO MAZZESCHI, *The Relationship Between Human Rights and the Right of Aliens and Immigrants*, in FASTERNATH, GEIGER, KHAN, PAULUS, VON SCHORLEMER, VEDDER (eds.), *From Bilateralism to Community Interest. Essay in Honour of Judge Bruno Simma*, Oxford, 2011, 552-573; PALMISANO, *Trattamento dei migranti clandestini e rispetto degli obblighi internazionali sui diritti umani*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2009, pp. 509-539; V. CHETAIL, *Migration, Droits de l'Homme et Souveraineté: le Droit International dans tous les États*, in ID.

Nella scelta della loro formulazione, le previsioni adottate a livello di Unione europea mostrano la diretta influenza esercitata da molteplici strumenti giuridici internazionali che, in vario modo, vincolano o semplicemente orientano la discrezionalità degli Stati nell'accordare tutela alla libertà personale e, di conseguenza, nel consentire in maniera del tutto residuale la privazione della libertà stessa. Il riferimento è, in particolare, agli strumenti giuridici "hard" quali l'art. 9 del Patto internazionale sui diritti civili e politici e gli artt. 26 e 31 della Convenzione di Ginevra<sup>2</sup>, nonché ai principi elaborati, ad esempio, in seno allo *Human Rights Committee* delle Nazioni Unite, alle Linee Guida del *Working Group on Arbitrary Detention* e a quelle dello *Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants*.

Circoscrivendo l'attenzione al contesto regionale europeo, non può non prestarsi particolare attenzione all'art. 5, par. 1, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) che sancisce il diritto di "ogni persona" alla libertà e alla sicurezza, in termini che corrispondono a quelli impiegati dall'art. 6 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Quale una delle ipotesi di deroga consentite, l'art. 5, par. 1 lett. f) della CEDU contempla specificamente «l'arresto o (...) la detenzione regolare di una persona per impedirle di entrare illegalmente nel territorio oppure di una persona contro la quale è in corso un procedimento di espulsione o estradizione».

In tale contesto rilevano, peraltro, i "criteri guida" elaborati dalla Corte di Strasburgo in ordine al divieto di "arbitrarietà" della detenzione, ritenuto *ratio* ispiratrice e scopo ultimo del parametro convenzionale in

(ed.), *Mondialisation, migration et droits de l'homme: le droit international en question*, vol. II, Brussels, 2007, p. 13 ss. Per una ricostruzione delle normative sulla detenzione amministrativa vigenti negli Stati europei prima della direttiva rimpatri, NASCIMBENE (ed.), *Expulsion and detention of aliens in the European Countries*, Milano, 2001.

<sup>2</sup> Ai sensi dell'art. 9, par. 1, del Patto internazionale sui diritti civili e politici "Ogni individuo ha diritto alla libertà o alla sicurezza della propria persona. Nessuno può essere arbitrariamente arrestato o detenuto. Nessuno può essere privato della propria libertà, se non per i motivi e secondo la procedura previsti dalla legge". Anche la Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo afferma il diritto "alla libertà ed alla sicurezza della propria persona" (art. 3) e che "Nessun individuo potrà essere arbitrariamente arrestato, detenuto o esiliato" (art. 9). Con riferimento specifico ai rifugiati, l'art. 26 della Convenzione di Ginevra del 1951 sancisce il "Diritto di libero passaggio", laddove l'art. 31 prescrive agli Stati contraenti di non applicare "sanzioni penali, a motivo della loro entrata o del loro soggiorno illegali, contro i rifugiati che giungono direttamente da un territorio in cui la loro vita o la loro libertà erano minacciate". Tuttavia, l'art. 31 della Convenzione di Ginevra non proibisce del tutto il ricorso alla detenzione dei rifugiati, ammettendone esso stesso il ricorso. Più approfonditamente, si rinvia *infra*, *sub* nota n. 17.

esame. Dalla lettera dell'articolo 5, par. 1, CEDU emerge, in primo luogo, che ogni privazione della libertà personale deve essere «legittima», oltre a dover rientrare in una delle ipotesi eccezionali contemplate nei sottoparagrafi identificati dalle lettere da a) a f). Per stabilire la sussistenza dei crismi di “legalità” della detenzione, ivi compresa la questione se sono stati rispettati i “modi prescritti dalla legge”, il testo della Convenzione europea essenzialmente rinvia alle prescrizioni, di tipo sostanzial-procedurale, degli ordinamenti nazionali, cui le autorità nazionali hanno l'obbligo di conformarsi<sup>3</sup>.

Tuttavia, nell'elaborazione giurisprudenziale sviluppata dai giudici di Strasburgo, il rispetto delle disposizioni di diritto interno è considerato quale elemento necessario ma di per sé non sufficiente, atteso che la conformità all'art. 5, par. 1, CEDU esige anche che ogni privazione della libertà sia in armonia con il suddetto obiettivo di proteggere l'individuo dall'arbitrarietà della misura restrittiva<sup>4</sup>. La Corte di Strasburgo ha, dunque, riconnesso all'art. 5, par. 1, il rispetto di un principio fondamentale che «*va al di là della mancanza di conformità al diritto nazionale, di modo che una privazione della libertà può essere regolare secondo il diritto interno e nello stesso tempo arbitraria, e quindi contraria alla Convenzione*»<sup>5</sup>. Un principio ancorato al concetto di “arbitrarietà”, la cui definizione è ricavabile dalla casistica giurisprudenziale e che la stessa Corte europea dei diritti dell'uomo, ad esempio, ritiene sussistente laddove, pur stante la conformità alle prescrizioni del diritto nazionale, sia individuabile un elemento di mala fede o di inganno da parte delle autorità<sup>6</sup>, oppure quando la privazione della libertà esorbita lo scopo della norma o, infine, allorché i luoghi e le condizioni della detenzione non siano appropriati<sup>7</sup>.

<sup>3</sup> *Case of Amuur v. France*, Application n. 19776/92, Judgement 25 June 1996, par. 50; *case of Abdolkhani and Karimnia v. Turkey*, Application n. 30471/08, Judgement 22 September 2009, par. 130.

<sup>4</sup> *Case of Saadi v. United Kingdom*, Application n. 13229/03, Judgement 29 January 2008, par. 67; *case of Witold Litwa v. Poland*, Application n. 26629/95, Judgement 4 April 2000, par. 78; *case of Chahal v. United Kingdom*, Application n. 22414/93, Judgement 15 November 1996, par. 118; *case of Amuur v. France*, cit., par. 50; *case of Winterwerp v. The Netherlands*, Application n. 6301/73, Judgement 24 October 1979, par. 37; *case of R.U. v. Greece*, Application n. 2237/08, Judgement 7 June 2011, par. 90.

<sup>5</sup> *Case of Saadi v. United Kingdom*, cit., par. 67.

<sup>6</sup> In tal senso, si veda, per esempio, *case of Bozano v. France*, Application n. 9990/82, 18 December 1986, par. 54; *case of Čonka c. Belgio*, Application n. 51564/99, Judgement 5 February 2002, par. 39; *case of Chahal v. United Kingdom*, par. 118.

<sup>7</sup> Cfr. *case of Saadi v. United Kingdom*, cit., nonché *case of Yoh-Ekale Mwanje v. Belgium*, Application n. 10486/10, 20 December 2011, parr. 117-19 e *case of Ge-*

Sulla lettera f) dell'art. 5 della CEDU si è, dunque, formata un'ampia giurisprudenza della Corte di Strasburgo<sup>8</sup> che va tenuta in particolare conto nell'interpretazione e nell'applicazione delle norme sul trattenimento contenute nella direttiva 2008/115/CE e nella direttiva 2013/33/UE, che saranno oggetto di analisi in questo scritto, allo scopo di valutarne la corretta applicazione del trattenimento quale misura "eccezionale" rispetto alla regola che sancisce il diritto alla libertà di tutte le persone, ivi compresi i migranti.

## 2. La normativa europea sul trattenimento improntata al criterio dell'eccezionalità: le disposizioni contenute nella direttiva rimpatri e nella direttiva accoglienza

Analizzando nello specifico la normativa dell'Unione europea, è possibile individuare un doppio regime del "trattenimento" affidato alle disposizioni contenute nella direttiva 2008/115/CE (cd. direttiva rimpatri)<sup>9</sup> e nella direttiva 2013/33/UE (cd. direttiva accoglienza)<sup>10</sup>, le una re-

*bremedhin (Gaberamadhien) v. France*, Application n. 25389/05, 26 April 2007, par. 74.

<sup>8</sup> Su cui sia consentito rinviare a PALLADINO, *La tutela dei migranti e dei richiedenti protezione internazionale*, in DI STASI (a cura di), *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2010-2015)*, Vicenza, pp. 167-203.

<sup>9</sup> Direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2008, *recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare*, in GUUE L 348 del 24 dicembre 2008, p. 98, sulla quale si vedano BALDACCINI, *The Return and Removal of Irregular Migrants under EU Law: An Analysis of the Returns Directive*, in *European Journal of Migration & Law*, 2009, n. 1, pp. 1-17; LIGUORI, *La direttiva rimpatri*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 2011, n. 2, pp. 135-154; BORRACCETTI, *Il rimpatrio di cittadini irregolari: armonizzazione (blanda) con attenzione (scarsa) ai diritti delle persone*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2010, n. 1, pp. 17-41; FAVILLI, *La direttiva rimpatri ovvero la mancata armonizzazione dell'espulsione dei cittadini di paesi terzi*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2009, n. 2, pp. 1-10; LE BARBIER-LE BRIS, *La politique de retour de l'Union Européenne*, in LECLERC (dir.), *Europe(s), droit(s) et migrant irrégulier*, Bruxelles, 2012; CARLIER, *La «directive-retour» et le respect des droits fondamentaux*, in *L'Europe des libertés*, 2008, n. 26, pp. 13-20; ZWANN (ed.), *The Returns Directive: Central Themes, Problem Issues, and Implementation in Selected Member States*, Nijmegen, 2011, *passim*; SCHIEFFER, *Directive 2008/115/CE of the European Parliament and of the Council of 16 December 2008 on Common Standards and Procedures in Member States for Returning Illegally Staying Third Country Nationals*, in HAILBRONNER (ed.), *Commentary on EU Regulation and Directives*, Munich, 2010, p. 1511 ss. Basata sull'allora art. 63, par. 3, lett. b) del Trattato della Comunità europea (TCE) – poi divenuto, a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, l'art. 79,

lative al trattenimento di cittadini di paesi terzi sottoposti a procedure di rimpatrio al fine di preparare il rimpatrio e/o effettuare l'allontanamento, le altre concernenti il "confinamento" dei richiedenti protezione internazionale in casi specificamente previsti. In entrambe le ipotesi, la previsione del trattenimento è strutturata quale misura di *ultima ratio* ovvero alla quale ricorrere soltanto in via "eccezionale".

Nell'ambito della direttiva 2008/115/CE, l'istituto del trattenimento, in quanto misura fortemente limitativa della libertà personale, è corredato dalla previsione di una serie di requisiti che dovrebbero circoscriverne il ricorso da parte delle autorità nazionali, oltre che da garanzie atte a tutelare la posizione di coloro che ne sono soggetti. Il primo profilo assume rilievo nel considerando n. 16 della direttiva rimpatri che invoca il ricorso al trattenimento ai fini dell'allontanamento come strumento «*limitato e subordinato al principio di proporzionalità con riguardo ai mezzi impiegati e agli obiettivi perseguiti*», ritenendolo validamente "giustificato" «*soltanto per preparare il rimpatrio o effettuare l'allontanamento e se l'uso di misure meno coercitive è insufficiente*». Tali elementi trovano, poi, riscontro e precisazione nell'articolo 15, par. 6, della medesima direttiva, che specifica che «*Salvo se nel caso concreto possono essere efficacemente applicate altre misure sufficienti ma meno coercitive, gli Stati membri possono trattenere il cittadino di un paese terzo sottoposto a procedure di rimpatrio soltanto per preparare il*

par. 2, lett. c), del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea (TFUE) – è noto che la direttiva 2008/115/CE, nell'affrontare aspetti particolarmente delicati e centrali delle politiche migratorie degli Stati membri, abbia consegnato un testo "di compromesso", che è stato particolarmente foriero di critiche, anche piuttosto aspre, incentrate sulla effettiva capacità dello strumento giuridico adottato di porsi quale giusto punto di equilibrio tra le logiche statuali e la tutela dei diritti fondamentali e della dignità dei migranti. In particolare sulle fasi di negoziazione e di proposta della direttiva, si veda ACOSTA ARCARAZO, *The good, the bad and the ugly in EU migration law: is the European Parliament becoming bad and ugly? (The adoption of directive 2008/15: the Returns Directive)*, in *European Journal of Migration & Law*, 2009, n. 1, pp. 19-39; NASCIBENE, *Il "libro verde" della Commissione su una politica comunitaria di rimpatrio degli stranieri irregolari: brevi rilievi*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2003, n. 2, pp. 445-449; LUTZ, *The Negotiations on the Return Directive: comments and materials*, Nijmegen, 2010.

<sup>10</sup> Direttiva 2013/33/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, *recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale*, in GUUE L 180 del 29.6.2013, pp. 96-116. Ai sensi dell'art. 32, la direttiva ha abrogato la precedente disciplina contenuta nella direttiva 2003/9/CE. Il 13 luglio 2016, la Commissione europea ha presentato una proposta di modifica della direttiva accoglienza, (COM(2016) 465 final) nell'ambito delle riforme strutturali del quadro europeo in materia di asilo e migrazione.

*rimpatrio e/o effettuare l'allontanamento, in particolare quando: a) sussiste un rischio di fuga o b) il cittadino del paese terzo evita od ostacola la preparazione del rimpatrio o dell'allontanamento».*

Inoltre, il trattenimento deve avere durata “quanto più breve possibile” e comunque non può prolungarsi oltre un termine massimo di 6 mesi (seppure prorogabile per altri 12 mesi)<sup>11</sup>. Attraverso la previsione di una durata massima la normativa europea persegue lo scopo di limitare la privazione della libertà dei cittadini di paesi terzi in situazione di allontanamento coattivo, come peraltro sottolineato dalla Corte di giustizia dell'Unione europea nella pronuncia relativa al caso *Kadzoev*<sup>12</sup>, ove si è pure precisato che il periodo di trattenimento subito dalla persona interessata durante il procedimento di verifica giurisdizionale della legittimità della decisione di allontanamento deve essere preso in considerazione ai fini del calcolo della durata massima del trattenimento di cui all'art. 15, nn. 5 e 6, della direttiva 2008/115. D'altro canto, in ipotesi contraria, la durata del trattenimento ai fini dell'allontanamento potrebbe variare, anche considerevolmente, da un caso all'altro in uno stesso Stato membro oppure da uno Stato membro all'altro, a seconda delle particolarità e delle specifiche circostanze delle procedure giudiziarie nazionali, il che contrasterebbe con la finalità perseguita dall'art. 15, nn. 5 e 6, della direttiva 2008/115/CE, che consiste nel garantire una comune durata massima del trattenimento negli Stati membri. Peraltro, tale previsione può essere letta quale elemento di innalzamento degli standard di protezione dei diritti fondamentali dei migranti offerti dal sistema CEDU, atteso che la Corte di Strasburgo ha chiarito che *«the existence of otherwise of fixed time-limits cannot be considered in the abstract but should instead be viewed in the context of the immigration detention system taken as a whole»*<sup>13</sup>. Se ne deduce, *in primis*, che a siffatta omissione ne vanno associate delle altre, quali ad esempio la mancata previsione, da

<sup>11</sup> Tra le criticità sollevate dalla direttiva rimpatri, si evidenzia che ai 12 mesi di proroga si può ricorrere anche qualora non vi sia nessun elemento di lungaggine “addebitabile” al comportamento del soggetto interessato: tale è, in particolare, l'ipotesi contenuta nella lett. b) del par. 6 dell'articolo 15 che consente che il trattenimento sia prorogato in considerazione di ritardi nell'ottenimento della necessaria documentazione dai paesi terzi. Dalla disposizione traspare, allora, la preferenza accordata all'interesse statale a realizzare l'allontanamento del cittadino di un paese terzo, rispetto alla sua libertà personale che può essere limitata per un periodo complessivo di ben 18 mesi.

<sup>12</sup> Sentenza del 30 novembre 2009, causa C-357/09 PPU, *Kadzoev*, ECLI:EU:C:2009:741, par. 56.

<sup>13</sup> In ultimo attraverso una recente pronuncia di maggio 2016 relativa all'art. 5, par. 1, lett. f) della CEDU. Cfr. case of *J.N. v. United Kingdom*, Application n. 37289/12, Judgement 19 May 2016, par. 92.

parte della legislazione statale, di procedure chiare per l'applicazione della misura detentiva, per la sua estensione e per la sua revisione, anch'essi elementi essenziali ad assicurare la "lawfulness" della misura restrittiva della libertà di un cittadino di un paese terzo. Il che comporta che la fissazione di un periodo massimo di detenzione non rappresenta, di per se stesso, un requisito rientrante nella "qualità della norma".

Per quanto concerne le disposizioni contenute nella direttiva accoglienza (in particolare, l'art. 8) – che persegue, tra gli altri, l'obiettivo di introdurre norme che siano sufficienti a garantire ai richiedenti protezione internazionale «un livello di vita dignitoso e condizioni di vita analoghe in tutti gli Stati membri»<sup>14</sup> – l'art. 2 definisce il trattenimento quale «confinamento del richiedente, da parte di uno Stato membro, in un luogo determinato, che lo priva della libertà di circolazione»<sup>15</sup>.

Il termine "trattenimento", letto congiuntamente all'ultima parte della definizione contenuta nell'art. 2 citato, induce a ritenere che l'unica forma di limitazione ammissibile sia quella alla libertà di circolazione dei richiedenti protezione internazionale. Invero, nel corpo delle disposizioni, il "confinamento" viene ad essere disciplinato quale vera e propria forma di privazione della libertà personale, atteso che i richiedenti protezione internazionale non sono liberi di uscire o di lasciare il luogo deputato al trattenimento. Siffatta impostazione è, peraltro, confermata dalla previsione di una sorta di meccanismo "sanzionatorio" ricollegato all'atto dell'abbandono del luogo preposto per il trattenimento. In specie, l'art. 28, par. lett. b) della 2013/32/UE (cd. "direttiva procedure")<sup>16</sup> ammette che dall'abbandono del luogo di trattenimento da parte del richiedente protezione internazionale, gli Stati membri possano presumere il "ritiro implicito" della domanda di protezione internazionale o la "rinuncia" ad essa<sup>17</sup>.

Nei confronti dei richiedenti protezione internazionale il tratteni-

<sup>14</sup> Cfr. considerando n. 11 della direttiva 2013/33/UE, cit.

<sup>15</sup> In tema, ZORZI GIUSTINIANI, *La detenzione dei richiedenti asilo nell'Unione europea. Rilevi critici a margine della rifusione della direttiva accoglienza*, in CAGGIANO (a cura di), *I percorsi giuridici per l'integrazione*, Torino, 2014, p. 408 ss. Per confronti con il regime previsto dalla precedente direttiva 2003/09/CE, v. OCELLO, *Il trattenimento dei richiedenti asilo secondo la normativa dell'Unione europea e la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani*, in FAVILLI (a cura di), *Procedure e garanzie del diritto di asilo*, Padova, 2011, p. 219 ss.

<sup>16</sup> Direttiva 2013/32/UE del parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013, *recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale (rifusione)*, in GUUE L 180 del 29.6.2013.

<sup>17</sup> Si tratta, ad ogni buon conto, di una *praesumptio iuris tantum*, atteso che il richiedente ha la possibilità di dimostrare che l'allontanamento dal luogo del trattenimento è stato dovuto a circostanze che sfuggono al suo controllo.

mento può essere disposto soltanto in via del tutto “eccezionale”, al verificarsi di circostanze preventivamente definite e, per quanto concerne sia le modalità che le finalità di tale trattenimento, nel rispetto dei principi di necessità e proporzionalità. In particolare, l’“eccezionalità” della misura del trattenimento emerge dall’impianto della direttiva accoglienza che fissa il criterio generale secondo cui ai richiedenti protezione internazionale è consentito di «*circolare liberamente nel territorio dello Stato membro ospitante*». Tuttavia, il principio generale secondo cui gli Stati non possono trattenere una persona “per il solo fatto” di essere un richiedente protezione internazionale risulta affiancato da una serie di ipotesi normativamente previste nelle quali è consentito il trattenimento, elencate al par. 3 dell’art. 8 della direttiva accoglienza, laddove i “motivi” di trattenimento necessitano di ulteriore specificazione da parte del diritto nazionale<sup>18</sup>.

### 3. La concreta applicazione del trattenimento all’epoca dell’emergenza

Nell’epoca dell’emergenza, la concreta applicazione delle disposizioni analizzate al paragrafo precedente garantisce trattenimento e libertà personale stiano in rapporto di eccezione e regola? Alcune questioni specifiche che si intende analizzare nelle pagine che seguono sollecitano delle riflessioni sul quesito proposto.

Invero, basterebbe già soltanto soffermarsi sulla formulazione delle disposizioni contenute nelle due direttive analizzate per verificare che esse si prestano ad una applicazione “generalizzata” del trattenimento.

In tal senso, risulta particolarmente emblematica l’enumerazione delle ipotesi – previste dall’art. 8, par. 3, della direttiva accoglienza –

<sup>18</sup> Anche il par. 2 dell’art. 31 della Convenzione di Ginevra sullo *status* di rifugiato consente agli Stati contraenti di “limitare gli spostamenti” dei rifugiati. La previsione è corredata dalle precisazioni in virtù delle quali ai movimenti dei rifugiati non possono essere applicate restrizioni che non siano necessarie e, inoltre, qualsiasi restrizione potrà essere applicata soltanto fino a quando il loro *status* non sia stato regolarizzato o non siano stati ammessi in un altro paese. In altri termini, nell’ammettere la possibilità di ricorrere a “restrizioni”, la disposizione si preoccupa comunque di affermare la protezione dei rifugiati contro limitazioni arbitrarie della libertà e la sicurezza degli stessi, laddove, in particolare, è prescritto l’obbligo di procedere ad una valutazione individuale della specifica situazione basata sul rispetto del principio di “necessità”. Inoltre, il par. 2 dell’art. 31 della Convenzione di Ginevra circoscrive il suo ambito di applicazione *ratione personae* ai rifugiati il cui *status* non è stato ancora “regolarizzato”, ossia quando si è in una fase di accertamento della sua identità e se lo impongono elementi di necessità quale il rischio di minaccia all’ordine pubblico.

nelle quali è possibile fare ricorso al trattenimento dei richiedenti protezione internazionale e che vanno dalla necessità di “determinarne o verificarne l'identità o la cittadinanza”, di “decidere sul diritto del richiedente di entrare nel territorio”, fino alla generica previsione di “motivi di sicurezza nazionale o di ordine pubblico”.

### *3.1. Il trattenimento dei richiedenti protezione internazionale per motivi di “sicurezza nazionale o di ordine pubblico”*

Proprio in relazione all'ipotesi che consente il trattenimento dei richiedenti protezione internazionale per “motivi di sicurezza nazionale o di ordine pubblico” (prevista dall'art. 8, par. 3, lett. e) della direttiva accoglienza) sono stati sollevati dubbi sulla validità della previsione rispetto al parametro di conformità rappresentato dall'art. 6 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (in rapporto all'art. 5 della CEDU) che, come si è già detto, sancisce il diritto di ogni persona alla libertà e alla sicurezza.

In primo luogo, va evidenziato che l'art. 8, par. 3, lett. e) si pone come una limitazione all'esercizio della libertà sancita nell'art. 6 della Carta, il cui art. 52, par. 1 stabilisce che le limitazioni sono consentite purché siano “previste dalla legge” e rispettino il “contenuto essenziale” dei diritti garantiti: a ciò è strettamente connesso il rispetto del principio di proporzionalità, il quale comporta che le limitazioni siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui.

È rispetto a questi parametri che la Corte di giustizia ha proceduto a verificare la validità della disposizione contenuta nella direttiva accoglienza. Con la sentenza del 15 febbraio 2016, relativa al caso *J.N.*, la Corte di Lussemburgo ha ritenuto valida la norma in questione, rievocando le nozioni di «sicurezza nazionale» e di «ordine pubblico» che compaiono in altre direttive – in particolare quelle che disciplinano alcuni aspetti della migrazione regolare – e che sono state ritenute applicabili parimenti rispetto alla direttiva 2013/33. In particolare, quanto alla nozione di «ordine pubblico», i giudici di Lussemburgo hanno ricordato che essa presuppone, in ogni caso, oltre alla perturbazione dell'ordine sociale insita in qualsiasi infrazione della legge, l'esistenza di una “minaccia reale, attuale e sufficientemente grave” nei confronti di un interesse fondamentale della società. Un pregiudizio alla sicurezza nazionale o all'ordine pubblico può quindi giustificare, in considerazione del requisito di necessità, il trattenimento o il proseguimento del trattenimento di un richiedente sulla base dell'articolo 8, par. 3, primo comma, lettera

e), della direttiva 2013/33, soltanto quando il suo comportamento individuale costituisca una minaccia reale, attuale e sufficientemente grave nei confronti di un interesse fondamentale della società o della sicurezza interna o esterna dello Stato membro interessato.

Vi è, però, da osservare che la Corte ha reso la sua pronuncia in connessione ad una fattispecie in cui al richiedente protezione internazionale era già stato opposto un divieto di ingresso e aperta un procedimento di rimpatrio<sup>19</sup>, laddove non risulta ulteriormente affrontata la questione del trattenimento quale misura “preventiva” per la tutela della sicurezza nazionale: potrebbe quest’ultima ipotesi ritenersi realmente compatibile con i diritti fondamentali richiamati e con la giurisprudenza della Corte di Strasburgo sviluppatasi sul punto?<sup>20</sup>

In proposito, qualche perplessità deriva dal progressivo ampliamento delle maglie delle nozioni di “sicurezza nazionale” e “ordine pubblico” che, specie nella più recente giurisprudenza della Corte di giustizia dell’UE, vengono ad essere integrate da esigenze “preventive”, in considerazione della necessità di contrastare fenomeni di terrorismo ricollegabili in parte anche al controllo dei flussi migratori. Può ritenersi emble-

<sup>19</sup> Quanto alla nozione di “pubblica sicurezza”, dalla giurisprudenza della Corte risulta che tale nozione comprende la sicurezza interna di uno Stato membro e la sua sicurezza esterna e che, pertanto, il pregiudizio al funzionamento delle istituzioni e dei servizi pubblici essenziali nonché la sopravvivenza della popolazione, come il rischio di perturbazioni gravi dei rapporti internazionali o della coesistenza pacifica dei popoli, o ancora il pregiudizio agli interessi militari, possono ledere la pubblica sicurezza (v. in tal senso, sentenza *Tsakouridis*, causa C-145/09, EU:C:2010:708, par. 43-44). Un pregiudizio alla sicurezza nazionale o all’ordine pubblico può quindi giustificare, in considerazione del requisito della necessità, il trattenimento o il proseguimento del trattenimento di un richiedente sulla base dell’art. 8, par. 3, primo comma, lett. e), della direttiva 2013/33, soltanto quando il suo comportamento individuale costituisca una minaccia reale, attuale e sufficientemente grave nei confronti di un interesse fondamentale della società o la sicurezza interna o esterna dello Stato membro interessato. (par. 67 della sentenza *J.N.*, cit.).

<sup>20</sup> Riprendendo le argomentazioni della sentenza *J.N.*, più di recente la Corte di giustizia si è pure pronunciata – positivamente – sulla conformità dei primi due motivi previsti dall’art. 8 par. 3, della direttiva 2013/33/UE rispetto all’art. 6 e all’art. 52, par. 1 e 3, della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea. In particolare, con riferimento ad un caso in cui il ricorrente nel procedimento principale non era stato destinatario di una decisione di rimpatrio e nei cui confronti non era in corso una procedura di espulsione o di estradizione, la Corte ha ritenuto validi i motivi previsti dalle lett. a) e b) dell’art. 8, par. 3, che consentono il trattenimento del richiedente per determinarne o verificarne l’identità o la cittadinanza e per determinare gli elementi su cui si basa la domanda di protezione internazionale che non potrebbero ottenersi senza il trattenimento, in particolare se sussiste il rischio di fuga del richiedente. Vd. Sentenza del 14 settembre 2017, *K. c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, causa C-18/16, ECLI:EU:C:2017:680.

matico, in tal senso, il *decisum* della Grande Sezione del 4 aprile 2017<sup>21</sup>. Nell'interpretare la direttiva 2004/114 in merito alle condizioni di ammissione dei cittadini di paesi terzi per motivi di studio<sup>22</sup>, la Corte di Lussemburgo afferma che le autorità nazionali dispongono di un ampio margine di valutazione dei fatti nel verificare, sulla base del complesso degli elementi rilevanti che caratterizzano la situazione del cittadino di un paese terzo, richiedente un visto per motivi di studio, se questi rappresentano una minaccia “anche soltanto potenziale” per la sicurezza pubblica<sup>23</sup>.

### 3.2. L'ampliamento dell'ambito di applicazione *ratione personae* del trattenimento ex art. 15 della direttiva rimpatri

Ulteriori criticità scaturiscono anche dal testo della direttiva rimpatri, il cui art. 15, nel definire l'ambito di applicazione *ratione personae* lo circoscrive alle persone «sottoposte a procedure di rimpatrio», attraverso una formulazione che, invero, ha aperto la strada a letture più o meno

<sup>21</sup> *Sahar Fahimian c. Bundesrepublik Deutschland*, causa C-544/15, ECLI:EU:C:2017:255.

<sup>22</sup> Direttiva 2004/114/CE del Consiglio, del 13 dicembre 2004, *relativa alle condizioni di ammissione dei cittadini di paesi terzi per motivi di studio, scambio di alunni, tirocinio non retribuito o volontariato*, in GUUE L 375, 23.12.2004, p. 12-18.

<sup>23</sup> Esse possono, pertanto, nel caso di specie, per ragioni di sicurezza pubblica, rifiutarsi di rilasciare ad una cittadina iraniana laureata presso un'università colpita da misure restrittive un visto per motivi di studio in un settore delicato quale la sicurezza delle tecnologie dell'informazione. Infatti, nel valutare la sussistenza di una “minaccia quand'anche potenziale” è possibile effettuare una valutazione fattuale che tenga conto non solo del comportamento personale del richiedente ma anche di “altri elementi” (relativi, in questo caso, al suo percorso professionale). Nella stessa ottica di contrasto al terrorismo può essere letta la sentenza della Corte di giustizia del 31 gennaio 2017, *Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides c. Mostafa Lounani*, causa C-573/14, ove è stato affermato che esclusione dello status di rifugiato prevista dalla direttiva 2004/83/CE per “atti contrari alle finalità e ai principi delle Nazioni Unite quali stabiliti nel preambolo e negli articoli 1 e 2 della Carta delle Nazioni Unite” non è limitata agli autori diretti di atti di terrorismo, ma può anche estendersi a soggetti che svolgono attività di reclutamento, organizzazione, trasporto o equipaggiamento a favore di individui che si recano in uno Stato diverso dal loro Stato di residenza o di cui hanno la cittadinanza allo scopo, segnatamente, di commettere, organizzare o preparare atti di terrorismo. V. NIGRO, *La sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea nel caso Lounani e le controverse motivazioni giuridiche al fine di escludere lo status di rifugiato per presunti terroristi*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2017, n. 2, p. 565 ss.; ZAMBRANO, *Lotta al terrorismo e riconoscimento dello status di rifugiato nel quadro normativo e giurisprudenziale europeo: un rapporto problematico*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2017, n. 3, pp. 71-90.

estensive e, di conseguenza, più o meno garantiste della posizione del cittadino di un paese terzo. Stando all'interpretazione della Corte di giustizia dell'Unione europea che considera il trattenimento come «*la più restrittiva della libertà che la direttiva consente*», la detenzione è da riconnettere, in virtù proprio del suo alto grado di coercizione, alla “procedura di allontanamento coattivo”<sup>24</sup>. Tuttavia, nel contesto di una crescente necessità di contrasto all'immigrazione irregolare, su posizione sicuramente differente si pone – più di recente – la Commissione europea che, nel suo *Manuale sul rimpatrio* redatto nel 2015 e aggiornato nel 2017, ha sottolineato che il requisito formale di essere «*sottoposto a procedure di rimpatrio*» di cui all'art. 15, par. 1, della direttiva, non equivale a «*essere destinatario di una decisione di rimpatrio*». L'indicazione che ne deriva va nel senso di considerare ammissibile il trattenimento di un cittadino di paese terzo già prima dell'adozione di una decisione formale di rimpatrio, ossia, ad esempio, anche quando la decisione di rimpatrio è in fase di preparazione e non è ancora stata emessa<sup>25</sup>.

Seguendo siffatta interpretazione, il trattenimento diventa una misura non tanto legata alla finalità di preparazione del rimpatrio quanto, piuttosto, atta a “sanzionare” il soggiorno irregolare. In tal senso, giova prendere in considerazione anche la sentenza *Affum*<sup>26</sup>, ove la possibilità di privazione della libertà è riconnessa all'esistenza di un transito irregolare sul territorio di uno Stato membro riconducibile a “soggiorno irregolare”. Il caso di specie posto all'attenzione della Corte di giustizia riguarda un cittadino di paese terzo passeggero di un autobus proveniente

<sup>24</sup> Cfr. Corte di giustizia, sentenza del 28 aprile 2011, *El Dridi*, C-61/11 PPU, EU:C:2011:268, par. 42. Sulle questioni giuridiche sollevate dalla nota sentenza e sui riflessi determinati nell'ordinamento italiano, si veda DI PASCALE, NASCIBENE, *La sentenza del Tribunal de Justicia El Dridi y la inmigración irregular. Problemas y perspectivas en el derecho de la Unión Europea y en el derecho italiano*, in *Revista española de Derecho Europeo*, 2012, n. 42, pp. 107-128; DE PASQUALE, *L'espulsione degli immigrati irregolari nell'Unione europea: a valle di El Dridi*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2011, p. 927 ss.; FAVILLI, *L'attuazione in Italia della direttiva rimpatri: dall'inerzia all'urgenza con scarsa cooperazione*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2011, n. 3, p. 341 ss.

<sup>25</sup> Vd. in particolare p. 141 della Raccomandazione (UE) 2017/2338 della Commissione del 16.11.2017, *che istituisce un manuale comune sul rimpatrio che le autorità competenti degli Stati membri devono utilizzare nell'espletamento dei compiti connessi al rimpatrio*, in GUUE L 339 del 19.12.2017 e, precedentemente, p. 89 del Manuale, adottato con la Raccomandazione della Commissione del 1.10.2015, C(2015) 6250 final.

<sup>26</sup> Sentenza della Corte di giustizia (Grande Sezione) del 7 giugno 2016, causa C-47/15, *Sélina Affum c. Préfet du Pas-de-Calais, Procureur général de la cour d'appel de Douai*, ECLI:EU:C:2016:408.

da un altro Stato membro, appartenente allo spazio Schengen, e diretto in un terzo Stato membro al di fuori di detto spazio<sup>27</sup>.

La decisione dei giudici di Lussemburgo ha fatto perno sulla nozione di “soggiorno irregolare” che trova definizione nell’articolo 3, par. 2, della direttiva 2008/115/CE come *«presenza nel territorio di uno Stato membro di un cittadino di un paese terzo che non soddisfi o non soddisfi più le condizioni d’ingresso di cui all’articolo 5 del codice frontiere Schengen o altre condizioni d’ingresso, di soggiorno o di residenza in tale Stato membro»*. Si tratta di una definizione che non tiene conto di fattori quali la durata minima del soggiorno in uno Stato membro o dell’intenzione di permanere, per un periodo più o meno lungo, nel territorio di detto Stato. Peraltro – come rilevato dalla Corte di giustizia al par. 48 della sentenza in esame – il carattere soltanto temporaneo o transitorio di una tale presenza non figura neppure tra i motivi, elencati all’articolo 2, par. 2, della direttiva 2008/115/CE, per i quali gli Stati membri possono decidere di sottrarre all’ambito di applicazione di tale direttiva un cittadino di un paese terzo il cui soggiorno sia irregolare. Di conseguenza, considerando che il cittadino di un paese terzo che viaggia a bordo di un autobus attraverso il territorio di uno Stato membro in violazione delle condizioni d’ingresso, di soggiorno o di residenza si trova comunque sul territorio di quest’ultimo, si viene a configurare un “soggiorno irregolare”, ai sensi dell’articolo 3, par. 2, della direttiva 2008/115/CE, che ricade quindi nell’ambito di applicazione della stessa.

In altri termini, seguendo l’*iter* interpretativo della Corte di giustizia può ricavarsi il dato della sovrapposibilità delle due nozioni di “soggiorno irregolare” e di “ingresso irregolare” e ciò in considerazione del fatto che *«un tale ingresso costituisce, infatti, una delle circostanze di fatto che possono determinare il soggiorno irregolare del cittadino di un paese terzo nel territorio dello Stato membro interessato»*<sup>28</sup>. Il tutto, facendo richiamo agli Stati circa la necessità di applicare le norme sulle procedure di rimpatrio così come disciplinate dalla direttiva 2008/115/CE, ivi comprese le disposizioni che regolano *«in modo rigoroso»* la privazione della libertà dei cittadini di paesi terzi, ai sensi degli articoli 15 e 16, *«allo scopo di assicurare il rispetto dei diritti fondamentali»*<sup>29</sup>.

Orbene, se è vero che il soggiorno irregolare è il presupposto per

<sup>27</sup> Nella specie, si tratta di un cittadino ghanese, passeggero di un autobus, fermato dalla polizia francese a Coquelles, in Francia, punto di ingresso al tunnel sotto la Manica, mentre si trovava a bordo di un autobus proveniente dal Belgio e diretto nel Regno Unito

<sup>28</sup> Sentenza *Affum*, cit., par. 60.

<sup>29</sup> *Ibidem*, par. 62.

l'applicabilità della procedura di rimpatrio, è vero pure che le autorità nazionali in una fase preliminare dovrebbero valutare tutti gli elementi atti anche a contemperare l'interesse dello Stato con i diritti fondamentali del soggetto interessato, nei confronti del quale potrebbe non essere adottata una decisione di rimpatrio (da quel momento dovrebbe dirsi aperta la "procedura di rimpatrio" e la possibilità di detenere una persona in vista del suo allontanamento dal territorio dello Stato).

A fronte di siffatto obbligo, vi è da sottolineare la necessità che le decisioni di rimpatrio siano adottate in conformità ai principi generali del diritto dell'UE nonché nel rispetto della Carta dei diritti fondamentali. Da ciò consegue che esse siano adottate sulla base di una valutazione caso per caso, improntata all'applicazione di criteri obiettivi. In altri termini, le autorità nazionali non possono limitarsi a prendere in considerazione il semplice dato della irregolarità del soggiorno, essendo necessario procedere ad una valutazione di tutti gli aspetti della situazione specifica e delle implicazioni del rimpatrio sulla possibile compressione dei diritti fondamentali del soggetto. Rispetto a tale ottica risulta particolarmente significativo il considerando n. 8 della direttiva rimpatri che considera legittimo che gli Stati membri procedano al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare "purché esistano regimi in materia di asilo equi ed efficienti che rispettino pienamente il principio di *non-refoulement*". Inoltre, nell'attuare la direttiva e nell'adottare le decisioni di rimpatrio, gli Stati non possono non tenere conto degli ulteriori diritti tutelati sia nella Carta che nella CEDU che li vincola, tra gli altri, ad esaminare l'interesse superiore del minore, le condizioni di salute del soggetto da rimpatriare, a rispettare il diritto alla vita familiare.

È nella stessa ottica che la normativa dell'UE ha impostato il trattamento al rispetto del principio di "sussidiarietà" che impone la previa applicazione (*rectius* "efficace applicazione") di misure "meno coercitive". Si tratta di un criterio il cui rispetto sarebbe in grado di innalzare lo standard di tutela offerto in ambito CEDU ove è assente il concetto di "*ultima ratio*" al quale è connesso quello di "necessità".

Infatti, la Corte di Strasburgo – pur avendo elaborato criteri atti a censurare l'arbitrarietà della detenzione – ha affermato che «*non si richiede che la detenzione sia ragionevolmente considerata necessaria, per esempio per impedire che la persona in questione commetta un reato o fugga*».<sup>30</sup>

<sup>30</sup> V., ad esempio, sentenze *Chahal*, cit. e *Saadi*, cit.

### 3.3. Le criticità legate alla nozione di “rischio di fuga”

Qualche specifica riflessione merita proprio la nozione di “rischio di fuga” che, si ritiene, assume rilievo centrale nell'applicazione del trattamento dei rimpatriandi nonché dei richiedenti protezione internazionale soggetti a “trasferimenti Dublino”.

Infatti, l'art. 28 del regolamento Dublino III<sup>31</sup> prevede il requisito del “notevole rischio di fuga” evidentemente ispirato all'art. 3, par. 7 della direttiva 2008/115/CE<sup>32</sup>, di cui riprende quasi integralmente il contenuto: in ragione del differente regime giuridico nel quale si applica, la differenza tra le due nozioni di “rischio di fuga” risiede, più che altro, nella diversa soglia d'intensità che siffatto rischio deve superare per giustificare un provvedimento di trattenimento. Tuttavia, è evidente che sussistono ampi margini di discrezionalità lasciati agli Stati membri, atteso che il rischio di fuga è definito quale «*la sussistenza in un caso individuale di motivi basati su criteri obiettivi definiti dalla legge per ritenere che un richiedente o un cittadino di un paese terzo o un apolide oggetto di una procedura di trasferimento possa fuggire*».

A fronte del ricorso al trattenimento – in alcuni Stati membri – in assenza della definizione dei criteri obiettivi e in considerazione della non univocità del termine “legge” (atteso che esso vale a ricomprendere non la sola “legislazione” di uno Stato ma anche ulteriori fonti del diritto, purché presentino caratteristiche “sostanziali” di chiarezza, prevedibilità ed accessibilità, riscontrabili, ad esempio, in una giurisprudenza consolidata o in una prassi amministrativa che sono suscettibili di integrare la nozione di “legge” intesa come “diritto”) recentemente la Corte di giustizia<sup>33</sup> ha affermato che l'art. 28, par. 2 del Regolamento Dublino III impone agli Stati membri di fissare «*in una norma vincolante di portata generale, i criteri obiettivi su cui si fondano i motivi per temere la fuga del richiedente oggetto di una procedura di trasferimento*». L'assenza di una norma di tal genere determina l'inapplicabilità del trattenimento.

<sup>31</sup> Regolamento (UE) n. 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013, che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide, in GUUE L 180 del 29 giugno 2013.

<sup>32</sup> Che definisce il rischio di fuga come «*La sussistenza in un caso individuale di motivi basati su criteri obiettivi definiti dalla legge per ritenere che un cittadino di un paese terzo oggetto di una procedura di rimpatrio possa tentare la fuga*».

<sup>33</sup> Corte di giustizia, sentenza del 15 marzo 2017, causa C-528/15, *Policie ČR, Krajské ředitelství policie Ústeckého kraje, odbor cizinecké policie c. Salah Al Chodor e a.*

Tuttavia, la declinazione concreta del “rischio di fuga” rappresenta uno dei punti chiave attraverso cui è rilevabile la tendenza al ricorso generalizzato al trattenimento dei rimpatriandi e dei richiedenti protezione internazionale. Si tratta di una declinazione ampia che è sollecitata dalla stessa Commissione europea<sup>34</sup>, suscettibile di determinare un sostanziale automatismo in favore del trattenimento e di invertire il rapporto tra regola ed eccezione che dovrebbe sorreggere la disciplina dell’UE. Basti, in tal senso, analizzare la sola normativa italiana che stabilisce (con riferimento ai rimpatriandi) la configurazione del rischio di fuga, tra gli altri, qualora sia mancante il possesso del passaporto o di altro documento equipollente in corso di validità oppure qualora vi sia carenza di idonea documentazione atta a dimostrare la disponibilità di un alloggio.

Nella stessa direzione dell’“automatismo” si segnala anche la giurisprudenza della Cassazione civile che ha precisato che l’adozione di misure alternative al trattenimento *«richiede necessariamente che lo straniero possieda il passaporto o altro documento equipollente in corso di validità»*, tale non potendo essere considerato il permesso di soggiorno previamente rilasciato a seguito di richiesta di asilo (nella specie, scaduto in conseguenza dell’esito negativo della relativa procedura), perché privo dell’accertamento dell’identità e della nazionalità del titolare<sup>35</sup>.

Ad avviso di chi scrive, sembra del tutto evidente il contrasto che siffatta impostazione genera con la stessa direttiva rimpatri che, al considerando n. 6, afferma che le decisioni dovrebbero essere adottate caso per caso e tenendo conto di criteri obiettivi, *«non limitandosi quindi a prendere in considerazione il semplice fatto del soggiorno irregolare»*.

Muovendo dalle criticità evidenziate, sul fronte della disciplina applicabile ai richiedenti protezione internazionale, possono allora essere salutati positivamente gli emendamenti<sup>36</sup> che – pur mantenendo fermo l’impianto complessivo dell’istituto del trattenimento – sono stati avanzati dalla Commissione per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni del Parlamento europeo sulla proposta di Regolamento “Dublino IV”

<sup>34</sup> In tal senso si veda la recente Raccomandazione (UE) 2017/432 del 7 marzo 2017, per rendere i rimpatri più efficaci nell’attuazione della direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio.

<sup>35</sup> Cassazione civile, sez. VI, 7.10.2016, n. 20108.

<sup>36</sup> Relazione del 6.11.2017, *sulla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l’esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide (refusione)*, A8-0345/2017.

della Commissione europea<sup>37</sup>. Nel segno di una limitazione al ricorso quasi automatico al trattenimento si può ritenere vada letto l'emendamento all'art. 29, par. 2, ove è previsto che il trattenimento possa essere disposto soltanto qualora sussista un notevole rischio «concreto» di fuga ed è specificato che gli Stati possano farvi ricorso «come misura di ultima istanza» al fine di assicurare le procedure di trasferimento, a seguito di una «valutazione individuale delle circostanze del richiedente». La previsione risulta, poi, ulteriormente rafforzata da meccanismi di «garanzia procedurale», atteso che il testo emendato dell'art. 29, par. 3 bis stabilisce che «Il trattenimento dei richiedenti è disposto per iscritto dall'autorità giudiziaria. Il provvedimento di trattenimento precisa le motivazioni di fatto e di diritto sulle quali si basa e include un riferimento all'esame delle alternative possibili e ai motivi per i quali non è stato possibile attuarle in modo efficace»<sup>38</sup>.

#### 4. Privazione della libertà personale e “automatismi” anche nella più recente esperienza Hotspot: considerazioni conclusive

L'assenza di decisioni caso per caso e la tendenza verso un ricorso quasi “automatico” al trattenimento sembra pure connotare le più recenti prassi che si stanno realizzando nell'ambito delle nuove misure adottate dagli Stati membri al fine di una migliore gestione dell'“emergenza migranti” e che hanno condotto alla creazione dei cd. *Hotspot* (o “punti di crisi”).

Come è noto, l'istituzione di questi ultimi rientra in quelle iniziative che fanno capo all'Unione europea ed, in particolare, nel quadro delle azioni immediate che la Commissione ha previsto nell'Agenda europea sulla migrazione<sup>39</sup> al fine di coadiuvare gli Stati membri (in specie, Italia

<sup>37</sup> Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide (refusione), Bruxelles, 4.5.2016, COM(2016) 270 final.

<sup>38</sup> Si segnala, inoltre, l'attenzione riservata ai minori per i quali, nel testo emendato, non è possibile disporre il trattenimento. Agli Stati membri è fatto obbligo di provvedere a sistemare i minori e le famiglie con minori in “strutture comunitarie non detentive” durante il trattamento della loro domanda.

<sup>39</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Agenda europea sulla migrazione*, Bruxelles, 13.5.2015, COM(2015) 240 final. Sul presupposto di operare per fronteggiare la tragedia delle migliaia di migranti che rischiano la vita per attraversare il Mediterraneo, la Commissione europea ha individuato delle misure di azione immediate

e Grecia) che subiscono forti pressioni migratorie. Nell'Agenda è stata, infatti, stabilita la creazione di un "nuovo metodo", basato appunto sui punti di crisi, caratterizzati dal coinvolgimento "complementare" dell'Ufficio europeo di sostegno per l'asilo (EASO), Frontex ed Europol accanto agli "Stati membri in prima linea", al fine di condurre con rapidità le operazioni di identificazione, registrazione e rilevamento delle impronte digitali dei migranti in arrivo<sup>40</sup>.

La perdurante assenza di un solido e articolato quadro legislativo, a livello europeo e interno, dedicato alla disciplina degli *Hotspot*, ha trovato parziale ridimensionamento nell'adozione del Regolamento 2016/1624 istitutivo della guardia di frontiera e costiera europea<sup>41</sup> e, a livello interno, nel Decreto Legge 17 febbraio 2017, n. 13<sup>42</sup>, pur tuttavia lasciando aperte le criticità legate alle condizioni e alle modalità con le quali si perpetrano forme di privazione della libertà dei migranti irregolari e dei richiedenti protezione internazionale.

(tra le quali la triplicazione della dotazione delle operazioni congiunte Triton e Poseidon di Frontex) e quattro pilastri per gestire meglio la migrazione a lungo termine (ridurre gli incentivi alla migrazione irregolare; gestire le frontiere; una politica comune europea di asilo forte; una nuova politica di migrazione legale).

<sup>40</sup> In particolare, l'Agenda (pag. 7) prevedeva che "Chi presenterà domanda di asilo sarà immediatamente immesso in una procedura di asilo cui contribuiranno le squadre di sostegno dell'EASO trattando le domande quanto più rapidamente possibile. Per chi invece non necessita di protezione, è previsto che Frontex aiuti gli Stati membri coordinando il rimpatrio dei migranti irregolari. Europol ed Eurojust assisteranno lo Stato membro ospitante con indagini volte a smantellare le reti della tratta e del traffico di migranti". Sui principi che hanno retto le azioni intraprese a seguito dell'Agenda europea sulla migrazione, si veda FAVILLI, *Reciproca fiducia, mutuo riconoscimento e libertà di circolazione di rifugiati e richiedenti protezione internazionale*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2015, n. 3, p. 701 ss. In generale, sui profili di sviluppo delle politiche "comuni" di immigrazione e di asilo, si veda CAGGIANO, *Scritti sul diritto europeo dell'immigrazione*, II ed., Torino, 2016. Sulle difficoltà applicative del principio di solidarietà, v. MENGOZZI, *L'immigrazione e la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2016, n. 3, p. 587 ss.; VILLANI, *Immigrazione e principio di solidarietà*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2017, n. 3, pp. 1-4.

<sup>41</sup> Regolamento (UE) 2016/1624 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 settembre 2016, relativo alla guardia di frontiera e costiera europea che modifica il regolamento (UE) 2016/399 del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga il regolamento (CE) n. 863/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, il regolamento (CE) n. 2007/2004 del Consiglio e la decisione 2005/267/CE del Consiglio, in GUUE L 251 del 16.9.2016. Sui profili relativi agli *Hotspot*, v. NIEMANN, SPEYER, *A Neofunctionalist Perspective on the 'European Refugee Crisis': The Case of the European Border and Coast Guard*, in *Journal of Common Market Studies*, 2018, n. 1, pp. 23-43.

<sup>42</sup> Decreto convertito con modificazioni dalla Legge 13 aprile 2017, n. 46 - Disposizioni urgenti per l'accelerazione dei procedimenti in materia di protezione internazionale, nonché per il contrasto dell'immigrazione illegale.

Nell'operare quali strutture "chiuse", il trattamento riservato ai migranti e ai richiedenti protezione internazionale sembra riecheggiare quelli perpetrati nel Centro di Lampedusa e oggetto di censura da parte della Grande Camera della Corte di Strasburgo nella nota sentenza *Khlaifia*<sup>43</sup>. Anche con riferimento agli *Hotspot* si può parlare di privazione *de facto* della libertà sia di migranti in attesa di rimpatrio sia di richiedenti protezione internazionale, specie allorquando essi vengono trattenuti ben oltre le 48 ore – periodo di tempo che dovrebbe essere dedicato esclusivamente alle attività di screening medico e di identificazione – al fine del rilevamento delle impronte digitali e del rimpatrio dei migranti in situazione di irregolarità.

Recentemente il Garante Nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale ha stimato (nella Relazione al Parlamento 2017)<sup>44</sup>, con riferimento agli *Hotspot* istituiti in Italia, ha stimato una permanenza media di 8 giorni per i maggiorenni e di 12 per i minorenni che può qualificarsi, come accennato, quale trattenimento *de facto*. Il Garante evidenzia che, soprattutto per i richiedenti protezione internazionale, in mancanza di una effettiva politica di *relocation*, gli *Hotspot* si sono trasformati spesso in impropri centri di temporanea accoglienza soprattutto di categorie vulnerabili – per esempio i minori – in mancanza di una cornice giuridica che li regolamenti e che dia tutela giurisdizionale alle persone durante il periodo del loro trattenimento presso tali strutture oltre il tempo strettamente necessario all'identificazione.

Anche in ragione di tali prassi può dirsi che si vada sempre più affermando un concetto di trattenimento legato a "convenienza burocratico-amministrativa" che è avulsa, in particolare, dalla valutazione di ogni singolo caso di specie e della possibilità di ricorrere a misure meno incidenti sulla libertà personale degli individui.

Ricorrendo a siffatta espressione, si vuole in particolare far riferimento a quell'approccio seguito dalla Corte di Strasburgo nella citata sentenza *Saadi* che ritiene la detenzione legittimata unicamente sulla ba-

<sup>43</sup> Case of *Khlaifia and others v. Italy*, Application n. 16483/12, Judgement 15 December 2016. Per una ricostruzione dei fatti e dei profili giuridici in relazione alla pronuncia resa dalla Camera della Corte EDU, sia consentito rinviare a PALLADINO, *La tutela dei migranti e dei richiedenti protezione internazionale*, cit., in particolare par. 3. Sulle conclusioni parzialmente differenti raggiunte dalla Grande Camera, v. SACCUCCI, *I «ri-pensamenti» della Corte europea sul caso Khlaifia: il divieto di trattamenti inumani e degradanti e il divieto di espulsioni collettive «alla prova» delle situazioni di emergenza migratoria*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2017, n. 2, p. 552 ss.

<sup>44</sup> Il testo integrale della relazione, datata marzo 2017 è reperibile all'indirizzo <http://www.garantenazionaleprivatiliberta.it/>

se dello *status* di soggetto “non autorizzato” e che, in particolare, conduce anche ad una omologazione dei richiedenti protezione internazionale in attesa di un’autorizzazione ai migranti irregolari. Si tratta di una impostazione che, per tali motivi, giustifica la detenzione dei richiedenti protezione internazionale per ragioni di “opportunità amministrativa”<sup>45</sup> – legata alla necessità di procedere velocemente all’esame della richiesta di asilo – e che è stata, *in primis*, oggetto di critiche nell’ambito di opinioni dissenzienti formulate da parte di alcuni giudici della Corte di Strasburgo<sup>46</sup>.

Peraltro, quanto all’ammissibilità della detenzione dei richiedenti protezione internazionale al fine di mera “convenienza amministrativa”, si osserva che l’art. 9 del Patto internazionale sui diritti civili e politici dell’ONU – che vieta l’arresto o la detenzione arbitraria e si applica a tutti i casi di privazione della libertà, incluso il contesto del controllo dell’immigrazione – è stato interpretato dalla giurisprudenza del Comitato dei diritti umani nel senso che la privazione della libertà non deve solo essere legittima, ma non deve neppure essere imposta per ragioni di opportunità amministrativa<sup>47</sup>.

In conclusione, con riferimento sia ai richiedenti protezione internazionale sia ai rimpatriandi, si assiste ad una compressione del *favor libertatis* che, previsto in linea teorica nelle norme di diritto dell’Unione europea, si infrange nell’applicazione pratica.

Invero, le disposizioni che disciplinano il trattenimento esigerebbero una interpretazione restrittiva, rappresentando un’eccezione rispetto ad un diritto fondamentale, quale è quello alla libertà e alla sicurezza che è espressamente tutelato nel già citato art. 5 della CEDU e che trova corrispondenza nell’art. 6 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea<sup>48</sup>. Invece, sul rapporto regola-eccezione sembra pesare più di tutti l’assenza di definizione della categoria delle misure “meno coercitive” e, dunque, della mancata individuazione delle singole fattispecie ad essa riconducibili. All’uopo, la Corte EDU ha mostrato progressivamente ri-

<sup>45</sup> O’NIONS, *No Right to Liberty: The Detention of Asylum Seekers for Administrative Convenience*, in *European Journal of Migration & Law*, 2008, n. 2, pp. 149-186.

<sup>46</sup> Cfr. Opinione parzialmente dissenziente comune ai giudici Rozakis, Tulkens, Kolver, Hajiyevev, Spielmann e Hirvelä allegata alla sentenza *Saadi*, cit.

<sup>47</sup> *Case of Van Alphen v. The Netherland*, Com. n. 305/1988, UN Doc. CCPR/C/39/D/305/1988 (1990).

<sup>48</sup> Depone espressamente per il ricorso ad una interpretazione di tipo restrittivo la giurisprudenza della Corte EDU relativa all’art. 5, par. 1, lett. f, CEDU. Cfr., in particolare, sentenza del 22 marzo 1995, ric. n. 311, *Quinn c. Francia*, par. 42, e sentenza del 12 ottobre 2006, ric. n. 33970/05, *Kaya c. Romania*, par. 16.

gore nel richiedere la prova della preventiva valutazione, da parte delle autorità statuali, della possibilità di applicare ai migranti misure meno coercitive rispetto al trattenimento, specie allorché si tratti di persone vulnerabili e bisognose, pertanto, di particolare attenzione<sup>49</sup>.

Il corretto ripristino del rapporto eccezione-regola dovrebbe, allora, passare per l'attento scrutinio che deve essere effettuato in relazione alla possibilità di ricorrere a misure meno invasive, che andrebbe rafforzato con la previsione di un onere formale alla prova in capo alle autorità nazionali con conseguente responsabilità in capo a queste ultime. Una responsabilità che, nell'"inerzia" delle Istituzioni dell'Unione europea che non hanno mostrato particolare sensibilità sulla questione, potrebbe essere fatta valere innanzi alla stessa Corte di Strasburgo. Ciò facendo applicazione del principio<sup>50</sup> secondo cui, allorché il diritto interno di uno Stato contraente o il diritto dell'Unione europea gli impone di rispettare garanzie che vanno oltre gli obblighi derivanti dalla CEDU, come consentito dall'articolo 53 della stessa<sup>51</sup>, la Corte europea dei diritti dell'uomo "incorpora" il rispetto di dette garanzie nella condizione di legittimità dell'ingerenza, assumendo essa stessa il compito di verificarne il rispetto. Siffatti principi potrebbero, allora, trovare utile applicazione con riferimento alle disposizioni sul trattenimento previste sia nella direttiva rimpatri, sia nella direttiva accoglienza, analizzate *supra* al par. 2 e suscettibili di porsi quali standard più elevati di tutela della libertà personale dei migranti rispetto allo stesso art. 5 della CEDU così come tradizionalmente interpretato dalla Corte di Strasburgo.

<sup>49</sup> Ad esempio, v. *case of A.B. v. France*, Application n. 11593/12, Judgement of 12 July 2016, par. 120, in cui è affermato che, in deroga all'assenza del criterio della necessità, «se è presente un minore, (...) la privazione della libertà dev'essere necessaria per conseguire lo scopo perseguito, vale a dire per assicurare l'espulsione della famiglia». V. anche *case of Mikolenko v. Estonia*, Application n. 10664/05, Judgement 8 October 2009, par. 67; *case of Raza v. Bulgaria*, Judgement 11 February 2010, par. 74; *case of Rahimi v. Greece*, Judgement 5 April 2011, parr. 107-110; *case of Yoh-Ekale Mwanie v. Belgium*, Judgement 20 December 2011, par. 124.

<sup>50</sup> Cfr. *case of Suso Musa v. Malta*, Application n. 22414/93, Judgement 23 July 2013, in particolare parr. 94-99.

<sup>51</sup> L'articolo 53 CEDU contiene, infatti, una clausola di «*Salvaguardia dei diritti dell'uomo riconosciuti*», in virtù della quale «*Nessuna delle disposizioni della presente Convenzione può essere interpretata in modo da limitare o pregiudicare i diritti dell'uomo e le libertà fondamentali che possano essere riconosciuti in base alle leggi di ogni Parte contraente o in base a ogni altro accordo al quale essa partecipi*».



*La responsabilità degli Stati nella gestione delle migrazioni*



# RESPONSABILITÀ DEGLI STATI E DELL'UNIONE EUROPEA NELLA CONCLUSIONE E NELL'ESECUZIONE DI "ACCORDI" PER IL CONTROLLO EXTRATERRITORIALE DELLA MIGRAZIONE

Francesca DE VITTOR\*

SOMMARIO: 1. Il mancato rispetto delle norme interne sulla competenza a stipulare nella conclusione di "accordi" per il controllo dei flussi migratori. – 2. Il rilievo della qualificazione giuridica degli strumenti utilizzati. – 3. La responsabilità degli Stati e dell'Unione europea per le violazioni commesse in applicazione di accordi per il controllo extraterritoriale della migrazione. – 4. Conclusioni.

## *1. Il mancato rispetto delle norme interne sulla competenza a stipulare nella conclusione di "accordi"<sup>1</sup> per il controllo dei flussi migratori*

La cooperazione con gli Stati di origine o transito di migranti e rifugiati è posta ormai da un paio di decenni al centro delle politiche dell'Unione europea in materia di migrazione ed asilo<sup>2</sup>. Inizialmente, tale cooperazione si è tradotta nella negoziazione di accordi di rimpatrio di migranti irregolari<sup>3</sup>, cittadini del paese in questione o che attraverso tale paese hanno transitato; questi accordi sono spesso abbinati ad accordi di cooperazione allo sviluppo, a cooperazioni di vicinato o a forme di semplificazione della migrazione regolare da tali paesi<sup>4</sup>. Nell'ultimo decen-

\* Ricercatrice confermata in Diritto internazionale Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano.

<sup>1</sup> Si usa qui il termine "accordo" in senso assolutamente *a-technico*, uno dei problemi che questo scritto intende analizzare è infatti proprio quello relativo al loro valore giuridico.

<sup>2</sup> Si vedano già le *Conclusioni della Presidenza* del Consiglio europeo di Tampere del 15 e 16 ottobre 1999. I primi accordi di rimpatrio conclusi dalla Comunità europea in base all'art. 63 (3) (b) del Trattato sono stati con Hong Kong (2001), Macao (2002), Sri Lanka (2002) e Albania (2003).

<sup>3</sup> Un elenco aggiornato degli accordi di rimpatrio in vigore può essere consultato all'indirizzo: [https://ec.europa.eu/home-affairs/what-we-do/policies/irregular-migration-return-policy/return-readmission\\_en](https://ec.europa.eu/home-affairs/what-we-do/policies/irregular-migration-return-policy/return-readmission_en).

<sup>4</sup> Anche prima della conclusione dei primi accordi di rimpatrio, clausole relative al-

nio, e in particolare a partire dall'aumento della pressione migratoria indotto dalla primavera araba e dalle sue conseguenze, si è però assistito ad una differenziazione sempre maggiore sia del contenuto degli accordi, sia della loro forma<sup>5</sup>.

In primo luogo, sempre più spesso, la cooperazione si sostanzia in attività che vanno ben oltre l'accettazione del rimpatrio di migranti irregolari individualmente identificati ed espulsi dagli Stati membri. Sia nei rapporti bilaterali tra singoli Stati europei e Stati terzi, sia nelle relazioni esterne dell'Unione, gli accordi di rimpatrio sono infatti sostituiti o affiancati da più complesse forme di partenariato finalizzate a limitare il movimento dei migranti. Ciò avviene attraverso l'impegno dello Stato terzo a prevenire e reprimere l'emigrazione; il finanziamento, da parte dell'Unione o di singoli Stati membri, di centri di detenzione per migranti nel territorio degli Stati terzi; la cogestione di blocchi navali nelle acque territoriali dello Stato terzo, o il finanziamento di tali blocchi delegati interamente allo Stato terzo; fino all'impegno a trattenere e rimpatriare anche i rifugiati e non solo i migranti irregolari<sup>6</sup>.

In secondo luogo, è cambiata la forma di questi accordi. I classici accordi di riammissione, sia che fossero tra Unione europea e Stati terzi, sia che coinvolgessero i singoli Stati membri, erano accordi internazionali a tutti gli effetti, conclusi nel rispetto delle procedure istituzionali previste dagli ordinamenti giuridici di riferimento (attuale art. 218

la riammissione di migranti erano incluse in alcuni accordi di cooperazione. Il Consiglio europeo di Siviglia del 21 e 22 giugno 2002 aveva peraltro insistito affinché in qualsiasi accordo di cooperazione, di associazione o accordo tra l'Unione europea e un paese terzo fosse «inserita una clausola sulla gestione comune dei flussi migratori, nonché sulla riammissione obbligatoria in caso di immigrazione clandestina» (*Conclusioni della Presidenza*, par. 33).

<sup>5</sup> Per la definizione degli elementi fondamentali caratterizzanti il nuovo approccio globale alla migrazione si veda la *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, The Global Approach to Migration and Mobility*, 18 November 2011, Com(2011) 743 Final.

<sup>6</sup> Ci si riferisce ovviamente all'*EU-Turkey Statement* del 18 Marzo 2016, Council of the EU, Press Release 144/16. Già nel 2004, il progetto di valutare le domande d'asilo fuori dal territorio dell'Unione europea, inizialmente avanzato dalla Gran Bretagna (UK Home Office, *New International Approaches to Asylum Processing and Protection*, del 27 marzo 2003), era stato fatto proprio dal Consiglio europeo che nel Programma dell'Aja chiedeva alla Commissione di «esaminare il merito, l'opportunità e la fattibilità del trattamento comune delle domande di asilo all'esterno del territorio dell'UE» (*Programma dell'Aia, Rafforzamento della libertà, della sicurezza e della giustizia nell'Unione Europea*, allegato alle *Conclusioni della Presidenza* del Consiglio europeo di Bruxelles, del 4 e 5 novembre 2004, Doc. 14292/04 allegato 1, p. 18). Si noti tuttavia che questi iniziali progetti si proponevano di svolgere extra-territorialmente solo la valutazione delle domande, per poi procedere al ricollocamento.

TFUE, e norme sulla competenza a stipulare negli ordinamenti statali), e pubblicati secondo le modalità ufficiali. Negli accordi più recenti sono invece privilegiate forme atipiche: dichiarazioni congiunte, memorandum di intesa, o altre denominazioni in relazione alle quali la natura giuridica rimane dubbia. Tali atti infatti, sono formalmente qualificati come atti non giuridicamente vincolanti in diritto internazionale, ma appaiono applicati e rispettati come atti implicanti obblighi reciproci nel contesto che qui ci occupa.

La qualificazione di tali atti è poi resa ulteriormente difficoltosa per la carenza di pubblicità che li caratterizza. Essi, infatti, sono resi noti al pubblico con comunicati stampa che ne ripropongono i contenuti essenziali, ma non sono pubblicati nella loro versione integrale e ufficiale, il che ne rende praticamente impossibile un'analisi dettagliata del contenuto<sup>7</sup>.

Le misure extraterritoriali caratterizzanti l'approccio globale al controllo della migrazione<sup>8</sup> sono l'effetto dell'applicazione congiunta e combinata di diversi strumenti giuridici e di diversi percorsi negoziali. Un iniziale accordo di partenariato e cooperazione bilaterale o multilaterale, generalmente concluso nel rispetto delle norme sulla competenza a stipulare, costituisce la base giuridica per l'adozione di misure di cooperazione successive, che sono quelle più incisive dal punto di vista del godimento o della violazione dei diritti umani dei migranti, e che però sfuggono al controllo istituzionale.

#### a) *La cooperazione tra Italia e Libia*

Un primo esempio paradigmatico di quanto appena descritto in termini generali è dato dai rapporti di cooperazione tra Italia e Libia, sin dal

<sup>7</sup> Un esempio estremo di quanto affermato è dato dall'*EU-Turkey Statement* oggetto della presente indagine, di esso infatti è dubbia non solo la natura giuridica ma financo l'identità delle parti contraenti. Si vedano in merito: CANNIZZARO, *Disintegration Through Law?*, in *European Papers*, 2016, pp. 3-6; ID, *Denialism as the Supreme Expression of Realism – A Quick Comment on NF v. European Council*, in *European Papers*, 2017, pp. 251-257; MARCHEGANI, MAROTTI, *L'accordo tra l'Unione europea e la Turchia per la gestione dei flussi migratori: cronaca di una morte annunciata?*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2016, pp. 59-82; FERNÁNDEZ ARRIBAS, *The EU-Turkey Statement, the Treaty-Making Process and Competent Organs. Is the Statement an International Agreement?*, in *European Papers*, 2017, pp. 303-309.

<sup>8</sup> La locuzione "misure extraterritoriali caratterizzanti l'approccio globale al controllo della migrazione" è utilizzata qui in senso ampio, tale da comprendere tutte le misure volte ad ostacolare il transito dei migranti verso l'Europa e il cui effetto è quello di incidere sul godimento da parte dei migranti di diritti fondamentali prima che essi raggiungano il territorio degli Stati membri dell'Unione, o prima che il loro aver raggiunto il territorio sia formalizzato in un modo tale da garantire il rispetto di tali diritti.

2008. Formalmente la cooperazione tra questi due paesi in materia di controllo dell'immigrazione si fonda sul *Trattato di amicizia, partenariato e cooperazione* concluso a Bengasi il 30 agosto 2008, la cui ratifica ed esecuzione sono state disposte con legge n. 7 del 6 febbraio 2009<sup>9</sup>. Per quanto qui rilevante, tale Trattato si limita a prevedere forme congiunte di controllo delle acque territoriali libiche (art. 19), nonché un vago impegno di entrambe le parti a rispettare i diritti umani dei migranti (art. 6). Tuttavia, già nel 2009, tale Trattato era stato posto a fondamento dei respingimenti per i quali l'Italia è stata condannata nel caso *Hirsi*<sup>10</sup>, e ciò nonostante il fatto che nulla in quel Trattato prevedesse il respingimento da acque internazionali, che invece era stato deciso oralmente e in modo del tutto informale tra l'allora Presidente del Consiglio Berlusconi e il Capo di Stato libico Gheddafi.

Lo schema secondo cui il Trattato di amicizia del 2008 costituirebbe il quadro generale rispetto al quale ulteriori intese possano essere concluse in forma semplificata caratterizza anche la cooperazione più recente tra i due paesi. Il *Memorandum di intesa* del 2 febbraio 2017<sup>11</sup> è stato concluso dal Presidente del Consiglio dei Ministri italiano Paolo Gentiloni e dal Presidente del Consiglio Presidenziale del Governo di Riconciliazione Nazionale dello Stato di Libia Fayezi Al-Sarraj in forma semplificata, senza discussione parlamentare ed autorizzazione alla ratifica. E ciò nonostante si tratti di un accordo che rientra evidentemente tra quelli previsti dall'art. 80 della Costituzione per la sua natura politica e per gli oneri finanziari che comporta<sup>12</sup>, ed incida sul trattamento dello straniero per il quale l'art. 10 prevede la riserva di legge.

<sup>9</sup> Legge 6 febbraio 2009, n. 7, *Ratifica ed esecuzione del Trattato di amicizia, partenariato e cooperazione tra la Repubblica italiana e la Grande Giamahiria araba libica popolare socialista, fatto a Bengasi il 30 agosto 2008*, in *Gazzetta Ufficiale* n. 40 del 18 febbraio 2009.

<sup>10</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo [GC], *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, ricorso n. 27765/09, sentenza del 23 febbraio 2012.

<sup>11</sup> *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, [www.governo.it/sites/governoNEW.it/files/Libia.pdf](http://www.governo.it/sites/governoNEW.it/files/Libia.pdf).

<sup>12</sup> A superare la necessità di autorizzazione alla ratifica relativa agli oneri finanziari non sembra sufficiente l'art. 4 del *Memorandum* secondo cui non vi sarebbero «oneri aggiuntivi per il bilancio dello Stato italiano». Se già la sola valutazione degli oneri ingenti che il *Memorandum* comporta era sufficiente ad affermare che esso avrebbe inciso in maniera notevole sulle scelte di ripartizione del bilancio statale, ciò è oggi confermato dal fatto che il supporto tecnico alle autorità libiche per la gestione delle frontiere è avvenuto attraverso il probabile sviamento di fondi destinati a rilanciare il dialogo e la cooperazione con i Paesi africani (si veda il Decreto del Direttore Generale della Direzione Generale per gli italiani all'estero e le politiche Migratorie del Ministero

La conclusione in forma semplificata sembrerebbe giustificata sulla base del presupposto che il *Memorandum* abbia la semplice funzione di «attuare gli accordi sottoscritti tra le Parti in merito, tra cui il Trattato di Amicizia, Partenariato e Cooperazione firmato a Bengasi il 30/08/2008, ed in particolare l'articolo 19 dello stesso Trattato, la Dichiarazione di Tripoli del 21 gennaio 2012 e altri accordi e memorandum sottoscritti in materia»<sup>13</sup>.

Tuttavia, considerare il *Memorandum* mera attuazione dell'art. 19 del Trattato di amicizia del 2008 non sembra corretto. L'art. 19 infatti è una norma generica che si limita a prevedere che le parti intensifichino, senza meglio specificarne le modalità, la collaborazione già in atto nella lotta alla criminalità organizzata, al traffico di stupefacenti e all'immigrazione clandestina (Art. 19, par. 1); la «realizzazione di un sistema di controllo delle frontiere terrestri libiche, da affidare a società italiane» (par. 2); e la «definizione di iniziative, sia bilaterali, sia in ambito regionale, per prevenire il fenomeno dell'immigrazione clandestina nei Paesi di origine dei flussi migratori» (par. 3).

Il riferimento alle *frontiere terrestri libiche* e ai *Paesi di origine* dei flussi migratori lascia intendere che l'aiuto italiano previsto dal Trattato dall'Italia sia volto ad un migliore controllo del flusso migratorio verso la Libia e non ad assicurare il trattenimento in Libia di migranti e rifugiati ivi presenti. Il *Memorandum* invece prevede il «sostegno alle istituzioni di sicurezza e militari al fine di arginare i flussi di migranti illegali» (art. 1 A). La parte italiana si impegna inoltre «a fornire supporto tecnico e tecnologico agli organismi libici incaricati della lotta contro l'immigrazione clandestina, e che sono rappresentati dalla guardia di frontiera e dalla guardia costiera del Ministero della Difesa, e dagli organi e dipartimenti competenti presso il Ministero dell'Interno» (art. 1 C). Lo scopo di trattenere in Libia i migranti è confermato dalla previsione dell'«adeguamento e finanziamento dei centri di accoglienza [libici] già attivi nel rispetto delle norme pertinenti, usufruendo di finanziamenti disponibili da parte italiana e di finanziamenti dell'Unione Europea» (art. 2, par. 2); per tali centri l'Italia promuove inoltre la formazione del personale (art. 2, par. 3). Infine, il *Memorandum* istituisce un Comitato paritario per il monitoraggio dell'accordo e l'identificazione di *ulteriori misure da adottare* (art. 3).

degli Affari Esteri e della Cooperazione Internazionale n. 4110/47 del 28 agosto 2017, rispetto al quale ASGI ha depositato un ricorso al T.A.R. del Lazio per sviamento di potere, i documenti pertinenti sono scaricabili all'indirizzo [www.asgi.it/asilo-e-protezione-internazionale/libia-italia-ricorso-fondi-cooperazione/](http://www.asgi.it/asilo-e-protezione-internazionale/libia-italia-ricorso-fondi-cooperazione/)).

<sup>13</sup> Così il Preambolo del *Memorandum* (corsivo aggiunto).

Appare quindi evidente dal testo del *Memorandum* che le parti si sono impegnate ad adottare misure che, sebbene rientranti in finalità analoghe a quelle del Trattato di amicizia, vanno ben oltre le sue disposizioni, prevedendo nuovi ed ulteriori obblighi reciproci. Il *Memorandum* non può quindi essere qualificato come mera attuazione del Trattato di amicizia.

Particolarmente rilevante per quanto riguarda la deroga alle garanzie costituzionali è poi l'istituzione del Comitato paritario. A tale Comitato, di cui peraltro l'accordo non definisce né la composizione né le modalità di nomina, è infatti attribuito il compito di identificare ulteriori misure, cui presumibilmente verrà data esecuzione secondo procedure ancor più semplificate e, di conseguenza, meno trasparenti. Ciò trova conferma nel modo in cui si è data esecuzione al *Memorandum* a partire dall'estate 2017, che di fatto costituisce un'ulteriore evoluzione della cooperazione tra i due paesi. Le misure di controllo e trattenimento di migranti e rifugiati sono infatti ormai svolte direttamente dalle autorità libiche, con modalità tendenti addirittura ad ostacolare l'intervento di soccorso in mare svolto dalle ONG<sup>14</sup>. Il ruolo dell'Italia nello svolgimento di queste operazioni ha sollevato l'attenzione del Commissario ai Diritti Umani del Consiglio d'Europa Nils Muižnieks che, il 28 settembre 2017, ha inviato una richiesta di chiarimenti al Ministro dell'Interno Minniti. In risposta a tale richiesta, l'11 ottobre, il Governo Italiano ha assicurato che «mai navi italiane o che collaborano con la Guardia Costiera italiana hanno riportato in Libia migranti tratti in salvo»; il Ministro ha precisato gli scopi della cooperazione, senza però fornire alcuna indicazione concreta sul contenuto e i modi di tale cooperazione, né sulla ripartizione delle responsabilità di comando<sup>15</sup>.

Ulteriore elemento tendente a far escludere che il *Memorandum* costituisca esecuzione del Trattato di amicizia del 2008 è la dubbia identità delle Parti. Sebbene sia riconosciuto come Governo della Libia dalla comunità internazionale e più particolarmente dalle Nazioni Unite, il Governo di Riconciliazione Nazionale dello Stato di Libia di Al-Serraj è

<sup>14</sup> Si veda tra i tanti articoli di stampa, ELUMAMI, *Libyan coastguard turns back nearly 500 migrants after altercation with NGO ship*, 10 maggio 2017, [www.reuters.com](http://www.reuters.com); HENLEY, GIUFFRIDA, *Three NGOs halt Mediterranean migrant rescues after Libyan hostility*, su *The Guardian*, 14 agosto 2017, [www.theguardian.com](http://www.theguardian.com). Da ultimo ZINITI, *Soccorsi in mare ritardati per dare priorità ai libici, noi costretti a guardare impotenti*, su *La Repubblica*, del 27 novembre 2017, [www.repubblica.it](http://www.repubblica.it).

<sup>15</sup> Sia la lettera del Commissario sia la risposta del Ministro sono scaricabili dal sito internet del Consiglio d'Europa all'indirizzo [www.coe.int/fr/web/commissioner/-/commissioner-seeks-clarifications-over-italy-s-maritime-operations-in-libyan-territorial-waters](http://www.coe.int/fr/web/commissioner/-/commissioner-seeks-clarifications-over-italy-s-maritime-operations-in-libyan-territorial-waters).

lungi dal controllare l'intero territorio dello Stato, che invece è conteso tra diverse milizie. Il Parlamento di Tobruk, che appoggia il maresciallo Khalifa Haftar, non ha riconosciuto la competenza del Governo di Unità Nazionale insediato a Tripoli a concludere l'accordo, e sulla base di questa circostanza il 22 marzo 2017 il Tribunale di Tripoli ha sospeso l'applicazione del Memorandum<sup>16</sup>.

Amnesso quindi che il *Memorandum* sia un accordo internazionale, esso appare concluso in violazione delle norme interne sulla competenza a stipulare di entrambi gli Stati. Tuttavia, per quanto concerne il Parlamento italiano, sembra lecito sostenere che l'approvazione da parte di Camera e Senato, il 2 agosto 2017, della partecipazione dell'Italia alla missione internazionale in supporto alla Guardia costiera libica costituisca un assenso *a posteriori* all'operato del Governo; la Relazione predisposta dalle Commissioni Affari esteri e Difesa della Camera dei Deputati, infatti, richiama espressamente il *Memorandum*, del quale si approvano implicitamente i contenuti<sup>17</sup>. Cionondimeno, il rispetto pieno della Costituzione avrebbe richiesto un dibattito parlamentare preventivo, e non un avallo implicito espresso mesi dopo la conclusione dell'accordo.

*b) Gli accordi di rimpatrio conclusi tra Italia e Tunisia*

La deroga alle norme costituzionali sulla competenza a stipulare non è però caratteristica specifica della relazione tra Italia e Libia; si tratta infatti di una tendenza che trova riscontro anche nei rapporti di cooperazione con altri paesi. Un secondo esempio è l'accordo con la Tunisia, all'origine dei respingimenti in merito ai quali si è pronunciata la Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Khlaifia c. Italia*<sup>18</sup>. Anche nel caso degli accordi bilaterali tra Italia e Tunisia si ripete, sebbene con alcune differenze, lo schema appena illustrato: esiste un accordo generale (in questo caso uno scambio di note), il quale però non costituisce la base giuridica dei respingimenti nel caso specifico, che invece sono realizzati

<sup>16</sup> Cfr. *Tripoli court blocks Serraj's migrant deal with Italy: effect unclear*, in *Libya Herald*, 22 marzo 2017, [www.libyaherald.com/2017/03/22/tripoli-court-blocks-serrajs-migrant-deal-with-italy-effect-unclear/](http://www.libyaherald.com/2017/03/22/tripoli-court-blocks-serrajs-migrant-deal-with-italy-effect-unclear/); DEARDEN, *Libyan court suspends deal struck with Italy aiming to reduce refugee boat crossings over Mediterranean Sea*, in *Independent* <http://www.independent.co.uk/news/world/africa/refugee-crisis-migrants-latest-libya-italy-deal-agreement-suspended-tripoli-court-haftar-russia-a7650011.html>.

<sup>17</sup> Camera dei Deputati, doc. XVI n. 4, *Relazione delle Commissioni III (Affari Esteri e Comunitari) e IV (Difesa) sulla deliberazione del Consiglio dei Ministri in merito alla partecipazione dell'Italia alla missione internazionale in supporto alla Guardia costiera libica, adottata il 28 luglio 2017 (Doc. CCL, N. 2)* presentata alla Presidenza il 1° agosto 2017.

<sup>18</sup> *Khlaifia e altri c. Italia*, ricorso n. 16483/12, sentenza della Seconda Sezione del 1 settembre 2015, e poi della Grande Camera del 15 dicembre 2016.

in esecuzione di un “accordo tecnico”, reso noto al pubblico con un comunicato stampa. Peraltro, dubbi sul rispetto delle norme costituzionali sulla competenza a stipulare sorgono con riferimento ad entrambi gli strumenti negoziali.

Nel 1998 Italia e Tunisia conclusero un accordo concernente l'ingresso e la riammissione delle persone in posizione irregolare, tale accordo prevede il rimpatrio sia dei cittadini dei due paesi sia dei cittadini di Stati terzi in transito. È utile notare che già questo primo accordo è stato concluso attraverso uno scambio di note diplomatiche, in forma semplificata e quindi senza l'adozione di una previa legge di autorizzazione alla ratifica. La scelta di non sottoporre accordi di questo tipo al dibattito parlamentare solleva qualche dubbio di legittimità sia con riferimento all'art. 80 sia con riferimento all'articolo 10 della Costituzione. Con riferimento a quest'ultima norma, è evidente che l'accordo incide sulla “condizione giuridica dello straniero” per la quale l'art. 10 prevede la riserva di legge. Con riferimento invece all'art. 80, si può considerare che la costruzione di centri di trattenimento per migranti sul territorio tunisino a spese dell'Italia (Punto I, lett. c) dell'accordo) sia una decisione di natura politica e che comporta oneri alle finanze. Va constatato però che in merito a questo accordo non è stata sollevata alcuna questione di legittimità, esso risulta perfettamente vigente ed applicato dalle parti, ed è stato regolarmente pubblicato nella sua versione integrale<sup>19</sup>.

Tuttavia, i respingimenti “informali” realizzati a partire dal 2011 non costituiscono attuazione dello Scambio di Note tra Italia e Tunisia. Questi infatti appaiono realizzati in esecuzione di un “accordo tecnico” del 5 aprile 2011 il cui testo ufficiale non è mai stato reso noto al pubblico. Dell'accordo è stata data notizia con un comunicato stampa del Ministero dell'Interno, dal quale si deduce che:

«l'Italia donerà al Paese nordafricano sei motovedette, quattro pattugliatori ed un centinaio di fuoristrada per consentire alle Forze di polizia tunisine di riprendere i controlli sulle coste».

<sup>19</sup> *Scambio di Note tra l'Italia e la Tunisia concernente l'ingresso e la riammissione delle persone in posizione irregolare*, Roma, 6 agosto 1998, in Supplemento Ordinario alla *Gazzetta Ufficiale* n. 11 del 15 gennaio 2000. La diponibilità del testo integrale dell'accordo permette peraltro di constatare l'assenza di ogni impegno relativo al rispetto dei diritti umani dei migranti; l'unica disposizione in tal senso è contenuta nell'articolo V (Disposizioni finali) ai sensi del quale «Nel rispetto della dignità delle persone da riammettere, e al fine di evitare ogni coinvolgimento dei mass media nelle operazioni di riammissione, la Parte richiedente s'impegna a non praticare rimpatri in massa o speciali di dette persone.»

Inoltre:

«i migranti tunisini che arriveranno da ora in poi sulle coste del nostro paese potranno essere rimpatriati in maniera diretta e con procedure semplificate»<sup>20</sup>.

Informazioni leggermente più precise possono essere dedotte dalla ricostruzione delle fonti pertinenti nella sentenza di Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo. Tuttavia, solo al momento del rinvio alla Grande Camera il Governo Italiano ha allegato un estratto del verbale della riunione tenutasi a Tunisi il 4 e 5 aprile 2011 e che può probabilmente considerarsi l'unico testo ufficiale esistente dell'accordo<sup>21</sup>.

Dalla lettura dei documenti citati si ricava quindi che sulla base di un "accordo tecnico", concluso dai Ministri dell'Interno dei due paesi l'Italia si è impegnata a fornire alla Tunisia *mezzi militari* per controllare le frontiere ed impedire l'uscita dal paese, tanto dei cittadini tunisini quanto di quelli in transito, indipendentemente dal fatto che si tratti di migranti economici, potenziali richiedenti asilo o rifugiati. Ciò avviene nella consapevolezza della «fragilità del quadro politico tunisino», come osservato dagli esperti del ministero dell'Interno incaricati del negoziato<sup>22</sup>, e senza la previsione di impegni specifici in materia di rispetto dei diritti umani e del principio di *non refoulement*<sup>23</sup>. Si tratta quindi di uno scambio che va ben oltre la soluzione materiale di mere questioni *tecniche*, e rispetto al quale si potrebbe dubitare della legittimità costituzionale dell'utilizzo di una procedura semplificata di conclusione che elida il passaggio parlamentare. Inoltre, anche volendo negare l'inclusione dell'accordo tra quelli previsti dall'art. 80 della Costituzione, va comunque sottolineato che, anche se concluso in forma semplificata, il carattere non meramente tecnico dell'accordo ne avrebbe imposto quantomeno la pubblicazione in forma ufficiale.

c) *La cooperazione tra Unione europea, Stati membri e Turchia*

La mancanza di pubblicazione ufficiale degli strumenti utilizzati per

<sup>20</sup> *Immigrazione, siglato l'accordo tra Italia e Tunisia*, comunicato stampa del Ministero dell'Interno, 6 aprile 2011, [http://www1.interno.gov.it/mininterno/export/sites/default/it/sezioni/sala\\_stampa/notizie/immigrazione/000073\\_2011\\_04\\_06\\_accordo\\_Italia-Tunisia.html](http://www1.interno.gov.it/mininterno/export/sites/default/it/sezioni/sala_stampa/notizie/immigrazione/000073_2011_04_06_accordo_Italia-Tunisia.html).

<sup>21</sup> *Khlaifia e altri c. Italia*, cit., sentenza della Grande Camera del 15 dicembre 2016, paragrafi 37-40.

<sup>22</sup> *Immigrazione, siglato l'accordo tra Italia e Tunisia*, comunicato stampa del Ministero dell'Interno, cit.

<sup>23</sup> La nota verbale prevede solo l'impegno dell'Italia a non realizzare respingimenti di massa o speciali (Cfr. *Khlaifia e altri c. Italia*, cit., sentenza della Grande Camera del 15 dicembre 2016, par. 40).

la cooperazione con stati terzi in materia di contrasto all'immigrazione caratterizza anche le misure multilaterali adottate dall'Unione europea e dagli Stati membri collettivamente. Lo *EU-Turkey Statement* del 18 marzo 2016<sup>24</sup> ne è probabilmente l'esempio più eclatante<sup>25</sup>.

Fin dall'indomani della sua adozione, lo *Statement* è stato aspramente criticato da più parti sia per la sua incompatibilità con i diritti umani fondamentali, in particolare con il divieto di tortura e il principio di *non refoulement*, sia per il mancato rispetto delle procedure previste dal Trattato per la conclusione di accordi internazionali<sup>26</sup>, ragioni entrambe sufficienti per sostenerne l'invalidità come atto dell'Unione europea. È noto

<sup>24</sup> *EU-Turkey Statement*, Council of the EU, Press Release 144/16, del 18 Marzo 2016, [www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2016/03/18-eu-turkey-statement/](http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2016/03/18-eu-turkey-statement/).

<sup>25</sup> Nel presente lavoro si fa sempre riferimento alla dichiarazione congiunta come *EU-Turkey Statement*, nonostante quanto affermato dal Tribunale dell'Unione europea nel caso *NF c. Consiglio Europeo* (causa T-192/16, *NF c. Consiglio Europeo*, ordinanza del 28 febbraio 2017) per due ragioni. In primo luogo, questo è il nome attribuito alla dichiarazione nell'unico documento distribuito al pubblico, ovvero il comunicato stampa diramato dal Consiglio europeo. In secondo luogo, come sarà argomentato nel prosieguo di questo lavoro, indipendentemente dalla definizione delle 'parti', l'Unione europea gioca un ruolo fondamentale nell'attuazione e nell'esecuzione dell'accordo.

<sup>26</sup> PEERS, *The Final EU/Turkey Refugee Deal: A Legal Assessment*, in *EU Law Analysis*, 18 marzo 2016, [eulawanalysis.blogspot.it](http://eulawanalysis.blogspot.it); DEN HEIJER, SPIJKERBOER, *Is the EU-Turkey Refugee and Migration Deal a Treaty?*, in *EU Law Analysis*, 7 aprile 2016, [eulawanalysis.blogspot.it](http://eulawanalysis.blogspot.it); LABAYLE, DE BRUYCKER, *The EU-Turkey Agreement on Migration and Asylum: False Pretences or a Fool's Bargain?*, in *EU Migration Law Blog*, <http://eumigrationlawblog.eu/the-eu-turkey-agreement-on-migration-and-asylum-false-pretences-or-a-fools-bargain/>; MARCHEGIANI, MAROTTI, *L'accordo tra l'Unione europea e la Turchia per la gestione dei flussi migratori: cronaca di una morte annunciata?*, cit.; FAVILLI, *La cooperazione UE-Turchia per contenere il flusso di migranti e richiedenti asilo: obiettivo riuscito?*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 2016, pp. 405-425; FERNÁNDEZ ARRIBAS, *The EU-Turkey Statement, the Treaty-Making Process and Competent Organs. Is the Statement an International Agreement?*, cit.; POON, *EU-Turkey Deal: Violation of, or Consistency with, International Law?*, in *European Papers*, 2016, pp. 1195-1203. Il dibattito aveva peraltro avuto inizio già sulla base dei risultati dell'incontro tra i Capi di Stato e di Governo dell'Unione europea e la Turchia del 7 marzo 2016 (*Remarks by President Donald Tusk after the Meeting of the EU Heads of State Or Government With Turkey*, Statements and remarks n. 110/16, 7/3/2016); si veda per esempio lo scambio tra James C. Hathaway e Kay Hailbronner su *Verfassungsblog on Matters Constitutional*: HATHAWAY, *Three Legal Requirements for the EU-Turkey Deal: An Interview With James Hathaway*, in *VerfBlog*, 9/3/2016, <http://verfassungsblog.de/three-legal-requirements-for-the-eu-turkey-deal-an-interview-with-james-hathaway/>; HAILBRONNER, *Legal Requirements for the EU-Turkey Refugee Agreement: A Reply to J. Hathaway*, in *VerfBlog*, 11/3/2016, <http://verfassungsblog.de/legal-requirements-for-the-eu-turkey-refugee-agreement-a-reply-to-j-hathaway/>; HATHAWAY, *Taking Refugee Rights Seriously: A Reply to Professor Hailbronner*, in *VerfBlog*, 12/3/2016, <http://verfassungsblog.de/taking-refugee-rights-seriously-a-reply-to-professor-hailbronner/>.

tuttavia che il 28 febbraio 2017 il Tribunale dell'Unione europea ha affermato la propria incompetenza a pronunciarsi sulla validità dello *Statement* sulla base della considerazione che non si tratta di un atto del Consiglio europeo ma dei singoli Stati membri<sup>27</sup>. Nonostante questa conclusione fosse già stata prospettata in dottrina all'indomani dell'accordo<sup>28</sup>, la lettura della motivazione dell'ordinanza lascia perplessi da diversi punti di vista.

Se lo *Statement* UE-Turchia è un trattato, è sicuramente un trattato concluso in violazione delle norme che sia nel diritto dell'Unione sia nel diritto degli Stati membri regolano la competenza a stipulare<sup>29</sup>. Per quanto concerne l'Unione europea, infatti, come rilevato dallo stesso Tribunale<sup>30</sup>, la negoziazione è avvenuta in totale deroga alla procedura prevista dall'art. 218 TFUE<sup>31</sup>. Con riferimento invece ai singoli Stati, si tratterebbe di un accordo concluso senza firma né ratifica, e al quale non è stata data alcuna pubblicità in forma ufficiale.

Tuttavia, la violazione delle norme interne sulla competenza a stipulare, tanto per i trattati tra Stati che per quelli con Organizzazioni internazionali, incide *eventualmente* sulla validità del Tratto non certo sull'identificazione delle parti.

Si tratterebbe peraltro di un'eventualità molto improbabile poiché, ai sensi dell'art. 46 di entrambe le Convenzioni di Vienna sul diritto dei trattati (rispettivamente tra Stati del 1969, e con organizzazioni internazionali del 1986), il vizio del consenso dovrebbe essere invocato dalla parte che afferma la violazione manifesta delle norme fondamentali sulla competenza a stipulare del suo ordinamento, e per ora nessuna delle parti ha invocato la nullità dell'accordo<sup>32</sup>. Inoltre, ai sensi dell'art. 45 di en-

<sup>27</sup> Tribunale dell'Unione europea, *NF c. Consiglio Europeo*, causa T-192/16, cit. Si veda anche l'ordinanza gemella *NG c. Consiglio Europeo*, causa T-193/16, 28 febbraio 2017.

<sup>28</sup> CANNIZZARO, *Disintegration Through Law?*, cit., p. 5.

<sup>29</sup> Sul punto si veda, anche per i riferimenti ad ulteriore dottrina, l'analisi proposta da MARCHEGIANI, MAROTTI, *L'accordo tra l'Unione europea e la Turchia per la gestione dei flussi migratori: cronaca di una morte annunciata?*, cit., p. 70 ss. Benché contraddetta dall'ordinanza del tribunale, successiva alla pubblicazione dell'articolo, l'analisi proposta dai due autori appare condivisibile.

<sup>30</sup> Si vedano in particolare i paragrafi 56 e 70 dell'ordinanza *NF c. Consiglio Europeo*, cit.

<sup>31</sup> Cfr. GATTI, *The EU-Turkey Statement: A Treaty That Violates Democracy*, in *EJIL: Talk!*, Part 1, 18/4/2017, [www.ejiltalk.org/the-eu-turkey-statement-a-treaty-that-violates-democracy-part-1-of-2/](http://www.ejiltalk.org/the-eu-turkey-statement-a-treaty-that-violates-democracy-part-1-of-2/), and Part 2, 19/4/2017, [www.ejiltalk.org/the-eu-turkey-statement-a-treaty-that-violates-democracy-part-2-of-2/](http://www.ejiltalk.org/the-eu-turkey-statement-a-treaty-that-violates-democracy-part-2-of-2/).

<sup>32</sup> Evidentemente, l'analisi proposta è valida solo se si ritiene che si tratti appunto di un accordo, e non di una mera dichiarazione politica non vincolante; la circostanza che nessuna delle parti ne contesti la validità potrebbe infatti essere prova proprio del fatto che le stesse parti non lo ritengono giuridicamente vincolante. Tuttavia, come si tenterà

trambe le Convenzioni di Vienna, il vizio del consenso non può essere invocato dalla parte che «a causa del suo comportamento fa presumere la sua acquiescenza in merito alla validità del trattato o al suo mantenimento in vigore o alla continuazione della sua applicazione». I rimpatri dalla Grecia verso la Turchia in applicazione di quanto deciso nello *Statement* si sono regolarmente svolti fin dai giorni immediatamente successivi alla sua adozione<sup>33</sup>, ed entrambi gli Stati hanno adottato leggi interne volte ad assicurare l'attuazione dell'accordo<sup>34</sup>; in tutti i casi in cui le autorità amministrative o giurisdizionali greche si sono pronunciate, sia per annullare<sup>35</sup> sia per confermare<sup>36</sup> i decreti di respingimento si sono fondati su motivi sostanziali, presupponendo la validità dell'accordo. Per l'Unione europea, la Commissione ha svolto il proprio ruolo di controllo e coordinamento nell'attuazione dello *Statement*, presentando regolarmente al Consiglio e al Parlamento i propri rapporti periodici, dai quali risulta anche il rispetto degli impegni economici assunti nei confronti della Turchia<sup>37</sup>. Il Consiglio europeo del 22

di dimostrare nel seguito di questo lavoro, le misure adottate da tutte le parti coinvolte per dare esecuzione allo *Statement* confermano la volontà di rispettare impegni assunti in forma vincolante.

<sup>33</sup> European Commission, *First Report on the Progress Made in the Implementation of the EU-Turkey Statement*, 20/4/2016, COM(2016) 231 final, p. 4.

<sup>34</sup> Con Legge n. 4375 del 3 aprile 2016 la Grecia ha introdotto nel proprio ordinamento il criterio del paese terzo sicuro e paese di primo asilo sicuro, e modificato la procedura per l'esame delle domande d'asilo (v. AIDA, *Greece: asylum reform in the wake of the EU-Turkey deal*, 4/4/2016, [www.asylumineurope.org/news/04-04-2016/greece-asylum-reform-wake-eu-turkey-deal](http://www.asylumineurope.org/news/04-04-2016/greece-asylum-reform-wake-eu-turkey-deal)). La Turchia ha invece adottato il Regolamento n. 8722 del 6 aprile 2016 contenente norme specifiche sulla protezione temporanea riconosciuta ai cittadini siriani (cfr European Commission, *First Report on the Progress Made in the Implementation of the EU-Turkey Statement*, 20/4/2016, COM(2016) 231 final, p. 4).

<sup>35</sup> Appeals Committee, Decision n. 05/133782, 17 May 2016, [www.asylumlawdatabase.eu/en/content/greece-appeals-committee-pd-1142010-decision-05133782-17-may-2016](http://www.asylumlawdatabase.eu/en/content/greece-appeals-committee-pd-1142010-decision-05133782-17-may-2016). Si ricordi che immediatamente dopo questa pronuncia, il 16 giugno 2016, è stato adottato un emendamento alla legge 4375/2016 che riduce la composizione dei comitati a due giudici amministrativi e un rappresentante dell'UNHCR.

<sup>36</sup> Consiglio di Stato greco, sentenze nn. 2347 e 2348, del 22 settembre 2017 (per un sommario in inglese delle pronunce si veda AIDA, *Greece: The ruling of the Council of State on the asylum procedure post EU-Turkey deal*, [www.asylumineurope.org/news/04-10-2017/greece-ruling-council-state-asylum-procedure-post-eu-turkey-deal](http://www.asylumineurope.org/news/04-10-2017/greece-ruling-council-state-asylum-procedure-post-eu-turkey-deal)).

<sup>37</sup> Al momento in cui si scrive la Commissione ha presentato al Consiglio e al Parlamento sette successivi *Report on the Progress Made in the Implementation of the EU-Turkey Statement*: il 20 aprile 2016 (COM(2016) 231 final), il 15 giugno 2016 (COM(2016) 349 final), il 28 settembre 2016 (COM(2016) 634 final), l'8 dicembre 2016 (COM(2016) 792 final), il 2 marzo 2017 (COM(2017) 204 final), il 13 giugno 2017 (COM(2017) 323 final), e il 6 settembre 2017 (COM(2017) 470 final). L'ordinanza del Tribunale non sembra aver avuto alcuna conseguenza sul *modus operandi* della Commissione.

e 23 giugno 2017 ha confermato il suo impegno per «un'attuazione piena e non discriminatoria della dichiarazione UE-Turchia in tutti i suoi aspetti e nei confronti di tutti gli Stati membri»<sup>38</sup>. Sembra quindi evidente l'acquiescenza delle parti non solo in merito alla validità del trattato, ma anche in merito al ruolo svolto dall'Unione europea.

Resta tuttavia un dato di fatto che le modalità di conclusione e di pubblicazione dello *Statement* ne rendono problematica sia la qualificazione giuridica sia l'identificazione delle parti. La paternità di qualsiasi accordo internazionale, infatti, è normalmente definita sia nell'intestazione iniziale sia nelle firme che lo sigillano. Lo *Statement* però è noto solo nella forma di un comunicato stampa, al quale manca quest'ultima parte. In assenza di firme in calce al testo, sembra corretto ritenere che anche le parti dell'accordo dovrebbero essere determinate in base alla regola generale di interpretazione e quindi «seguendo il senso ordinario da attribuire ai termini del trattato nel loro contesto e alla luce del suo oggetto e del suo scopo». A tal fine il Tribunale ha preso atto del fatto che i termini utilizzati nell'accordo con riferimento ai soggetti che si impegnano sono “Members of the European Council” ed “European Union”, il senso ordinario dei quali non dovrebbe lasciar adito a dubbi. Tuttavia, il Tribunale ritiene che sul senso ordinario di quei termini non si possa fare affidamento perché sono contenuti in un documento *giornalistico* rivolto al grande pubblico e sono pertanto utilizzati in modo *atecnico*<sup>39</sup>. Si tratta di un argomento che potrebbe essere condivisibile se esistesse un documento ufficiale, non giornalistico, cui fare riferimento, tuttavia un tale documento non è disponibile<sup>40</sup>. Invece, l'interpretazione di quegli stessi termini nel loro contesto e alla luce dell'oggetto e dello scopo dello *Statement*, tenderebbe a confermare che il riferimento all'Unione europea corrisponda ad una precisa scelta tecnica, volta ad identificare la parte obbligata. Infatti, mentre nelle disposizioni relative all'assunzione di obblighi specifici il soggetto è l'Unione europea, l'indicazione degli Stati membri quali soggetti si ha solo per questioni particolari e tendenzialmente senza prevedere l'assunzione di impegni vincolanti. Per esempio, al paragrafo 4, nel prevedere lo sviluppo futuro del *Voluntary Humanitarian Admission Scheme* si precisa che «EU Member States will contribute on a voluntary basis to this scheme». Pa-

<sup>38</sup> Conclusioni del Consiglio europeo del 22 e 23 giugno 2017, EUCO 8/17.

<sup>39</sup> *NF c. Consiglio Europeo*, causa T-192/16, cit., par. 58.

<sup>40</sup> Come si ricava dalla lettura del par. 55 dell'ordinanza, il documento allegato agli atti dallo stesso Consiglio europeo è una versione pdf dello stesso comunicato stampa, che si differenzia da quello scaricabile dal sito internet per la sola intestazione *International Summit* invece che *Foreign affairs and international relations*.

rimenti, al paragrafo 9, l'utilizzo della locuzione «The EU and its Member States» nell'affermare il comune impegno a migliorare le condizioni umanitarie in Siria, sembra indicativa proprio del fatto che in questo caso si è voluto *aggiungere* l'impegno degli Stati membri a quello generale dell'Unione. La distinzione tra gli impegni assunti dall'Unione e quelli degli Stati membri nel testo dello *Statement* risulta peraltro conforme alla distribuzione delle competenze tra diversi soggetti coinvolti<sup>41</sup>. L'interpretazione sistematica e teleologica dello *Statement* porta dunque a concludere che in esso i riferimenti all'"Unione europea" da un lato e agli "Stati Membri" dall'altro non sono casuali, né hanno una funzione meramente divulgativa, ma al contrario corrispondono al loro specifico significato tecnico-giuridico.

Il dato testuale appare però irrilevante nella motivazione del Tribunale, che invece applica in via principale quelli che dovrebbero essere mezzi complementari di interpretazione, nel tentativo di determinare la volontà delle parti<sup>42</sup>. Al fine di determinare le circostanze nelle quali l'accordo è stato concluso tuttavia, il Tribunale non prende in considerazione le più evidenti tra queste, ovvero il fatto che l'incontro tra le parti ha avuto luogo in occasione di un Consiglio europeo, nella sua sede e in presenza di tutti i suoi membri ivi compresi il suo Presidente e il Presidente della Commissione, che partecipa di un percorso negoziale in larga parte gestito da istituzioni dell'Unione europea, benché in deroga alle procedure previste dal TFUE. Più che queste circostanze evidenti e in qualche modo ufficiali, appaiono invece rilevanti, ai fini del giudizio del Tribunale, le minute interne di preparazione dell'incontro e le intestazioni utilizzate nel planning della giornata<sup>43</sup>.

Se da un lato si può sostenere che la bizzarra motivazione del tribunale costituisce un *escamotage* volto ad evitare di pronunciarsi sulla

<sup>41</sup> Rientra infatti nella competenza degli Stati la determinazione di quote di ricollocamento su base volontaria (Paragrafo 4 dello *Statement*), mentre rientra nelle competenze dell'Unione il potenziamento dei negoziati per la liberalizzazione dei visti (Paragrafo 5). Inoltre, solo l'Unione europea può siglare impegni a carico del proprio bilancio (Paragrafo 1: «The costs of the return operations of irregular migrants will be covered by the EU»).

<sup>42</sup> Sul carattere inedito e fondamentalmente errato di questa argomentazione fondata sull'intenzione delle parti, si veda anche CANNIZZARO, *Denialism as the Supreme Expression of Realism*, cit., p. 253 ss. Peraltro, si noti che le uniche "Parti" il cui intento rileva nell'interpretazione del Tribunale sono quelle europee, mentre in nessuna considerazione è tenuto l'intento della Turchia, che negoziando e concludendo un accordo nella sede del Consiglio europeo, in presenza di tutti i suoi membri ivi compresi il suo Presidente e il Presidente della Commissione, in perfetta buona fede poteva identificare l'Unione europea come controparte.

<sup>43</sup> *NF c. Consiglio Europeo*, causa T-192/16, cit., par. 64 e 65.

validità formale e sostanziale dell'accordo, dall'altro è anche necessario constatare che una obiettiva ambiguità caratterizza il complesso dei negoziati con la Turchia. L'*EU-Turkey Action Plan* è infatti costituito da un insieme di strumenti in cui non sempre è facile distinguere gli accordi vincolanti dalle intese politiche e in cui gli impegni assunti dagli Stati si confondono con le azioni dell'Unione, spesso in spregio alle prerogative dei parlamenti, sia nazionali sia europeo<sup>44</sup>.

Si tratta però di un'ambiguità che caratterizza il complesso delle relazioni con Stati terzi in materia di controllo delle frontiere e gestione della migrazione, in cui l'ampio uso di strumenti intergovernativi comporta la rinuncia ai controlli istituzionali e giurisdizionali che dovrebbero garantire l'interesse dell'Unione e il rispetto del suo diritto. Si tratta di un uso rispetto al quale sarebbe opportuna una pronuncia dell'organo giurisdizionale dell'Unione che chiarisca le rispettive competenze. Una tale pronuncia sarebbe tanto più necessaria alla luce del fatto che, secondo le parole della Commissione, lo *Statement* costituisce «la nuova via per mettere ordine nel flusso migratorio» e deve «ispirare la cooperazione con gli altri Stati terzi»<sup>45</sup>. Il Tribunale non ha colto l'occasione che gli si era presentata ed è perciò auspicabile che la Corte di Giustizia, davanti alla quale l'ordinanza è stata impugnata<sup>46</sup>, decida di pronunciarsi diversamente.

Peraltro, al di là del giudizio di legittimità sullo *Statement* in quanto tale, e anche ammettendo che l'accordo non sia un atto in merito al quale la Corte di Giustizia abbia competenza giurisdizionale, restano atti dell'Unione molti di quelli che all'accordo danno esecuzione. Rispetto ad essi permane ovviamente la competenza della Corte e la responsabilità dell'Unione e degli Stati membri.

## 2. Il rilievo della qualificazione giuridica degli strumenti utilizzati

Al fine di evitare una decisione di annullamento del Tribunale, il Consiglio europeo aveva presentato tra i propri argomenti anche quello secondo cui lo *Statement* sarebbe una mera dichiarazione politica di in-

<sup>44</sup> Sul punto si veda la precisa ricostruzione di FAVILLI, *La cooperazione UE-Turchia*, cit., p. 407 ss.

<sup>45</sup> *Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council and the European Investment Bank on Establishing a New Partnership Framework with Third Countries under the European Agenda on Migration*, del 7 giugno 2016, COM(2016) 385 final.

<sup>46</sup> *NF c. Consiglio Europeo*, causa C-208/17 P, impugnazione proposta il 21 aprile 2017 da NF avverso l'ordinanza del Tribunale.

tenti non destinata a produrre effetti giuridici vincolanti<sup>47</sup>. Non sembra necessario ripercorrere la discussione sul valore giuridico dello *Statement* che ha già abbondantemente impegnato la dottrina<sup>48</sup>, basti ricordare che lo *Statement* contiene alcune disposizioni precise, che per il loro contenuto paiono avere natura giuridica vincolante. Alcune istituiscono obblighi di risultato, quali l'accettazione dei rimpatri da parte della Turchia e l'impegno finanziario dell'Unione. Altre disposizioni danno origine a meri obblighi di mezzi, e tra questi mi sembrano rientrare quelle relative al rispetto dei diritti umani. Altre ancora stabiliscono solo un impegno a negoziare ulteriormente. Tuttavia, stante il principio della libertà delle forme, i diversi tipi di obblighi e la non sempre idonea terminologia utilizzata non sembrano sufficienti a negare la natura giuridica di accordo internazionale dello strumento convenuto<sup>49</sup>.

Lo *Statement* con la Turchia non è però un caso isolato. Il dubbio sulla natura giuridica e sulla portata degli obblighi reciproci delle parti caratterizza, infatti, la gran parte degli atti volti al controllo extraterritoriale delle frontiere. A fronte di modalità di stipula degli accordi che, come illustrato al paragrafo precedente, sono spesso in deroga alle norme che negli ordinamenti interni garantiscono l'equilibrio istituzionale e il controllo democratico sulle relazioni internazionali, si opta per forme che "nascondano" la natura di trattato internazionale dell'atto concluso<sup>50</sup>.

La garanzia del rispetto reciproco dell'accordo non sembra peraltro essere determinata dal valore giuridico vincolante dell'accordo, ma piut-

<sup>47</sup> *NF c. Consiglio Europeo*, causa T-192/16, cit., par. 27. La stessa posizione è sostenuta dalla Commissione europea (Ibid. par. 29).

<sup>48</sup> Si vedano gli Autori già citati alle note 7 e 25.

<sup>49</sup> Art. 2, par. 1 a) di entrambe le Convenzioni di Vienna sul diritto dei trattati. Si vedano anche: *Aegean Sea Continental Shelf (Greece v. Turkey)*, Judgment of 19 December 1978, *I.C.J. Reports 1978*, par. 96.; *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain*, Jurisdiction and Admissibility, Judgment of 1 July 1994, *I. C. J. Report. 1994*, par. 23 s.

<sup>50</sup> Questa considerazione vale anche per i memorandum d'intesa con i quali si stabiliscono cooperazioni di polizia. Si tratta in questo caso di "accordi" conclusi direttamente dai dipartimenti di pubblica sicurezza dei paesi coinvolti, ma attraverso i quali si stabiliscono impegni reciproci di rilevante valore politico e fortemente incisivi sui diritti dei migranti. Per quanto riguarda l'Italia, l'esempio più noto è il *Memorandum d'intesa tra il Dipartimento della pubblica sicurezza del Ministero dell'interno italiano e la Polizia nazionale del Ministero dell'interno sudanese per la lotta alla criminalità, gestione delle frontiere e dei flussi migratori ed in materia di rimpatrio*, firmato a Roma il 3 agosto 2016, ed in base al quale sono effettuati i rimpatri verso il Sudan nonostante le gravissime condizioni in cui versa il paese (si veda Human Rights and Migration Law Clinic of Turin, *Memorandum of Understanding between Italy and Sudan: A Legal Analysis*, 2017, scaricabile, insieme al testo del Memorandum, all'indirizzo [www.asgi.it/allontamento-espulsione/memorandum-sudan-italia-analisi-giuridica/](http://www.asgi.it/allontamento-espulsione/memorandum-sudan-italia-analisi-giuridica/)).

tosto essere l'effetto fattuale del complesso quadro bilaterale o multilaterale di cooperazione internazionale nell'ambito del quale l'accordo stesso si colloca. Così si è visto per i rapporti con Tunisia e Libia, e con ancor maggiore evidenza nella relazione con la Turchia, ma considerazioni analoghe possono essere proposte anche in relazione alle intese concluse nell'ambito del Processo di Khartoum<sup>51</sup>.

Fermo restando quanto già sostenuto in merito alla prevalenza del criterio sostanziale rispetto al *nomen* utilizzato dalle parti per definire gli strumenti utilizzati, va precisato che la qualificazione giuridica dei singoli accordi e degli impegni in essi contenuti, sembra rilevante soprattutto ai fini dei ricorsi davanti alle giurisdizioni interne volti a contestarne gli effetti nel diritto interno, nonché ovviamente per la determinazione degli obblighi reciproci nel caso di controversia tra le parti. Tale qualificazione è invece solo marginalmente rilevante ai fini dell'accertamento delle responsabilità degli Stati e dell'Unione per le violazioni dei diritti umani che spesso sono effetto dell'esecuzione dell'accordo stesso, o che comunque avvengono nel suo ambito di applicazione.

Fondamentalmente tutti gli accordi volti al controllo extraterritoriale dell'immigrazione prevedono, con modalità e in proporzioni diverse, quattro elementi costitutivi. In primo luogo, il rimpatrio con formalità semplificate dei migranti che abbiano raggiunto l'Europa. In secondo luogo, si stabilisce l'impegno dello Stato di origine o di transito a controllare l'uscita delle persone dal suo territorio; ciò si sostanzia generalmente in obblighi di diligenza per la prevenzione e repressione del traffico di persone, in forme più incisive di controlli di frontiera che spesso comportano l'impedimento fisico di lasciare il territorio, e nella realizzazione di centri per l'identificazione e l'espulsione dei migranti. Sia il rimpatrio sia il trattenimento dei migranti sono formalmente giustificati grazie all'impegno dello Stato extraeuropeo a fornire assistenza e asilo alle persone bisognose di protezione internazionale, il che permette agli

<sup>51</sup> Si veda *EU-Horn of Africa Migration Route Initiative (Khartoum Process)*, [www.khartoumprocess.net](http://www.khartoumprocess.net). La *Declaration of the Ministerial Conference of the Khartoum Process*, adottata a Roma il 28 novembre 2014 precisa che nessun diritto o obbligo internazionale può essere dedotto dalla Dichiarazione stessa e che le iniziative messe in atto nell'ambito del processo saranno realizzate su base volontaria. Misure particolarmente incisive sui diritti dei migranti sono state cionondimeno adottate dando seguito alla previsione della Dichiarazione secondo cui uno degli ambiti della cooperazione avrebbe consistito in «assisting the participating countries establishing and managing reception centres, providing access to asylum processes in line with the international law, if needed, improving camp services and security, screening mixed migratory flows and counselling migrant» (ultimo punto dei *focus*). Meno incisivi sembrano invece gli effetti del Processo di Rabat (Euro-African Dialogue on Migration and Development, [www.rabat-process.org](http://www.rabat-process.org)), che resta soprattutto un quadro di dialogo e studio.

Stati europei di qualificarlo come paese “sicuro”. Infine, l’Unione europea o lo Stato europeo parte dell’accordo garantiscono il supporto tecnico e soprattutto economico per la realizzazione degli obiettivi convenuti. Ciò comporta una partecipazione più o meno attiva: dal mero finanziamento di azioni lasciate interamente alla realizzazione dello Stato terzo, alla fornitura di mezzi militari, al collocamento presso lo Stato terzo di propri organi per coadiuvare e formare le forze locali, allo svolgimento diretto di operazioni di controllo sul territorio o nel mare territoriale dello Stato terzo.

Appare evidente che la responsabilità internazionale per le violazioni dei diritti umani commesse in esecuzione di tali impegni è indipendente dalla qualificazione giuridica degli strumenti con i quali tali impegni sono stati convenuti. Ci si potrebbe solo chiedere se l’inserimento in accordi internazionali vincolanti di chiari e definiti obblighi di rispetto dei diritti umani a carico dello Stato terzo permetta, di per sé, di escludere la complicità dell’Unione e degli Stati membri nelle violazioni eventualmente commesse dallo Stato terzo.

### *3. La responsabilità degli Stati e dell’Unione europea per le violazioni commesse in applicazione di accordi per il controllo extraterritoriale della migrazione*

La responsabilità internazionale degli Stati e dell’Unione europea per le violazioni dei diritti umani subite dai migranti al di fuori del territorio europeo varia a seconda del contenuto del diritto violato e del grado di partecipazione degli Stati o dell’Unione all’attività o all’operazione nell’ambito della quale la violazione si è prodotta. Inoltre, al fine di determinare la competenza degli organi internazionali di controllo e in particolare della Corte europea dei diritti dell’uomo ad accertare tale responsabilità, è necessario verificare in che misura gli eventi lesivi dei diritti umani rientrino nella giurisdizione statale.

#### *a) L’esercizio extraterritoriale della giurisdizione statale*

In merito alla responsabilità diretta e alla sussistenza della giurisdizione in relazione a violazioni dei diritti umani commesse da organi dello Stato in situazioni sulle quali essi abbiano il pieno controllo, anche se al di fuori del territorio statale, non possono, dopo la sentenza *Hirsi c. Italia*, essere sollevati dubbi. Pertanto, nel caso in cui, in applicazione dell’accordo o in seguito ad una specifica richiesta da parte dello Stato

terzo<sup>52</sup>, navi o altri mezzi militari siano inviati nelle sue acque territoriali, sussiste la giurisdizione ai sensi dell'art. 1 CEDU per tutte le violazioni commesse a bordo della nave, in particolare del divieto di respingimento e di espulsione collettiva.

Non sembra inoltre contestabile l'esercizio extraterritoriale della giurisdizione in relazione a violazioni dei diritti dei migranti commesse da organi dello Stato di invio sul territorio dello Stato straniero, qualora, proprio in applicazione dell'accordo con lo Stato territoriale, essi esercitino in maniera esclusiva funzioni esecutive o giudiziarie idonee ad incidere sul godimento dei diritti garantiti ed abbiano quindi il pieno controllo *de jure e de facto* della situazione che ha determinato la violazione<sup>53</sup>. L'esempio tipico di un tale esercizio di funzioni è dato dalla gestione diretta, da parte delle autorità dello Stato membro, del trattenimento dei migranti sul territorio dello Stato straniero; ciò accade però solo raramente<sup>54</sup> poiché, come si è visto, una funzione degli accordi di esternalizzazione è proprio quella di delegare agli Stati extraeuropei l'esecuzione di funzioni potenzialmente lesive dei diritti umani.

Tuttavia, sembra lecito chiedersi se il principio trovi applicazione anche in relazione alle procedure svolte da funzionari degli Stati membri per l'eventuale ricollocamento in Europa di rifugiati il cui status sia accertato *prima facie* direttamente sul territorio dello Stato straniero<sup>55</sup>. Nel caso *Kebe*, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha affermato sussistere

<sup>52</sup> Si ricordi, a titolo di esempio, la missione in supporto alla Guardia costiera libica decisa dal Parlamento italiano in risposta alla richiesta del Primo Ministro Al-Serraj del 23 luglio 2017.

<sup>53</sup> *Case of Al-Skeini And Others v. The United Kingdom*, Application n. 55721/07, Judgment 7 July 2011, par. 135. Un'ulteriore estensione della giurisdizione statale sembra ricavabile dalla sentenza *Jaloud v. The Netherlands*, Application n. 47708/08, Judgment 20 November 2014, par. 143, laddove la Corte precisa che l'esercizio della giurisdizione non è escluso per il solo fatto che il comando operativo e di coordinamento sul complesso delle operazioni nell'ambito delle quali l'azione lesiva si è svolta sia attribuito ad un altro Stato, potendo in questo caso la giurisdizione essere "concorrente" (ivi par. 153).

<sup>54</sup> Si veda il caso *J.H.A. v. Spain*, Communication n. 323/2007, decision 10 November 2008, UN Doc. CAT/C/41/D/323/2007, par. 8.2, laddove il Comitato contro la tortura ha affermato la giurisdizione spagnola sui migranti trattenuti sotto il controllo delle autorità spagnole nei locali di un conservificio ittico nel porto di Nouadhibou in Mauritania.

<sup>55</sup> Si pensi alle procedure per l'applicazione del meccanismo 1:1 previsto dallo *EU-Turkey Statement*, o all'identificazione dei beneficiari del "corridoio umanitario" dalla Libia verso l'Italia (CAMILLI, *Per la prima volta arrivano in Italia 162 richiedenti asilo da Tripoli*, 23 dicembre 2017, su [www.internazionale.it](http://www.internazionale.it)). Ma il discorso potrebbe essere esteso al caso in cui il richiedente asilo presenti la propria domanda di visto per motivi umanitari al consolato, come avvenuto nel caso *X e X c. Belgio*, causa C-638/16 PPU, Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 7 marzo 2017.

la giurisdizione dell'Ucraina nei confronti di un cittadino eritreo che si trovava a bordo di una nave battente bandiera maltese, attraccata in un porto ucraino, e che chiedeva di essere autorizzato a sbarcare per presentare domanda d'asilo alle autorità competenti. La Corte non ha fondato la giurisdizione sulla circostanza che la nave maltese si trovasse in un porto ucraino, bensì sul fatto che «Ukraine *had jurisdiction to decide* whether the first applicant should be granted leave to enter Ukraine»<sup>56</sup>. È infatti sulla base di questa capacità di scelta che la Corte «finds that he was thus within Ukraine's "jurisdiction" [...] to the extent that the matter concerned his possible entry to Ukraine and the exercise of related rights and freedoms set forth in the Convention»<sup>57</sup>. Se quindi il criterio di collegamento idoneo ad affermare la giurisdizione è dato dalla *capacità di decidere* se autorizzare o meno l'ingresso, lo stesso criterio dovrebbe poter trovare applicazione qualora le procedure di autorizzazione all'ingresso si svolgano extraterritorialmente e, in conseguenza del rifiuto, il richiedente rischi di subire torture e altre gravi violazioni in relazione alle quali la Convenzione vieti il respingimento.

Un'ulteriore applicazione del principio affermato dalla Corte nel caso *Kebe* potrebbe darsi in relazione ai molteplici casi in cui il Centro Nazionale di Coordinamento del Soccorso Marittimo (*Maritime Rescue Coordination Centre*, MRCC), nello svolgimento della sua funzione di coordinamento dei soccorsi in mare, ha segnalato le imbarcazioni alla guardia costiera libica, e chiesto alle ONG presenti in zona di non intervenire<sup>58</sup>. In tali casi infatti, è proprio l'MRCC di Roma ad avere la *jurisdiction to decide* a chi affidare i soccorsi e quale porto sicuro individuare per lo sbarco, potendo ben decidere di far intervenire le imbarcazioni delle ONG, meglio equipaggiate e preparate per il soccorso in mare, autorizzandole poi a far sbarcare i migranti e rifugiati soccorsi in un porto italiano<sup>59</sup>.

<sup>56</sup> *Case of Kebe and Others v. Ukraine*, Application n. 12552/12, Judgment 12 January 2017, par. 75 (corsivo aggiunto).

<sup>57</sup> Ivi, par. 76 (corsivo aggiunto).

<sup>58</sup> Per il primo caso segnalato dalla stampa si veda, tra i tanti, DEARDEN, *Aid workers 'lucky to be alive' after Libyan coastguard intercepts refugee boat rescue in Mediterranean. More than 300 migrants forced back to Libya in alleged violation of international law*, in *Independent*, 11 maggio 2017, <http://www.independent.co.uk>; commentato da GAUCI, *Back to Old Tricks? Italian Responsibility for Returning People to Libya*, in *Ejil: Talk!*, 6 giugno 2017. Per un elenco aggiornato dei casi rilevanti si veda il rapporto pubblicato da Amnesty International, *Libya's Dark Web of Collusion. Abuses against Europe-Bound Refugees and Migrants*, 2017, p. 46 ss.

<sup>59</sup> Per un'altra interessante ricostruzione della giurisprudenza della Corte europea, tendente ad estendere la giurisdizione nei casi di cooperazione tra Stati, si veda JACKSON,

b) *L'invocazione della responsabilità in caso di pluralità di soggetti responsabili*

Qualificare il controllo come idoneo ad affermare un esercizio extra-territoriale della giurisdizione appare invece più difficoltoso quando lo Stato europeo partecipi alle attività potenzialmente lesive in maniera più marginale, lasciando allo Stato territoriale il controllo principale. In questi casi, anche in assenza di un esercizio di potere e di un controllo sulla vittima idonei ad affermare la giurisdizione ai fini dell'applicazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo o del Patto internazionale sui diritti civili e politici, sembra comunque possibile affermare la responsabilità condivisa o per complicità dello Stato europeo con lo Stato terzo<sup>60</sup>. Inoltre, tale responsabilità potrebbe essere attribuita anche all'Unione europea per gli atti ad essa imputabili, nella misura in cui siano violate norme di diritto consuetudinario, o altre norme per essa vincolanti.

Sembra infatti configurarsi una responsabilità condivisa in tutti i casi in cui organi dello Stato o funzionari dell'Unione partecipino all'atto illecito. Si pensi al caso di un'operazione congiunta di polizia o di soccorso in mare nell'ambito della quale militari dello Stato europeo cooperino con le forze dello Stato terzo e che si concluda con il naufragio dell'imbarcazione o il rimpatrio dei migranti verso luoghi in cui rischiano torture o trattamenti inumani e degradanti (come avviene sia in Libia sia in Turchia). Un altro esempio è dato dai casi di cooperazione extra-territoriale per la gestione di domande d'asilo con partecipazione di funzionari dello Stato o dell'Unione<sup>61</sup>, qualora un'analisi eccessivamente semplificata o restrittiva delle domande porti a rimpatri in violazione del principio di *non refoulement* o ad espulsioni collettive. In nessun di questi casi sembra configurarsi un prestito d'organi allo Stato terzo poiché gli agenti europei non agiscono «sotto la direzione e il controllo esclusivi» di quest'ultimo, trattandosi invece in un tipico caso di «cooperazione o collaborazione ordinaria tra Stati in virtù di un trattato»<sup>62</sup>. Tutti gli atti

*Freeing Soering: The ECHR, State Complicity in Torture and Jurisdiction*, in *European Journal of International Law*, 2016, pp. 817–830.

<sup>60</sup> Cfr. HATHAWAY e GAMMELTOFT-HANSEN, *Non-Refoulement in a World of Cooperative Deterrence*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, 2015, pp. 235-84.

<sup>61</sup> Il meccanismo 1:1 previsto dall'*EU-Turkey Statement*, per esempio, è implementato con la partecipazione sia di agenti statali sia di personale dell'European Asylum Support Office (si veda quanto riportato dall'agenzia nel suo sito internet: <https://www.easo.europa.eu/external-dimension>).

<sup>62</sup> *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, Commentary to art. 6*, in *Yearbook of the International Law Commission, 2001, vol. II (Part Two)*, p. 44. Analogamente sembra potersi sostenere con riferimento alla responsabilità dell'Unione europea per gli atti di suoi funzionari all'estero, nonostante l'art. 7

commessi dal suo organo saranno quindi attribuibili allo Stato, che sarà responsabile congiuntamente con lo Stato terzo delle eventuali violazioni, anche qualora il controllo sulla situazione complessiva o sulla vittima della violazione nel caso specifico non sia tale da potersi affermare l'esercizio della giurisdizione del singolo Stato membro ai sensi dell'art. 1 CEDU<sup>63</sup>. Il limite, previsto dall'art. 47 degli Articoli sulla responsabilità degli Stati e dall'art. 48 degli Articoli sulla responsabilità delle Organizzazioni internazionali, secondo cui dovrebbe trattarsi della commissione congiunta del «medesimo illecito internazionale», sembra poi facilmente superabile in ragione della natura consuetudinaria di pressoché tutti gli obblighi della cui violazione si tratta.

*c) Responsabilità per complicità nell'illecito altrui*

Scopo ultimo di tutti i trattati per il controllo extraterritoriale della migrazione, e in particolar modo di quelli qui analizzati, è però proprio quello di far svolgere *tutte* le misure di contrasto allo Stato terzo, evitando il coinvolgimento diretto di organi degli Stati europei in attività lesive dei diritti umani. Tuttavia, il supporto dato agli Stati terzi – attraverso la fornitura di mezzi militari idonei al controllo delle proprie frontiere e al rimpatrio di coloro che tentano di partire, la formazione delle forze di polizia al fine di rendere più efficace l'azione repressiva e preventiva dell'emigrazione, il finanziamento della costruzione di centri di detenzione per migranti – favorisce la commissione da parte dello Stato terzo di gravissime violazioni dei diritti umani rispetto alle quali sembra sussistere una responsabilità per complicità, ai sensi dell'art. 16 degli Articoli sulla responsabilità degli Stati, o, nel caso di atti dell'Unione europea, dell'art. 14 degli Articoli sulla responsabilità delle Organizzazioni internazionali.

Tre condizioni sono ritenute necessarie affinché possa configurarsi questo tipo di responsabilità: in primo luogo, lo Stato che presta l'aiuto o

degli Articoli sulla responsabilità delle Organizzazioni internazionali faccia ricevimento solo al prestito ad un'altra organizzazione e non ad uno Stato.

<sup>63</sup> HATHAWAY e GAMMELTOFT-HANSEN, *Non-Refoulement in a World of Cooperative Deterrence*, cit., p. 257, parlano di «shared jurisdiction». Questo concetto mi sembra condivisibile con riferimento all'identificazione di obblighi di rispetto dei diritti dell'uomo che abbiano valore di diritto consuetudinario o siano contenuti in Convenzioni di cui entrambi gli stati siano parti (ivi compresa la CEDU in relazione alla collaborazione con la Turchia); mi pare invece che una «shared jurisdiction» sia difficilmente applicabile per affermare la competenza della Corte europea dei diritti dell'uomo quando l'altro Stato con cui la responsabilità è condivisa e nel territorio del quale avviene la violazione non è parte al trattato (Cfr. anche DEN HEIJER, *Shared Responsibility Before the European Court of Human Rights*, in *Netherlands International Law Review*, 2013, p. 419 ss.).

l'assistenza deve essere consapevole delle circostanze che rendono il comportamento dello Stato assistito internazionalmente illecito; in secondo luogo, l'aiuto o l'assistenza sono prestati con l'intenzione di facilitare la commissione dell'atto illecito, e lo hanno effettivamente facilitato; infine, l'atto sarebbe illecito anche se commesso dallo Stato che presta l'aiuto, ovvero costituisce violazione di una norma vincolante per entrambi gli Stati<sup>64</sup>. Nella gran parte degli esempi di cooperazione riportati, queste tre circostanze sono riunite.

Quanto alla condizione per cui la norma violata debba vincolare entrambi gli Stati coinvolti, va innanzitutto rilevato che la gran parte delle norme della cui violazione si tratta hanno valore di diritto consuetudinario, e in molti casi addirittura di diritto cogente, primo fra tutti il divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti. Con riferimento alla violazione di obblighi pattizi, tutti gli Stati coinvolti negli accordi esaminati sono parti della Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura e del Patto internazionale sui diritti civili e politici. Infine, per quanto riguarda la Convenzione di Ginevra sullo status dei rifugiati, sebbene essa non sia stata ratificata dalla Libia, e lo sia stata con la limitazione territoriale dei soli rifugiati europei da parte della Turchia, va comunque rilevato che molti dei diritti in essa garantiti, e in particolare il principio di *non refoulement* sono egualmente protetti dal diritto internazionale consuetudinario.

Non può inoltre porsi in dubbio la consapevolezza da parte dello Stato italiano e dei suoi partner europei delle circostanze dell'illecito internazionale. La fornitura di mezzi militari e gli ingenti finanziamenti concessi al Governo di Al-Serraj affinché la guardia costiera libica contrasti le partenze dei migranti e riporti a terra coloro che siano riusciti ad imbarcarsi avviene nella piena consapevolezza della gravissima situazione in cui versano i migranti in quel territorio. Tale situazione non è solo documentata dai molteplici rapporti e denunce delle ONG<sup>65</sup>, ma anche delle principali istituzioni internazionali<sup>66</sup>. Già nel maggio 2017 il Procuratore della Corte Penale internazionale ha segnalato, nel suo discorso al Consiglio di Sicurezza, come la Libia si apprestasse ad essere il teatro di un conflitto generalizzato nell'ambito del quale gravi crimini, tra cui omi-

<sup>64</sup> *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, Commentary to art. 16*, in *Yearbook of the International Law Commission*, cit., p. 66.

<sup>65</sup> Si veda, da ultimo, il rapporto prodotto da Amnesty International, *Libya's Dark Web of Collusion*, cit.

<sup>66</sup> Si rinvia per una bella analisi della documentazione a CARELLA, *Il sonno della ragione genera politiche migratorie*, in *Sidi Blog*, 11 settembre 2017, <http://www.sidiblog.org/2017/09/11/il-sonno-della-ragione-genera-politiche-migratorie/>.

ci, stupri e torture, sono quotidianamente commessi contro i migranti, ed in particolare contro le persone particolarmente vulnerabili come le donne e bambini<sup>67</sup>. Nel successivo Rapporto di novembre, lo stesso Procuratore ha ulteriormente deplorato

«les meurtres illicites, notamment l'exécution de détenus, les kidnappings, les disparitions forcées, les actes de torture et les détentions prolongées sans aucune forme de procès ou de procédure légale qui nous ont été rapportés, ainsi que la détention arbitraire, la torture, le viol et autres mauvais traitements infligés à des migrants dans des centres de détention officiels ou non»<sup>68</sup>.

Alla luce di siffatte evidenze, ed in particolare del fatto che le violazioni sono constatate anche nei centri di detenzione *ufficiali*, fornire mezzi tecnici e finanziamenti ad una guardia costiera notoriamente corrotta e legata al traffico di persone<sup>69</sup>, affinché questa trattenga i migranti, significa favorire le violazioni stesse nella piena consapevolezza dell'illecito<sup>70</sup>. La consapevolezza dell'illecito, e anzi addirittura la volontà di favorirlo, risulta ancora più evidente quando l'intervento in mare al fine di riportare in territorio libico i migranti avviene a seguito della segnalazione dell'imbarcazione alla guardia costiera libica da parte delle autorità italiane<sup>71</sup>.

L'Unione europea e gli Stati membri sono altrettanto consapevoli delle gravi violazioni dei diritti umani commesse nei confronti dei migranti in Turchia. Se serissimi dubbi in merito al trattamento di migranti e rifugiati in Turchia potevano essere sollevati già al momento della conclusione dello *EU-Turkey Statement*<sup>72</sup>, ancor più grave appare il fatto

<sup>67</sup> *Discours du Procureur de la CPI devant le Conseil de sécurité de l'ONU sur la situation en Libye*, 8 maggio 2017, par. 26 e 26, [www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=170509-otp-stat-lib&ln=fr](http://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=170509-otp-stat-lib&ln=fr).

<sup>68</sup> *Discours prononcé devant le Conseil de sécurité de l'ONU à propos de la situation en Libye, en application de la résolution 1970 (2011) du Conseil de sécurité*, 8 novembre 2017, par. 31, [www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=otp\\_lib\\_unsc&ln=fr](http://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=otp_lib_unsc&ln=fr).

<sup>69</sup> La collusione tra i trafficanti di persone e le forze nazionali libiche e altre autorità statali trova conferma anche nel *Final Report of the Panel of Experts on Libya Established Pursuant to Resolution 1973 (2011)*, 1 June 2017, UN Doc. S/2017/466, in particolare pp. 53 e 64.

<sup>70</sup> Si noti peraltro che le torture commesse nei centri di detenzione per migranti, e più in generale le gravissime violazioni legate al traffico di persone che le autorità libiche non vogliono o non riescono a reprimere sono state constatate anche dall'autorità giudiziaria italiana, si veda Corte d'Assise di Milano, sentenza n. 10/17 del 10 ottobre 2017, [www.asgi.it/asilo-e-protezione-internazionale/libia-detenzione-migranti-sentenza-milano/](http://www.asgi.it/asilo-e-protezione-internazionale/libia-detenzione-migranti-sentenza-milano/).

<sup>71</sup> Si rinvia alla nota 58.

<sup>72</sup> UNHCR, *Legal Considerations on the Return of Asylum-Seekers and Refugees from Greece to Turkey as Part of the EU-Turkey Cooperation in Tackling the Migration*

che l'esecuzione dell'accordo non ha subito alcuna variazione nemmeno in seguito all'approvazione in Turchia dello stato di emergenza<sup>73</sup>, con conseguente dichiarazione di deroga alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo<sup>74</sup> e al Patto internazionale sui diritti civili e politici<sup>75</sup>. Nonostante la situazione di grave violazione delle libertà fondamentali in Turchia sia stata constatata persino dall'EASO<sup>76</sup>, in nessuna delle sue Relazioni sui progressi compiuti nell'attuazione dello *Statement* la Commissione europea sembra dare il minimo peso al mutamento radicale delle circostanze sopravvenuto in seguito al tentativo di colpo di Stato in Turchia<sup>77</sup>. Ciò ovviamente non è conseguenza di una carenza di informazione da parte della Commissione quanto della scelta consapevole di mantenere l'efficacia dell'accordo nonostante le circostanze.

Si potrebbe affermare che la coscienza del rischio di violazione dei diritti umani non coincide con l'intenzione di facilitare la commissione dell'atto illecito<sup>78</sup>, e ciò tanto più alla luce dell'inserimento negli accordi di clausole volte a garantire il rispetto dei diritti umani. Tuttavia, si è già sottolineato come la formulazione di queste clausole sia piuttosto vaga e come esse non siano supportate da meccanismi di controllo o sanzionatori. Inoltre, il livello di consapevolezza della situazione nei Paesi terzi con i quali questi accordi sono conclusi è tale che l'aiuto volto alla delega extraterritoriale del controllo della migrazione costituisce un atto deliberato, che pur non essendo specificamente volto alla commissione dell'illecito lo accetta come probabile conseguenza<sup>79</sup>. Nel caso della Libia, inoltre, proprio in ragione delle allegazioni relative alla commissione sistematica e generalizzata di crimini contro l'umanità nei confron-

*Crisis under the Safe Third Country and First Country of Asylum Concept*, 23 March 2016, [www.unhcr.org/56f3ec5a9.pdf](http://www.unhcr.org/56f3ec5a9.pdf).

<sup>73</sup> Decreto N. KHK/667, adottato il 22 luglio 2016 e successivamente rinnovato fino al momento in cui si scrive.

<sup>74</sup> *Turkey - Derogation to the Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, Notification n. JJ8187C, 22 July 2016.

<sup>75</sup> *Turkey: Notification under Article 4 (3)*, C.N.580.2016, 21 July 2016.

<sup>76</sup> EASO, *Country of Origin Information Report: Turkey*, November 2016, [www.easo.europa.eu/information-analysis/country-origin-information/country-reports](http://www.easo.europa.eu/information-analysis/country-origin-information/country-reports).

<sup>77</sup> Nemmeno nel *Third Report on the Progress Made in the Implementation of the EU-Turkey Statement*, COM(2016) 634 final, comunicato al Parlamento e al Consiglio il 28 settembre 2016, pochi mesi dopo l'adozione della decretazione d'urgenza si accenna alle modifiche della situazione in Turchia.

<sup>78</sup> Condizione peraltro non prevista nel testo dell'art. 6 degli Articoli sulla responsabilità degli Stati, ma precisata nel Commentario (*Commentary*, cit., p. 66, par. 5).

<sup>79</sup> Cfr. LANOVOY, *Complicity in an Internationally Wrongful Act*, *SHARES Research Paper*, n. 38, 2014, p. 17, [www.sharesproject.nl](http://www.sharesproject.nl); PALCHETTI, *State Responsibility for Complicity in Genocide*, in GAETA (ed.), *The UN Genocide Convention – A Commentary*, Oxford, 2009, p. 347.

ti dei migranti, la complicità dello Stato italiano sembra potersi qualificare anche come violazione del divieto di prestare aiuto o assistenza allo Stato responsabile di gravi violazioni di norme imperative del diritto internazionale codificato nell'art. 41 degli Articoli sulla responsabilità degli Stati, e rispetto al quale non è richiesta alcuna intenzione specifica di facilitare l'illecito<sup>80</sup>.

#### 4. Conclusioni

In un'intervista rilasciata nel maggio 2017 alla rivista *Internazionale* il comandante della missione EunavFor Med, Enrico Credendino, così illustrava i vantaggi della collaborazione con la Libia:

«Noi creeremo un assetto libico in grado di fermare i migranti prima che arrivino in acque internazionali, quindi a quel punto *non sarà un respingimento* perché saranno i Libici a soccorrere i migranti e a fare *quello che riterranno opportuno fare con i migranti*»<sup>81</sup>.

Difficilmente potrebbe affermarsi in modo più esplicito che la funzione degli accordi di cooperazione per il controllo extraterritoriale delle frontiere è sostituire i respingimenti, per i quali l'Italia è stata condannata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Hirsi*, con operazioni di identico effetto delegate a Stati terzi.

In questo scritto si è cercato di dimostrare che, al di là della gravissima responsabilità morale incombente sui Governi europei che hanno operato questa scelta, su di essi pende una duplice responsabilità politica e giuridica. In primo luogo, infatti, le modalità di conclusione degli accordi stessi hanno introdotto un grave vulnus nel sistema delle garanzie di controllo democratico previste dalle Costituzioni nazionali. In secondo luogo, l'aver – forse e solo *parzialmente* – aggirato la competenza giurisdizionale della Corte europea dei diritti dell'uomo non esclude la responsabilità internazionale degli Stati per le violazioni connesse all'esecuzione di tali accordi.

<sup>80</sup> Si veda sul punto NOLTE, AUST, *Equivocal Helpers. Complicit States, Mixed Messages and International Law*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2009, p. 16 ss.

<sup>81</sup> L'intervista può essere vista in streaming all'indirizzo [www.internazionale.it/video/2017/05/04/ong-libia-migranti](http://www.internazionale.it/video/2017/05/04/ong-libia-migranti), il passaggio qui riportato comincia a 3'51".

**LA PROTEZIONE DIPLOMATICA  
DEL RIFUGIATO NEI 2006 DRAFT ARTICLES  
DELLA COMMISSIONE DI DIRITTO  
INTERNAZIONALE:  
CRITICITÀ E POSSIBILI PROPOSTE**

Stefano DOMINELLI\*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La protezione diplomatica: cenni ai caratteri generali. – 3. La protezione diplomatica proposta dalla Commissione di diritto internazionale (art. 8(2) DA): problemi e proposte. – 3.1. La nozione di “rifugiato”. – 3.2. Il rifugiato “riconosciuto”. – 3.3. Il rifugiato riconosciuto “abituamente e legalmente residente”. – 3.4. Il requisito temporale della residenza del rifugiato. – 3.5. Continuità della residenza abituale. – 4. Problemi intrinseci e ulteriori proposte. – 5. Conclusioni.

*1. Premessa*

Nell’epoca di quella che è stata a più riprese definita come la “crisi dei migranti”, non stupisce che esperti di varie discipline si siano dedicati all’analisi del fenomeno con l’obiettivo di proporre soluzioni condivise in grado di offrire una risposta adeguata ed efficace ai problemi umanitari, politici e giuridici connessi all’arrivo di rilevanti flussi di stranieri. Nel contesto emergenziale, numerose sono le questioni<sup>1</sup> che sono state affrontate in dottrina. Al riguardo pare opportuno soffermarsi sul tema

\* Ricercatore nell’Università degli Studi di Milano, Dipartimento di Studi Internazionali, Giuridici e Storico-Politici.

<sup>1</sup> Tra queste, ad esempio, rientra la definizione di “migrante” ovvero di “rifugiato”; l’analisi del sistema europeo comune d’asilo per come declinato nelle sue diverse regole in materia di competenza giurisdizionale o accoglienza, ovvero norme di diritto internazionale privato e processuale “speciali”, quali quelle contenute nella Convenzione di Ginevra sullo *status* di rifugiato del 1951 (art. 12), o nella legge di Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato (art. 19). In particolare, oltre ai contributi nel presente *Volume*, v. per tutti PEERS, MORENO-LAX, GARLICK, GUILD, *EU Immigration and Asylum Law: Text and Commentary, Volume 3*<sup>2</sup>, L’Aja, 2015 e, sul rilievo del diritto internazionale privato e processuale nel contesto della migrazione, v. per tutti CORNELOUP, HEIDERHOFF, HONORATI, JAULT-SESEKE, KRUGER, RUPP, VAN LOON, VERHELLEN, *Private International Law in a Context of Increasing International Mobility: Challenges and Potential*, Bruxelles, 2017.

della protezione diplomatica<sup>2</sup> del rifugiato nonostante tale strumento di tutela si ponga, in prospettiva cronologica, in un momento successivo a

<sup>2</sup> Sulla protezione diplomatica in generale, e senza pretesa di esaustività, v. in dottrina NASCIBENE, *L'individuo e la tutela internazionale dei diritti umani*, in AA.VV., *Istituzioni di diritto internazionale*<sup>5</sup>, Torino, 2016, p. 379, a p. 387 ss.; RUSSO, *The Injured Individual's Right to Compensation in the Law on Diplomatic Protection*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2016, p. 725; STARSKI, *The Kunduz Affair and the German State Liability Regime – The Federal Court of Justice's Turn to Anachronism*, in *ejiltalk.org*, 5 dicembre 2016; LEYS, *Diplomatic Protection and Individual Rights: A Complementary Approach*, in *Harvard International Law Journal Online*, 2015, p. 1; SAVIOTTI, *La natura speciale della responsabilità civile della Pubblica Amministrazione. Incompatibilità con i modelli di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Il Diritto marittimo*, 2015, p. 605; VERMEER-KÜNZLI, *Nationality and Diplomatic Protection: A Reappraisal*, in ANNONI, FORLATI (a cura di), *The Changing Role of Nationality in International Law*, Oxon, 2013, p. 76; PUSTORINO, *Protezione diplomatica e interesse legittimo dell'individuo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2012, p. 156; VEZZANI, *Questioni vecchie e nuove in tema di protezione degli organi*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2009, p. 717; AMERASINGHE, *Diplomatic Protection*, Oxford, 2008; PAPA, *Protezione diplomatica, diritti umani e obblighi erga omnes*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2008, p. 669; SALERNO, *Sulle norme internazionali "terziarie" a tutela dei diritti umani*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, p. 21; PANELLA, *Il progetto di articoli della Commissione di Diritto Internazionale sulla protezione diplomatica: codificazione e sviluppo progressivo del diritto internazionale*, in *Rivista della Cooperazione Giuridica Internazionale*, 2008, p. 54; PUSTORINO, *Recenti sviluppi in tema di protezione diplomatica*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2006, p. 68; FORCESE, *Shelter from the Storm: Rethinking Diplomatic Protection of Dual Nationals in Modern International Law*, in *The George Washington International Law Review*, 2005, p. 469; PERONI, *La tutela degli interessi privati nel sistema OMC ed il possibile concorso di giurisdizione con altri ordinamenti ad esso esterni*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2004, p. 725; CONDORELLI, *L'évolution du champ d'application de la protection diplomatique*, in FLAUSS (dir.), *La protection diplomatique. Mutations contemporaines et pratiques nationales*, Bruxelles, 2003, p. 3; FLAUSS, *Vers un aggiornamento des conditions d'exercice de la protection diplomatique?*, in *idem*, p. 29; FERRARI BRAVO, *La pratique italienne de la protection diplomatique*, in *idem*, p. 87; GAJA, *Droits des Etats et droits des individus dans le cadre de la protection diplomatique*, in *idem*, p. 63; NATHWANI, *Rethinking Refugee Law*, L'Aja, 2003; DEL VECCHIO A.M., *La considerazione del principio di effettività nel vincolo di nazionalità e di cittadinanza doppia o plurima (e problematiche relative)*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 2000, p. 17; PISILLO-MAZZESCHI, *International Obligations to Provide for Reparation of Claim?*, in RANDELZHOFFER, TOMUSCHAT (eds.), *State Responsibility and the Individual Reparation in Instances of Grave Violations of Human Rights*, L'Aja, 1999, p. 149; BARIATTI, *L'azione internazionale dello Stato a tutela di non cittadini*, Milano, 1993; MIGLIORINO, *L'esercizio della protezione diplomatica nel sistema ICSID*, in *Diritto del commercio internazionale*, 1993, p. 127; CANCADO TRINDADE, *Co-existence and Co-ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights (at Global and Regional Levels)*, in *Recueil des cours*, 1987, II, p. 34; ID, *The Time Factor in the Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1978, p. 232; GIANNELLI, *La protezione diplomatica di società dopo la sentenza concernente la Barcelona Traction*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1986, p. 76; TANZI, *La legislazione sugli in-*

quello dell'ingresso e dell'accoglienza – prima vera emergenza. In estrema sintesi, a fronte di un illecito internazionale posto in essere da uno Stato nei confronti di uno straniero, quest'ultimo, esauriti senza successo i mezzi di ricorso interno<sup>3</sup>, deve rimettere la questione al proprio Stato di cittadinanza. Sarà poi lo Stato di cittadinanza a decidere se e quando agire in sede di protezione diplomatica.

In questo senso, in teoria, ed all'interno degli stringenti limiti che ne tratteggiano i confini (su cui v. *infra*), i danneggiati potrebbero guardare con interesse all'istituto della protezione diplomatica. Tanto è vero sicuramente anche per i rifugiati. Tuttavia, sul punto specifico la prassi degli Stati non si è ad oggi ancora sviluppata, con la conseguenza che eventuali regole specifiche devono essere desunte e sistematizzate da quelli che sono i principi in materia di protezione diplomatica in generale, principi tradizionalmente ispirati ad un'impostazione classica del diritto internazionale nei rapporti interstatali<sup>4</sup>.

Proprio per il tentativo di sistematizzazione e razionalizzazione dei principi generali in materia di protezione diplomatica si apprezzano i 2006 *Draft Articles on Diplomatic Protection* (in seguito, anche solo DA) della Commissione di diritto internazionale, in cui una norma viene specificamente dedicata alla protezione dei rifugiati, benché, come si ve-

*dennizzi per danni arrecati a cittadini italiani all'estero*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1983, p. 102.

<sup>3</sup> DA, artt. 14 s. V. BALLARINO, *Azioni di diritto privato per il risarcimento di danni da inquinamento transfrontaliero*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1990, p. 849, ove, a p. 856 ss., analizza i rapporti tra protezione diplomatica e tutela giurisdizionale. Cfr. anche Corte internazionale di giustizia nell'Affare *Interhandel*, Svizzera c. Stati Uniti d'America, Obiezioni preliminari, 21 marzo 1959, in *Reports* 1959, p. 6 ss. e BALLARINO, *Azioni*, cit., p. 857, ove richiama Cass. 1<sup>re</sup> Ch. civ., 14 giugno 1977, in *Revue critique de droit international privé*, 1978, p. 713.

<sup>4</sup> Come notato in dottrina (BARIATTI, *L'azione internazionale*, cit., p. 101 ss.), tale approccio non tiene in considerazione lo sviluppo di norme che stabiliscono diritti e doveri tra Stati a prescindere dalla nazionalità degli individui. La Corte internazionale di giustizia ha inoltre rimarcato come « [...] *all States can be held to have a legal interest in their protection; they are obligations erga omnes*» (Corte internazionale di giustizia, Affare *Barcelona Traction, Light and Power Company, Ltd*, Belgio c. Spagna, seconda fase, 5 febbraio 1970, in *Reports*, 1970, p. 3, su cui per tutti, v. GAJA, *Barcelona Traction, Light and Power Company (Belgium v Spain) (1970)*, in BJORGE, MILES (eds.), *Landmark Cases in Public International Law*, Londra, 2017, cap. 13 e TAMS, TZANAKOPOULOS, *Barcelona Traction at 40: The ICJ as an Agent of Legal Development*, in *Leiden Journal of International Law*, 2010, p. 781). In questo senso, di protezione diplomatica in senso classico sembra potersi unicamente parlare qualora non via siano violazioni di norme *erga omnes*, ipotesi in cui i tradizionali limiti nella materia *de qua* non rilevarebbero (CASSSESE, GAETA, *Le sfide attuali del diritto internazionale*, Bologna, 2008, p. 164 s.).

drà, la proposta sembra rimanere legata alla concezione classica e formalistica dell'istituto in parola.

## 2. La protezione diplomatica: cenni ai caratteri generali

Come noto, secondo le teorie classiche di diritto internazionale, non esenti oggi da critiche<sup>5</sup>, la protezione diplomatica costituisce una *fiction*<sup>6</sup> in forza della quale uno Stato assume aver subito un danno (derivante dalla commissione di un illecito internazionale) cagionato in realtà ad un proprio cittadino da un altro Stato. A seguito della violazione delle norme concernenti il trattamento degli stranieri<sup>7</sup> o la tutela dei diritti<sup>8</sup> fondamentali, lo Stato “danneggiato” può ricorrere alle vie diplomatiche per chiedere la soddisfazione che ritiene più opportuna<sup>9</sup>.

<sup>5</sup> Su cui per tutti, oltre alla già citata dottrina, v. PELLET, *The Second Death of Euripide Mavrommatis? Notes on the International Law Commissions Draft Articles on Diplomatic Protection*, in *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2008, p. 33; PETERS, *Beyond Human Rights: The Legal Status of the Individual in International Law*, Cambridge/New York, 2016, p. 388 ss.; HERDEGEN, *Völkerrecht*<sup>13</sup>, München, 2014, p. 210 s. e VERMEER-KÜNZLI, *As If: The Legal Fiction in Diplomatic Protection*, in *European Journal of International Law*, 2007, p. 37. Si veda inoltre la Sezione *Diplomatic and Parliamentary Practice*, in *The Italian Yearbook of International Law, Volume IX*, p. 192 ss., ove, a p. 203, viene riportata la posizione di LEANZA espressa in seno alla Sixth Commission of the General Assembly (LIII Session). Più cauto, DUGARD, *Diplomatic Protection and Human Rights: The Draft Articles of the International Law Commission*, in *Australian Year Book of International Law*, 2005, p. 75 ss. («[t]hose who would discard diplomatic protection err on two counts. First, they seriously exaggerate the extent of the protection of human rights by international conventions. Second, they are wrong in rejecting a useful tool for the protection of human rights on the ground that it is illogical and premised on a fiction»).

<sup>6</sup> Corte permanente di giustizia internazionale, *Affare Concessioni Mavrommatis in Palestina*, 30 agosto 1927, in *Reports*, Serie A n. 2, p. 12.

<sup>7</sup> Su cui v. per tutti NASCIBENE, *Il trattamento dello straniero nel diritto internazionale ed europeo*, Milano, 1984, AMERASINGHE, *State Responsibility for Injuries to Aliens*, Oxford, 1967 e IMBRUGLIA, *Effettività della tutela: una casistica*, in *Persona e mercato*, 2016, p. 62 ss.

<sup>8</sup> Corte internazionale di giustizia, *Affare Ahmadou Sadio Diallo*, Repubblica di Guinea c. Repubblica democratica del Congo, eccezioni preliminari, 24 maggio 2007, in *Reports*, 2007, p. 582, su cui v. per tutti FOX, WEBB, *The Law of State Immunity*<sup>3</sup>, Oxford, 2015, p. 29, ed ivi nota 14. Questo esclude la necessità di ricorrere all'istituto in caso di violazione di obblighi *erga omnes* (Corte internazionale di giustizia, *Affare Barcelona Traction, Light and Power Company, Ltd*, Belgio c. Spagna, seconda fase, 5 febbraio 1970, cit.).

<sup>9</sup> Per tutti, v. CONDORELLI, *L'évolution*, cit., p. 6.

Tale concettualizzazione si fonda sul postulato, tipicamente vatteliano<sup>10</sup>, secondo cui danneggiare uno straniero equivalga a danneggiare lo Stato di cittadinanza. Di conseguenza, da un lato, di protezione diplomatica non si può parlare quando lo Stato sia direttamente danneggiato<sup>11</sup>, ovvero quando questo agisca in mera *assistenza* diplomatica<sup>12</sup> del proprio cittadino (benché nella prassi la distinzione non sempre sembri essere immediata<sup>13</sup>) per offrire consigli e supporto nei suoi rapporti con l'ordinamento ospite<sup>14</sup>. Dall'altro lato, questa impostazione tradizionale conferma il pensiero di chi, in passato, negava potersi agire in protezione diplomatica per gli apolidi<sup>15</sup>: la nazionalità era condizione necessaria perché all'individuo potesse essere riconosciuta indirettamente una qualunque posizione e rilevanza nel diritto internazionale<sup>16</sup>. Ma se la cittadinanza diventava la chiave di volta del sistema di protezione diplomatica, un'azione dello Stato di residenza del rifugiato neanche poteva considerarsi ammissibile (tanto contro lo Stato di cittadinanza quanto contro Stati terzi).

<sup>10</sup> VATTEL, *Le Droit des gens ou Principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, II, Washington, 1916, p. 309, nella parte in cui si legge che «[q]uiconque maltraite un citoyen offense indirectement l'État, qui doit protéger ce citoyen».

<sup>11</sup> RONZITTI, *Introduzione al diritto internazionale*<sup>4</sup>, Torino, p. 366, in cui si porta l'esempio dell'affondamento di nave da guerra o l'uccisione di agente diplomatico. A tale caso, come rilevato nella citata giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia, potrebbe altresì aggiungere l'ipotesi di violazioni di obbligazioni *erga omnes*. Sul tema concernente i cd. reclami "misti", ovvero ove vi siano contemporaneamente danni direttamente subiti dallo Stato e danni indiretti, ed il loro rapporto con il principio del previo esaurimento dei ricorsi interni, v. da ultimo L. MAROTTI, *Esaurimento dei ricorsi interni e controversie in materia di interpretazione e applicazione della Convenzione sul diritto del mare: riflessioni a margine del caso M/V «Norstar»*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2017, p. 141 ss.

<sup>12</sup> V. KLEINLEIN, RABENSCHLAG, *Auslandsschutz und Staatsangehörigkeit*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2007, p. 1277, a p. 1280 ss., ove gli A. si riferiscono a «*diplomatischer Schutz im engeren Sinne*» per definire la protezione diplomatica, e a «*diplomatischer Schutz im weiteren Sinne*» per ricomprendere azioni generiche di tutela di protezione di interessi privati.

<sup>13</sup> KÜNZLI, *Exercising Diplomatic Protection. The Fine Line Between Litigation, Demarches and Consular Assistance*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2006, p. 321 ss.

<sup>14</sup> DENZA, *Diplomatic Law. Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*<sup>4</sup>, Oxford, 2016, p. 36 e CURTI GIALDINO, *Lineamenti di diritto diplomatico e consolare*<sup>3</sup>, Torino, 2015, p. 128 s.

<sup>15</sup> Mexico-US General Claims Commission, *Dickson Car Wheel Co (United States v Mexico)* (1931), in 4 *RIAA* 669, a p. 678.

<sup>16</sup> Sul punto, per una completa trattazione del tema e l'analisi delle diverse opinioni, BORCHARD, *Basic Elements of Diplomatic Protection of Citizens Abroad*, in *The American Journal of International Law*, 1913, p. 497 ss.

La cittadinanza quale elemento essenziale per l'esercizio dell'azione diplomatica<sup>17</sup> nel diritto internazionale classico non ha perso il suo rilievo

<sup>17</sup> Nel diritto diplomatico, in tempi più recenti rispetto agli scritti di Oppenheim, ed in un momento storico in cui quel processo di acquisizione di rilevanza "internazionalistica" dell'individuo iniziava a svilupparsi *in nuce*, anche la Convenzione di Vienna sulle relazioni diplomatiche (Vienna Convention on Diplomatic Relations, Vienna, 18 April 1961, *UNTS*, 500, p. 95) riaffermava che l'assistenza diplomatica poteva essere esercitata "in favore dei cittadini" (art. 3, comma 1, lettera a; cfr. KLEINLEIN, RABENSCHLAG, *Auslandsschutz*, cit., p. 1283). D'altro canto, si rinvenivano anche alcuni casi in cui, a diverso titolo, gli Stati hanno agito sul piano internazionale per la protezione (anche) di non cittadini, ad esempio gli apolidi. In particolare (come dai casi riportati esaustivamente da BARIATTI, *L'azione internazionale*, cit., p. 85 ss.), si è riconosciuto il diritto al risarcimento agli apolidi in Francia con scambio lettere tra Francia e Germania nel 1961; un'indennità per tutti i soggetti domiciliati in Svizzera con accordo l'Svizzera-Polonia nel 1949; Israele, nel contesto dell'abbattimento di un aeromobile nazionale, ha chiesto alla Bulgaria il risarcimento del danno per l'evento morte di un apolide a bordo (Corte internazionale di giustizia, *Affare Incidente aereo del 27 luglio 1955*, Israele c. Bulgaria, Obiezioni preliminari, sentenza 26 maggio 1959, in *Reports*, 1959, p. 127); gli Stati Uniti d'America hanno unilateralmente esercitato protezione diplomatica per la gente di mare imbarcata sulla propria flotta (Sect. 2174 *US Revised Statutes*, modificato prima nel 1918 (40 Stat. 542) e poi nel 1935 (49 Stat. 376), su cui v., oltre alla già citata dottrina, WATTS, *The Protection of Alien Seamen*, in *International & Comparative Law Quarterly*, 1958, p. 691 e Tribunale internazionale per il diritto del mare, *The M/V "SAIGA" (No. 2) Case* (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea), 1 luglio 1999, parr. 104 ss.); alcuni Stati hanno esercitato protezione diplomatica in favore di missionari cattolici a prescindere dalla loro nazionalità ed altri hanno seguito una simile linea di condotta con riferimento al proprio personale impiegato presso le missioni diplomatiche e consolari (KLEINLEIN, RABENSCHLAG, *Auslandsschutz*, cit., p. 1286). A questi casi si aggiunge poi la possibilità di azione in protezione diplomatica per "delega" (come già ammesso dalla Corte permanente di giustizia internazionale, *Affare Ferrovie Panevezys-Saldutiski*, 28 febbraio 1939, in *Reports*, Serie A/B n. 76, p. 3 ss. e scambio di note tra Svizzera ed il Liechtenstein 1919 (1919 V 463/439)), ovvero la possibilità per le organizzazioni internazionali di agire in protezione diplomatica dei propri funzionari a prescindere dalla nazionalità (Corte internazionale di giustizia, *Parere consultivo sulla riparazione dei danni subiti al servizio delle Nazioni Unite (caso "Bernadotte")*, 11 aprile 1949, in *Reports*, 1949, p. 174 ss.). Tutte le posizioni ricordate cercano, per diverse ragioni, un superamento della cittadinanza quale criterio di collegamento per l'esercizio della protezione diplomatica. Anche la Corte internazionale di giustizia è intervenuta sullo specifico punto. Nel caso *Nottebohm*, la corte ha riaffermato che la concessione della nazionalità, elemento necessario a fondare la legittimazione attiva alla protezione diplomatica, segue le regole di diritto interno, ma tale disciplina può non avere effetti sul piano internazionale quando la cittadinanza venga riconosciuta contrariamente a quelli che sono i principi di diritto internazionale (Corte internazionale di giustizia, *Affare Nottebohm*, Liechtenstein c. Guatemala, seconda fase, 6 aprile 1955, in *Reports*, 1955, p. 4, ove il Liechtenstein, concessa la cittadinanza a fronte del versamento di una somma di denaro, agiva in protezione diplomatica contro il Guatemala, Stato in cui si localizzava il centro degli interessi principali dell'ex cittadino tedesco, arrestato in quanto "nemico di guerra"). Tale conclusione, che in realtà sembra fondarsi su precedenti diversi, in quanto casi di cittadinanza concorrente (CRAWFORD, *Brownlie's Principles of Public International Law*<sup>8</sup>, Oxford, 2012, p. 516), pare essere il frutto di una scelta presa alla luce della "malafede" (CLERICI,

vo neanche nei *Draft articles*<sup>18</sup> – ove, in linea di principio, la cittadinanza, anche non necessariamente effettiva, è la condizione che legittima lo Stato all'azione diplomatica<sup>19</sup>.

L'idea, confermata nei DA, che la protezione diplomatica sia uno strumento di tutela indiretta dell'individuo e diretta degli interessi statali, esprime la stretta ed intima connessione che sussiste tra l'istituto e la sovranità dello Stato. È proprio la sovranità che la prassi ha rafforzato prevedendo la discrezionalità dell'azione: nel diritto internazionale classico all'individuo non è stato riconosciuto un vero e proprio diritto alla protezione diplomatica, benché il diritto interno dei singoli ordinamenti potrebbe muoversi in questo senso<sup>20</sup> e provvedere ad introdurre dei criteri-guida nell'esercizio dell'azione diplomatica<sup>21</sup>.

*Freedom of States to Regulate Nationality: European Versus International Court of Justice?*, in BOSCHIERO, SCOVAZZI, PITEA, RAGNI (eds.), *International Courts and the Development of International Law*, L'Aja, 2013, p. 839, a p. 840 dello Stato che aveva concesso la cittadinanza in presenza di collegamenti "extremely tenuous".

<sup>18</sup> Cfr. CRAWFORD, *The ILC's Articles on Diplomatic Protection*, in *South African Yearbook of International Law*, 2006, p. 19, a p. 25, ove nota come la proposta non voglia sovvertire in generale l'eredità della giurisprudenza *Mavrommatis*.

<sup>19</sup> L'art. 4 DA, ed il relativo commento, sottolineano come l'effettività della nazionalità non debba essere provata, potendosi in qualche modo derogare al criterio di collegamento in parola solo nel caso di apolidi, rifugiati (entrambi DA 8) e marittimi (DA 18), questo nonostante i casi contrari ricordati *ut supra* nota 17. Sul punto, inoltre, la Commissione di diritto internazionale specifica anche che la sentenza della Corte internazionale di giustizia nel caso *Nottebohm*, pur a fronte di interpretazioni divergenti, deve essere interpretata come rilevante solo per il caso specifico, dunque non idonea a superare la regola generale per cui non è necessaria l'effettività della nazionalità.

<sup>20</sup> Corte internazionale di giustizia, *Affare Barcelona Traction, Light and Power Company, Ltd*, cit., p. 45. In dottrina v. RUSSO, *The Injured*, cit.; PUSTORINO, *Protezione diplomatica*, cit., p. 275 ss.; LEYS, *Diplomatic Protection*; cit., p. 1 ss.; RONZITTI, *Introduzione*, cit., p. 365; PUSTORINO, *Accesso alla giustizia e protezione diplomatica*, in FRANCONI, GESTRI, RONZITTI, SCOVAZZI (a cura di), *Accesso alla giustizia dell'individuo nel diritto internazionale e dell'Unione europea*, Milano, 2008, p. 69 ss.; PETERS, *Beyond*, cit., p. 401 ss.; BASSU, *La rilevanza dell'interesse individuale nell'istituto della protezione diplomatica. Sviluppi recenti*, Milano, 2008; GESTRI, *Consiglio di Sicurezza e sanzioni mirate: obblighi degli Stati di agire in protezione diplomatica dei singoli?*, in VENTURINI, BARIATTI (a cura di), *Diritti individuali e giustizia internazionale*, Liber Fausto Pocar, Milano, Giuffrè, 2008, p. 353; KOOLJIMANS, *Is the Right to Diplomatic Protection a Human Right?*, in *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, vol. III, Napoli, 2004, p. 1975 ss.; CABAN, *Diplomatic Protection and other Mechanisms for the Protection of the Individual Against Serious Human Rights Violations: Limiting the Discretion*, in *Czech Yearbook of Public & Private International Law*, 2014, p. 167; ČEPELKA, *Rethinking the ILC Draft Articles on Diplomatic Protection: The Legal Nature of Diplomatic Protection*, in *idem*, p. 157, e CUCOS, *The Position of the Individual in Post-Codification Diplomatic Protection*, in *idem*, p. 181.

<sup>21</sup> In questo senso si veda ad esempio nella giurisprudenza canadese *Khadr v. Canada (Prime Minister)*, 2009 FC 405 ove il Justice O'Reilly ordinava alla Corona di richie-

Ai limiti generali cui soggiace la protezione diplomatica, altri assumono rilievo nei *Draft articles* nel momento in cui si considera la posizione del rifugiato, limiti che dovrebbero imporre un momento di riflessione sulla reale portata applicativa della norma proposta, benché, sembra necessario sottolinearlo, tali limiti sono stati elaborati in considerazione del fatto che la proposta costituisce un tentativo di sviluppo progressivo del diritto internazionale. In questo senso, molti dei limiti al campo di applicazione della norma possono essere compresi, ed accettati, se si giustificano sotto il profilo della (implicitamente) ricercata universalità di un eventuale<sup>22</sup> testo convenzionale da adottarsi in una materia intimamente connessa con la sovranità statale.

### 3. *La protezione diplomatica proposta dalla Commissione di diritto internazionale (art. 8(2) DA): problemi e proposte*

La Commissione di diritto internazionale, muovendo dal principio tradizionale per cui l'azione diplomatica<sup>23</sup> compete allo Stato di cittadinanza, ha ritenuto opportuno proporre una norma di sviluppo progressivo<sup>24</sup> del diritto internazionale con riferimento tanto alla figura

dere il ritorno del ricorrente in Canada, benché in [2010] 1 SCR 44 la Corte Suprema, pur confermando in linea di principio come il potere giudiziario possa dare indicazioni all'esecutivo, negava che la misura ordinata in primo grado dovesse essere disposta tenuto anche in conto l'imprevedibilità dell'ordine sulle relazioni internazionali canadesi (par. 40 ss.). La Corte costituzionale della Repubblica Sudafricana ha riconosciuto come l'individuo abbia il diritto di richiedere la protezione diplomatica, e di ottenere motivazioni in caso di rifiuto, con possibilità di verifica giurisdizionale, da parte della stessa corte, chiamata a considerare comunque l'ampia discrezionalità riconosciuta al governo (*Kaunda v. President of the Republic of South Africa*, Case CCT 23/04, in 44 *ILM* 173). Nella giurisprudenza inglese si veda anche *Al Rawi & Others, R (on the Application of) v. Secretary of State for Foreign Affairs and Another* [2006] EWHC (Admin). In Italia, con riferimento alla norma del trattato Italia-Marocco del 1982 in materia di marina mercantile, il Consiglio di Stato scrive che «[l]a norma attributiva del potere contempla, come riconosce la stessa Cassazione, un atto, non politico, ma di alta amministrazione che, in quanto tale, si connota per un ampio contenuto discrezionale rimesso alla valutazione dell'autorità amministrativa e sindacabile nei limiti dell'eccesso di potere» (Cons. Stato, Sez. VI, sentenza 29 maggio 2014 n. 2792, in *Rivista di diritto internazionale*, 2014, p. 1254).

<sup>22</sup> Sull'inserimento della protezione diplomatica nell'agenda della 71esima sessione dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite, v. NASCIMBENE, *L'individuo*, cit., p. 389 e ris. A/C.6/71/L.14, 26 ottobre 2016.

<sup>23</sup> Sul fronte, invece, della protezione consolare, con specifico riferimento agli accordi regionali, v. BARIATTI, *L'azione*, cit., p. 91 ss.

<sup>24</sup> Cfr. *Al Rawi & Others, R (on the Application of)*, cit., par. 63. Tale norma è stata definita essere una delle più rivoluzionarie dell'intera proposta della Commissione di diritto internazionale (VERMEER-KÜNZLI, *Diplomatic Protection and Consular Assistance*

dell'apolide quanto a quella del rifugiato. Con riferimento a quest'ultima categoria, l'art. 8(2) DA sembra essere l'espressione di una proposta "*de minimis*", costruita in modo tale da cercare sufficiente consenso tra gli Stati per affermare così una chiara deroga alla tradizionale dicotomia cittadinanza/protezione internazionale<sup>25</sup>, sostituendo la prima con un diverso criterio di collegamento.

Più nel dettaglio, l'art. 8(2) DA prevede che uno Stato diverso da quello di cittadinanza possa esercitare la protezione diplomatica con riferimento ad una persona cui, conformemente a standard internazionali accettati, sia riconosciuto lo *status* di rifugiato. Tale possibilità è tuttavia subordinata al fatto che l'individuo sia legittimamente ed abitualmente residente in questo Stato sia al momento del danno che al momento in cui lo Stato ufficialmente avanza la richiesta di soddisfazione<sup>26</sup>.

### 3.1. La nozione di "rifugiato"

Il primo problema sollevato dalla norma riguarda la definizione di "rifugiato", presupposto stesso per l'applicabilità della disposizione. L'intenzione della Commissione di diritto internazionale è quella di estendere la nozione di rifugiato oltre a quelle che sono le maglie proprie della Convenzione di Ginevra sullo *status* dei rifugiati del 1951, fino a ricomprendere definizioni più ampie, come quella della Convenzione africana del 1964, applicabile a tutte le persone che, per motivi di aggressione esterna, dominazione straniera ovvero di seri eventi in grado di turbare l'ordine pubblico nel paese di origine siano costrette alla ricerca di rifugio in altro Stato<sup>27</sup>. Tuttavia, giova notare che l'articolato parla di

*of Migrants*, in CHETAIL, BAULOZ (eds.), *Research Handbook on International Law and Migration*, Cheltenham, 2014, p. 265, a p. 272).

<sup>25</sup> Sulla coerenza dell'estensione della protezione diplomatica con l'affermazione del modello dello "Stato di diritto", v. SALERNO, *Sulle norme internazionali "terziarie"*, cit., p. 31 s. Come notato da NASCIBENE, *L'individuo*, cit., p. 390, tale approccio si contrappone alla giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia che ancora applica principi tradizionali in materia di protezione diplomatica (Corte internazionale di giustizia, *Affare Attività armate sul territorio del Congo*, Repubblica democratica del Congo c. Uganda, 19 dicembre 2005, in *Reports*, 2005, p. 168). Con riferimento al rapporto tra la norma proposta dalla Commissione di diritto internazionale e la finzione "Mavrommatis", v. PELLET, *The Second Death of Euripide Mavrommatis?*, cit., p. 54.

<sup>26</sup> DA, art. 8(2) «*A State may exercise diplomatic protection in respect of a person who is recognized as a refugee by that State, in accordance with internationally accepted standards, when that person, at the date of injury and at the date of the official presentation of the claim, is lawfully and habitually resident in that State*».

<sup>27</sup> DA, commento all'art. 8, par. 8 («*The term "refugee" [...] is not limited to refugees as defined in the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol but is intended to cover, in addition, persons who do not strictly conform to this*

“rifugiati” senza offrirne una definizione diretta ovvero indiretta rinviando espressamente ad altri strumenti di diritto internazionale.

Il tentativo della Commissione di diritto internazionale di evitare una eccessiva cristallizzazione della definizione di “rifugiato” appare sicuramente lodevole. Non vi è dubbio che il richiamo alla sola Convenzione di Ginevra incentiverebbe l'utilizzo di canoni di classificazione non sempre adeguati a gestire i moderni complessi flussi migratori in senso lato. Neanche vi è dubbio circa il fatto che sviluppare, in questa sede, una definizione autonoma di “rifugiato” valida ai soli fini dell'esercizio della protezione diplomatica sarebbe potuta risultare operazione complessa. Tuttavia, la norma, per come redatta, potrebbe essere opposta da alcuni Stati.

Da un lato, l'obiettivo della Commissione di diritto internazionale di estendere la definizione di rifugiato oltre a quelle che sono le maglie classiche della Convenzione di Ginevra potrebbe disincentivare alcuni Stati, non parte di convenzioni regionali per la protezione dei “rifugiati”, alla firma dei *Draft articles*. Lo Stato non parte di simili convenzioni regionali per la protezione dei “rifugiati” contro cui venisse eventualmente esercitata l'azione diplomatica dovrebbe accettare il riconoscimento di tale *status* sulla base di una sistema regionale di cui non è parte.

Dall'altro lato, ma sullo stesso piano, e sempre in difetto di una “definizione autonoma” di “rifugiato” ai fini dei *Draft articles*, uno Stato non parte della Convenzione di Ginevra potrebbe contestare allo Stato che agisca contro di lui in protezione diplomatica quello che è il presupposto necessario all'applicazione dell'art. 8(2) DA, ovvero evitare di firmare la proposta di convenzione.

In linea con l'approccio “*de minimis*” seguito dalla Commissione di diritto internazionale, la questione se la nozione di “rifugiato” debba essere interpretata anche alla luce di strumenti di tutela regionale potrebbe risolversi con un'interpretazione restrittiva del testo: al fine di assicurare la massima partecipazione possibile ad un eventuale trattato, il termine “rifugiato” dovrebbe essere interpretato in senso conforme alla (sola) Convenzione di Ginevra, opzione invero non esclusa dal testo della norma proposta, silente sul punto.

*definition. The Commission considered using the term “recognized refugees”, which appears in the 1997 European Convention on Nationality, which would have extended the concept to include refugees recognized by regional instruments, such as the 1969 O.A.U. Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa [...]. However, the Commission preferred to set no limit to the term in order to allow a State to extend diplomatic protection to any person that it recognized and treated as a refugee. Such recognition must, however, be based on “internationally accepted standards” [...].»).*

Diversamente, con riferimento al problema definitorio per quegli Stati contro cui sia esercitata azione diplomatica e che non siano vincolati dalla Convenzione di Ginevra, come suggerito in dottrina<sup>28</sup>, e per i fini che qui interessano, un'opzione interpretativa potrebbe consistere nel riconoscere effetti *erga omnes* al riconoscimento dello *status* di rifugiato. In questo senso, Stati terzi alla Convenzione di Ginevra non potrebbero opporsi all'azione in protezione diplomatica nel quadro dei *Draft articles*. Tuttavia, non sembra che la proposta di articoli della Commissione di diritto internazionale sulla protezione diplomatica sia lo strumento migliore per contribuire all'interpretazione della Convenzione di Ginevra del 1951 quale trattato-regime. Piuttosto, ed unicamente per assicurare una più pronta partecipazione degli Stati ad un possibile testo convenzionale sulla protezione diplomatica, che dal 2006 ancora non è stato aperto alla firma, ed in linea sempre con l'approccio seguito dalla Commissione di diritto internazionale con riferimento allo sviluppo progressivo del diritto internazionale, si potrebbe pensare ad un'altra soluzione, sicuramente meno ambiziosa, ma forse sufficientemente funzionale. I due sistemi (Convenzione di Ginevra e *Draft articles*) potrebbero essere messi in chiaro rapporto ed i *Draft articles*, che diventerebbero "serventi" rispetto alla Convenzione di Ginevra, potrebbero specificare che la norma proposta sulla protezione diplomatica del rifugiato può trovare applicazione solo tra gli Stati parti della Convenzione di Ginevra.

### 3.2. Il rifugiato "riconosciuto"

Oltre al problema della qualificazione dei "rifugiati" ai fini della protezione diplomatica, emerge da una prima lettura della norma proposta dalla Commissione di diritto internazionale come questa soggiaccia a numerosi limiti. In linea generale, tali limiti sembrano potersi ricollegare alla necessità di sostituire un criterio di collegamento classico, benché in alcuni casi anche solo meramente formale, con uno criterio fattuale e sostanziale sufficientemente qualificato che possa giustificare, agli occhi del legittimato passivo, l'azione di protezione diplomatica.

Tale collegamento qualificato si ritiene infatti dato in presenza di una pluralità di elementi. In primo luogo, la protezione diplomatica del rifugiato non può essere esercitata a tutela indiretta di ogni soggetto che potrebbe qualificarsi come rifugiato ai sensi delle regole di diritto internazionale. La protezione diplomatica è limitata solo ed esclusivamente in

<sup>28</sup> SALERNO, *L'obbligo internazionale di non-refoulement dei richiedenti asilo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2010, p. 847, p. 494 ss.

favore di quei soggetti cui lo Stato di residenza *riconosca*<sup>29</sup> lo *status* di rifugiato. Conseguentemente, sarebbe escluso dal campo di applicazione della norma proposta dalla Commissione di diritto internazionale chi attenda ancora il riconoscimento dello *status* di rifugiato, ovvero chi non lo abbia chiesto.

Ma non solo al rifugiato deve essere riconosciuto tale *status* dallo Stato di residenza abituale. Tale riconoscimento deve altresì essere coerente con standard internazionalmente accettati. Se anche si dovesse fare riferimento alle numerose linee guida dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati per individuare le prassi maggiormente accettate, quali sarebbero le conseguenze nel caso in cui uno Stato contestasse lo standard applicato dallo Stato di residenza, ciò al fine di contestare la legittimità dell'azione di protezione diplomatica? Ci si domanda, in sostanza, se la specificazione in oggetto possa aprire a possibili contestazioni all'esercizio della protezione diplomatica. In questo senso, e al solo fine di evitare che uno Stato possa contestare gli standard per il riconoscimento dello *status* di rifugiato applicati dallo Stato di rifugio che dovesse anche agire in protezione diplomatica, la norma proposta dalla Commissione di diritto internazionale potrebbe omettere il riferimento al rispetto di standard internazionali in sede di riconoscimento dello *status* di rifugiato. In questo senso, il riconoscimento dello *status* di rifugiato da parte dello Stato di rifugio diverrebbe condizione necessaria e sufficiente all'esercizio dell'azione diplomatica, a prescindere dagli standard seguiti dallo Stato di rifugio per il riconoscimento dello *status* di rifugiato di cui alla Convenzione di Ginevra del 1951. Una modifica che certo sembrerebbe poter aprire a possibili azioni di protezione diplomatica in ipotesi in cui lo Stato di rifugio applichi standard di riconoscimento dello *status* in parola non particolarmente rigidi. Tuttavia, e salve ipotesi di abuso, tale timore sembra doversi ridimensionare alla luce delle cautele che molti Stati spesso adottano in sede di riconoscimento dello *status* di rifugiato e quindi della tendenziale bontà del collegamento tra rifugiato riconosciuto tale e Stato di rifugio.

<sup>29</sup> Tale necessario riconoscimento tuttavia non stupisce. Parallelamente a quanto proposto dalla Commissione di diritto internazionale, la prassi statale, al fine del riconoscimento dei diritti garantiti nella Convenzione di Ginevra subordina il riconoscimento di alcuni diritti ad un'indagine sullo *status* (adducendo come base giuridica, tra le altre, quelle norme del testo che consentono una revisione dello *status* di rifugiato). Tuttavia, nel diverso, ma connesso, contesto della protezione diplomatica, il riconoscimento in parola sembra essere preordinato ad assicurare l'esistenza di un legame effettivo e sostanziale tra un ordinamento, che ha deciso di assicurare una qualche forma di protezione del rifugiato, ed il rifugiato stesso.

### 3.3. Il rifugiato riconosciuto “abituamente e legalmente residente”

A quanto sopra si aggiunga che l'azione diplomatica è ammessa solo con riferimento ai rifugiati (riconosciuti) abitualmente e legalmente residenti nello Stato di rifugio. Non sfugge che il riferimento alla residenza, dovendo questa essere tanto abituale (espressiva di un elemento fattuale) quanto legale (elemento tipicamente giuridico) istituisce quello che la stessa Commissione di diritto internazionale ha definito essere un requisito particolarmente stringente.

Nonostante lo Stato di rifugio possa agire in sede di protezione diplomatica solo nel momento in cui il rifugiato acquisisce una residenza abituale e legale, anche prima di tale data lo Stato di rifugio può instaurare un rapporto più o meno significativo con il rifugiato. Alcuni diritti contenuti nella Convenzione di Ginevra, infatti, presuppongono la sola residenza. Ad esempio, ad alcuni rifugiati potrebbero essere emessi documenti di viaggio<sup>30</sup> (per cui è richiesto il “*lawful staying*”), senza possibilità per lo Stato di esercitare protezione diplomatica nell'ipotesi in cui questi dovessero essere vittime di un illecito internazionale in altro Stato. Una limitazione giustificata dalla stessa Commissione di diritto internazionale alla luce della natura eccezionale della regola proposta *de lege ferenda*<sup>31</sup>.

Ancora, si aggiunga che non è chiaro se la norma proposta dalla Commissione di diritto internazionale nei *Draft articles* faccia riferimento unicamente alla residenza concessa al richiedente asilo, ovvero se possa essere estesa anche a chi viene riconosciuta una diversa forma di protezione internazionale nell'ipotesi in cui non fosse possibile riconoscergli lo *status* di rifugiato ai sensi della Convenzione di Ginevra del 1951<sup>32</sup>. In questo senso, la proposta sviluppata in questa sede sul tema

<sup>30</sup> Cfr. SKORDAS, *Article 7 1951 Convention*, in ZIMMERMANN (ed.), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and Its 1967 Protocol. A Commentary*, Oxford, 2011, p. 715, a p. 738. A questo si aggiunga che, nel diritto interno dei diversi Stati, i rifugiati potrebbero essere soggetti a trattamenti di favore nell'acquisizione di diritti. Si pensi in questo senso al caso spagnolo, dove – ai sensi della *Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social* – il legislatore ha inteso facilitare l'integrazione degli stranieri e, con specifico riferimento ai rifugiati, esentare alcune categorie dalle ordinarie regole sull'immigrazione. Legislazione che va ad aggiungersi a quella giurisprudenza (Corte amministrativa di Ceuta, 25 maggio 2017, reperibile su European Database of Asylum Law) che, anche alla luce delle disposizioni costituzionali in tema di libera circolazione hanno riconosciuto ai rifugiati il diritto di ingresso e di libera circolazione nel territorio nazionale dei rifugiati.

<sup>31</sup> DA, commento all'art. 8, par. 7.

<sup>32</sup> Solleva il problema, ZIECK, *Codification of the Law on Diplomatic Protection: the First Eight Draft Articles*, in *Leiden Journal of International Law*, 2001, p. 209, a p. 228.

del coordinamento espresso tra Convenzione di Ginevra e *Draft articles* potrebbe risolvere il dubbio, anche se, lo si nota, con una soluzione conforme all'impianto "*de minimis*" proposto dalla Commissione di diritto internazionale in tema di protezione diplomatica, ma meno in linea con la sua volontà (non trascritta nell'articolo) di sollecitare un'interpretazione estensiva della nozione di "rifugiato".

#### 3.4. *Il requisito temporale della residenza del rifugiato*

Come ulteriore *conditio* all'esercizio della protezione diplomatica del rifugiato da parte dello Stato di rifugio, la residenza abituale e legale del rifugiato riconosciuto deve essere localizzabile in questo Stato tanto al momento in cui l'individuo subisce il danno illegittimo quanto nel momento in cui lo Stato ufficialmente chiede soddisfazione allo Stato danneggiante.

In questo senso, lo Stato di residenza non potrebbe agire in sede di protezione diplomatica del rifugiato in pendenza del riconoscimento, ovvero in quelle ipotesi in cui il rifugiato, anche eventualmente riconosciuto tale, sia stato vittima di illecito internazionale in uno dei cd. Stati di "transito".

Non vi è dubbio che il doppio requisito cronologico abbia tra i suoi obiettivi quello di evitare che lo Stato di rifugio agisca contro lo Stato di cittadinanza-danneggiante. Tuttavia, tale criterio, per come proposto, lascia aperta la possibilità che le condizioni poste vengano rispettate nel caso del cittadino straniero legittimamente residente in quello che solo in un momento successivo sarà destinato a diventare lo Stato di rifugio. Così, a completamento del criterio cronologico, il terzo paragrafo dell'art. 8 DA, coerentemente con lo schema generale della Commissione di diritto internazionale<sup>33</sup>, esclude categoricamente che l'azione diplomatica possa essere esercitata, in ogni caso, contro lo Stato di cittadinanza<sup>34</sup>. Una scelta che sembra ridimensionare il tentativo di superamento dell'elemento

<sup>33</sup> Nel differente contesto della successione di cittadinanze, il DA, art. 5(3) prescrive che «*Diplomatic protection shall not be exercised by the present State of nationality in respect of a person against a former State of nationality of that person for an injury caused when that person was a national of the former State of nationality and not of the present State of nationality*». Tale norma potrebbe assumere particolare rilievo anche in quelle ipotesi di successione di cittadinanza che vedono coinvolto un rifugiato. In alcuni ordinamenti, come quello spagnolo, le condizioni per ottenere la cittadinanza potrebbero essere condizionate da elementi particolarmente vantaggiosi, come la residenza nel territorio per un periodo di cinque anni.

<sup>34</sup> DA, art. 8(3) «*Paragraph 2 does not apply in respect of an injury caused by an internationally wrongful act of the State of nationality of the refugee*».

della nazionalità quale condizione all'esercizio della protezione diplomatica, ma che viene giustificata dalla Commissione di diritto internazionale sulla base di due diverse argomentazioni.

Sotto un primo profilo, ritiene la Commissione, una diversa proposta avrebbe sovvertito la regola generale dei *Draft articles* in forza della quale la base predominante per l'esercizio dell'azione diplomatica sarebbe la cittadinanza<sup>35</sup>. Inoltre, secondo la Commissione, l'art. 8(3) DA risulterebbe necessario poiché senza, i rifugiati potrebbero richiedere protezione diplomatica proprio per i danni cagionati dallo Stato di cittadinanza. Ammettere protezione diplomatica in queste circostanze potrebbe aprire la strada a numerose controversie internazionali (*"open the floodgates for international litigation"*<sup>36</sup>). Tuttavia, senza voler contestare nel merito la norma, tale motivazione non sembra convincente: il fatto che (quasi sempre) lo Stato di rifugio abbia la *possibilità* e non l'obbligo di agire in sede di protezione diplomatica dovrebbe bastare a ridurre questa "ondata" di controversie internazionali.

Se la Commissione di diritto internazionale volesse mantenere l'opzione in parola, ulteriori elementi potrebbero fondarne la scelta. In primo luogo, e come la Commissione sembra voler suggerire, la considerazione pratica che l'obiettivo dell'universalità potrebbe suggerire l'introduzione di una regola eccezionale caratterizzata da un campo di applicazione ridotto potrebbe giustificare il terzo paragrafo dell'art. 8 DA.

In secondo luogo, sempre dal punto di vista pratico, la Commissione potrebbe addurre i tentativi di diritto interno di limitare la discrezionalità dell'esecutivo, tentativi che potrebbero indurre alcuni Stati a non prendere parte al regime convenzionale. In questi termini, allora, sembra che l'eccezione di cui all'art. 8(3) DA sia coerente tanto con l'obiettivo di creare un'eccezione alla regola generale quanto con l'obiettivo (implicito) di raggiungere un elevato numero di Stati parti della convenzione, qualora questa fosse effettivamente aperta alla firma.

A questo si aggiunga inoltre che l'eccezione di cui all'art. 8(3) DA, dal punto di vista teorico salvaguarderebbe l'essenza dell'istituto della protezione diplomatica, fondandone dunque la necessità. Se, da un lato, sembra accettabile rivalutare le regole oggetto di analisi per "attualizzarle" al contesto contemporaneo, modificarle fino al punto di ammettere e legittimare l'azione contro lo Stato di cittadinanza sembra andare oltre quelli che sono i confini della protezione diplomatica. In questo senso,

<sup>35</sup> DA, commento all'art. 8(3), par. 10.

<sup>36</sup> DA, commento all'art. 8(3), par. 10.

allora, se si volesse effettivamente ammettere la protezione diplomatica contro lo Stato di cittadinanza, parrebbe più corretto abbandonare il campo di indagine della protezione diplomatica (e del presente lavoro) per iniziare, piuttosto, a riflettere circa l'opportunità di creare nuove ed ulteriori regole, autonome rispetto a quelle sulla protezione diplomatica, e che per tale ragione possano introdurre anche il diritto di azione contro lo Stato di cittadinanza.

### 3.5. *Continuità della residenza abituale*

Il testo proposto dalla Commissione di diritto internazionale sembra inoltre lasciare un punto aperto. La norma, nello stabilire che l'individuo deve avere la propria residenza abituale nello Stato di rifugio tanto al momento del danno quanto al momento della presentazione della domanda, non prende in considerazione l'eventualità, forse non particolarmente frequente nella prassi, in cui l'individuo, pur nel rispetto della condizione in parola, abbia tra questi due periodi la propria residenza in altro Stato. Il commento della Commissione sul punto pare invero sbriativo, risolvendosi in una parafrasi dell'articolato proposto<sup>37</sup>.

La prima questione consiste dunque nel determinare se, nel silenzio della norma, tale elemento di continuità sia necessario o meno. Con riferimento al problema della nazionalità continua, i *Draft articles* prevedono che la cittadinanza debba esistere continuativamente tra i due intervalli temporali rilevanti<sup>38</sup>. Se tuttavia i principi generali della protezione diplomatica costituiscono, entro certi limiti, il criterio interpretativo anche dell'art. 8(2) DA, tale continuità dovrebbe essere necessaria anche nel caso della norma in commento.

Risolvendo in questo senso la prima questione, la seconda concerne la possibilità di presumere l'elemento della continuità della residenza abituale del rifugiato. L'art. 5 DA introduce una presunzione di continuità della cittadinanza: una *praesumptio iuris tantum* che tuttavia, come detto, non compare nell'art. 8 DA. Ma se tale ultima norma deve essere oggetto di interpretazione restrittiva poiché costituisce una deroga al principio generale della cittadinanza, salvaguardato invece dalla presunzione di cui all'art. 5 DA, la differenza formale e teleologica delle due disposizioni potrebbe militare nel senso che tale presunzione semplice non debba anche trovare applicazione nel contesto della protezione diplomatica del rifugiato. Questo, con la conseguenza che lo Stato di rifugio potrebbe essere obbligato a dover provare la continuità della residen-

<sup>37</sup> DA, commento all'art. 8(2), par. 9.

<sup>38</sup> DA, art. 5(1).

za (dal momento del danno al momento in cui la richiesta di riparazione è presentata – con apparente esclusione della rilevanza del momento della effettiva risoluzione di una possibile controversia tra Stati<sup>39</sup>) ai fini del legittimo esercizio della protezione diplomatica. Una questione che, tuttavia, sembra destinata ad essere risolta dalla prassi statale, qualora questa dovesse effettivamente formarsi e soffermarsi sul punto specifico.

#### 4. *Problemi intrinseci e ulteriori proposte*

In prospettiva teorica pare che i problemi che potrebbero emergere dall'art. 8(2) DA (se questo dovesse essere adottato nella versione attuale) non siano limitati a quanto espressamente detto dal testo. La norma, infatti, introduce un diritto per lo Stato di residenza, senza nulla specificare circa l'esistenza o meno di un'eventuale possibilità residua dello Stato di cittadinanza di poter agire in protezione diplomatica del proprio cittadino rifugiato all'estero. Questo deriva dalla considerazione implicita, e corretta, che lo Stato di cittadinanza del rifugiato non lo voglia proteggere. Ma se un tale caso dovesse aversi, anche in questa ipotesi la sovranità dello Stato di cittadinanza dovrebbe prevalere, almeno in alcune ipotesi? D'altronde, come visto, in caso di scontro di sovranità tra Stato di rifugio e Stato di cittadinanza, quest'ultima prevale.

Non potendo escludere a priori la possibilità di un interesse (sincero, o meno) di più Stati all'esercizio della protezione diplomatica<sup>40</sup>, la complessità dei temi, nonché la contestuale rilevanza di interessi contrapposti potrebbe suggerire la redazione di un paragrafo che possa fungere da opportuna guida.

<sup>39</sup> In generale, non sembra che la Commissione di diritto internazionale abbia decisione di seguire l'idea che, in tema di protezione internazionale, tanto del cittadino quanto del rifugiato, l'elemento di collegamento debba sussistere sia al momento del danno quanto al momento in cui la controversia viene risolta (DA, commento all'art. 5, par. 5; v. anche, in senso diverso, Award 26 June 2003 *Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/98/3, in *ICSID Reports*, vol. 7 (2005), p. 442).

<sup>40</sup> Ad esempio, l'art. 6 DA disciplina l'ipotesi di concorso nell'azione diplomatica di Stati, entrambi di cittadinanza, contro Stati terzi («1. Any State of which a dual or multiple national is a national may exercise diplomatic protection in respect of that national against a State of which that person is not a national. 2. Two or more States of nationality may jointly exercise diplomatic protection in respect of a dual or multiple nationals»). SALERNO, *Sulle norme internazionali "terziarie"*, cit., p. 33 ripropone anche l'esempio, affine a quello di apolidi e rifugiati, dello Stato occupante o entità assimilabile ove perduri il legame di cittadinanza con l'autorità preesistente che potrebbe voler far valere le proprie pretese.

In primo luogo, sembra doversi escludere l'ammissibilità di un'eventuale azione congiunta dello Stato di cittadinanza e di rifugio contro uno Stato terzo. Quando i *Draft articles* hanno voluto introdurre una possibilità di azione da parte di più Stati, questo è stato fatto in modo chiaro (si pensi al caso della doppia cittadinanza o della tutela dei marittimi<sup>41</sup>).

Escludendosi la possibilità di un'azione congiunta, diventa quindi necessario determinare a chi spetti la competenza. Dovendosi bilanciare la sovranità statale a base dell'intero schema dei DA, la tutela degli interessi dello Stato di residenza abituale che con il rifugiato costruisce un rapporto sostanziale ed effettivo, nonché evitare possibili abusi del diritto ed incertezze interpretative, potrebbe ritenersi che, salvo diverso accordo tra i due Stati in parola, la protezione diplomatica del rifugiato spetti in primo luogo allo Stato di rifugio. Immaginando che questo non voglia, nella maggior parte dei casi, né possa riconoscere lo *status* di rifugiato a chi non compete, in prima battuta rimarrebbe ferma la competenza dello Stato di rifugio, salvo il caso in cui questo, a seguito di richiesta o *sua sponte*, ritenga sincera l'azione diplomatica dello Stato di origine del rifugiato e revochi dunque lo *status* di rifugiato.

Da ultimo, e per concludere sul punto, neanche sembra che lo Stato-danneggiante possa contestare il difetto dei requisiti temporali nell'ipotesi in cui Stato di rifugio e Stato di cittadinanza arrivino ad un accordo in forza del quale il primo riconosca la competenza esclusiva del secondo. In primo luogo, tale interpretazione contrasterebbe con l'obiettivo dei DA, ossia estendere le ipotesi di protezione diplomatica. In secondo luogo, il rifugiato, anche se protetto da un altro Stato, non perde la propria cittadinanza. E i rapporti tra Stato di rifugio e Stato di cittadinanza che voglia sinceramente tutelare i propri cittadini sembrano dover essere risolti alla luce del generale principio che ne regola le interazioni in fase patologica, ossia che tra cittadinanza e residenza abituale la prima debba comunque prevalere. Ma se l'individuo non perde la propria cittadinanza, nel momento in cui lo *status* di rifugiato viene meno le regole generali tornano ad applicarsi. A questo si aggiunga che la proposta potrebbe anche inquadrarsi in un'ipotesi di protezione diplomatica per delega. Non è infatti estraneo al diritto internazionale che lo Stato titolare dell'azione diplomatica deleghi un altro ordinamento

<sup>41</sup> Oltre al già citato DA, art. 6, v. anche art. 18, ai sensi del quale «*The right of the State of nationality of the members of the crew of a ship to exercise diplomatic protection is not affected by the right of the State of nationality of a ship to seek redress on behalf of such crew members, irrespective of their nationality, when they have been injured in connection with an injury to the vessel resulting from an internationally wrongful act*».

all'esercizio di tale funzione<sup>42</sup>. Inoltre, gli stessi DA prendono in considerazione l'ipotesi dell'azione diplomatica del nuovo Stato di cittadinanza<sup>43</sup>: non sembra quindi estraneo allo schema del progetto di articoli una deroga, circostanziata, al requisito cronologico che il soggetto passivo dell'azione potrebbe voler invece invocare nel caso qui prefigurato.

## 5. Conclusioni

Da quanto sopra emergono i limiti al testo proposto dalla Commissione di diritto internazionale in tema di protezione diplomatica del rifugiato. Il superamento dell'elemento della cittadinanza è, condivisibilmente, limitato all'azione diplomatica dello Stato di residenza alle azioni contro Stati terzi. La tendenza evolutiva prospettata cede dinanzi ad un conflitto tra sovranità effettiva e sovranità formale sull'individuo. Molti dei limiti applicativi dell'art. 8(2) DA sembrano inoltre accettabili se funzionali alla ricerca del consenso degli Stati in una materia tradizionalmente legata alla sovranità nazionale, anche se forse diverse dovrebbero essere le motivazioni addotte come giustificazione.

A questi si aggiungano i limiti classici della protezione internazionale – *in primis* la tendenziale discrezionalità dell'intervento statale. Come visto, poi, alcuni limiti al campo di applicazione della norma proposta dalla Commissione di diritto internazionale potrebbero essere ulteriormente introdotti, ciò al fine di eliminare possibili incertezze normative. Inoltre, ulteriori paragrafi potrebbero considerare possibili problemi tra

<sup>42</sup> Su cui v. per tutti BARIATTI, *L'azione internazionale*, cit., p. 63 ss. Inoltre, non può non menzionarsi quelle che sono le tendenze del diritto dell'Unione europea sul tema dell'assistenza diplomatica e consolare in generale (art. 23 TFUE e art. 46 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea). In generale, senza pretesa di esaustività, v. NASCIMBENE, *L'individuo*, cit., p. 391 s.; VILLANI, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*, Bari, 2016, p. 127 ss.; ADAM, TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2014, p. 422 ss.; CONDINANZI, *Art. 23 TFUE*, in POCAR, BARUFFI (a cura di), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, p. 226; FARO, CHITI, SCHWEIGHOFER (eds.), *European Citizenship and Consular Protection. New Trends in European Law and National Law*, Napoli, 2012; INGRAVALLO, *La nuova direttiva sulla tutela consolare dei cittadini europei*, in *Eurojus.it*; IZZO, *La dimensione esterna della cittadinanza europea: tutela consolare e protezione diplomatica nell'ambito dell'Unione europea*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2015, p. 397; LA ROSA, *La protezione diplomatica nell'Unione europea: un esempio di evoluzione delle norme internazionali in materia*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2009, p. 133; BARONCINI, *Le delegazioni dell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona. Struttura, status e funzioni*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2014, p. 68 e RE, *L'assistenza consolare (e diplomatica?) del cittadino dell'Unione negli Stati terzi: prospettive attuali e future*, in *Eurojus.it*.

<sup>43</sup> DA, art. 5(2), ipotesi anche questa circostanziata.

lo Stato di residenza abituale e lo Stato di cittadinanza in ipotesi (forse scolastiche) di concorrenza nella protezione diplomatica.

Non si nasconde neanche come le osservazioni qui sviluppate abbiano portata pratica limitata, posto che, di fatto, la protezione diplomatica continuerebbe ad essere un percorso praticabile solo per le azioni promosse dallo Stato di rifugio contro Stati terzi, e solo con riferimento a danni subiti da rifugiati “assimilabili” ai cittadini dello Stato di residenza. Neanche vi sono dubbi circa il fatto che una proposta più audace sarebbe sicuramente più funzionale alla tutela indiretta degli interessi dei rifugiati. Ma se è vero che «*international law is what states want it to be*»<sup>44</sup> e che «*[international law] is what States do, not what [academics] think they should do*»<sup>45</sup>, l'introduzione di nuove regole in una materia tradizionalmente ed intimamente connessa alla sovranità dovrebbe richiedere in genere cautela, se l'obiettivo è quello di assicurare un'ampia partecipazione degli Stati al testo di una possibile convenzione, nel caso specifico che qui interessa, sulla protezione diplomatica.

Per concludere, allo Stato che intendesse esercitare la protezione diplomatica del rifugiato fuori dalle strette maglie imposte dall'art. 8 DA non sembrano rimanere molte opzioni per un intervento. In questo senso, il diritto diplomatico si rivela insoddisfacente e, proprio per questo motivo, l'adozione dell'art. 8 DA costituirebbe già un significativo passo avanti verso la costruzione di un primo quadro normativo di riferimento, per quanto limitato, votato alla protezione diplomatica per il rifugiato, anche se non del rifugiato in quanto tale.

<sup>44</sup> In questi termini, ma in un diverso contesto, SEVASTIK, *Secession, Self-determination of 'Peoples' and Recognition – The Case of Kosovo's Declaration of Independence and International Law*, in ENGD AHL, WRANGE (eds.), *Law at War: The Law as it was and the Law as it Should be, Liber Amicorum Ove Bring*, L'Aja, 2008, p. 231, p. 243.

<sup>45</sup> BOWETT, *Book Review to Humanitarian Intervention: An Inquiry into Law and Morality*, by Fernando R. Teson, in *British Yearbook of International Law*, 1989, p. 263, p. 264.

## IL DIVIETO DI ESPULSIONI COLLETTIVE DI STRANIERI IN SITUAZIONI DI EMERGENZA MIGRATORIA

Andrea SACCUCCI\*

SOMMARIO: 1. Premessa e piano dell'indagine. – 2. Il divieto di espulsioni collettive nel diritto internazionale pattizio. – 3. Il divieto di espulsioni collettive nel diritto internazionale consuetudinario. – 4. L'ammissibilità di limitazioni o deroghe al divieto di espulsioni collettive in situazioni di emergenza. – 5. L'impatto delle situazioni di emergenza migratoria sul rispetto del divieto di espulsioni collettive alla luce della più recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani.

### *1. Premessa e piano dell'indagine*

Il massiccio aumento dei flussi migratori misti alle frontiere dell'Europa dovuto ad una combinazione di fattori geo-politici (quali la “primavera araba”, la crisi libica, il conflitto siriano e il fenomeno Daesh) ha trovato impreparati molti Stati di “primo arrivo”, fra cui in particolare l'Italia e la Grecia, creando situazioni di estrema difficoltà (talvolta, di vera e propria emergenza) nella gestione di tali flussi e soprattutto degli sbarchi via mare di migranti provenienti dal Nord Africa.

In siffatto contesto, sono state adottate politiche, misure e prassi volte, da un lato, a semplificare ed accelerare il più possibile le procedure di rimpatrio degli stranieri in condizione di ingresso irregolare non aventi, almeno apparentemente, titolo per beneficiare di alcuna forma di protezione internazionale alla stregua di una valutazione preventiva effettuata, per lo più, in base al criterio della nazionalità; e, dall'altro, ad “esternalizzare” il controllo delle frontiere europee e la stessa valutazione delle domande di protezione in alcuni Stati terzi di transito mediante la stipulazione di appositi accordi comportanti l'immediato respingimento di tutti i migranti provenienti da tali Stati, indipendentemente dal loro *status*.

Queste vicende hanno richiamato l'attenzione sul rispetto da parte

\* Professore Associato di diritto internazionale nell'Università degli Studi della Campania “Luigi Vanvitelli”.

degli Stati europei del divieto di espulsioni collettive quale esso è sancito da una pluralità di strumenti convenzionali soprattutto a carattere regionale, a partire dal Protocollo n. 4 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (di seguito "CEDU"), nonché – secondo l'opinione ormai prevalente (ma, lo si anticipa, non unanime) – dal diritto internazionale consuetudinario, tanto che la Commissione del diritto internazionale lo ha espressamente incluso nel *Progetto di articoli sull'espulsione degli stranieri* adottato nel 2014<sup>1</sup>. In particolare, si è posto all'esame della dottrina e della giurisprudenza il problema di capire quale sia l'esatta portata da attribuire a tale divieto nel contesto della gestione di flussi massicci di immigrazione irregolare via mare e se l'esistenza di una situazione di vera e propria emergenza migratoria possa giustificare l'adozione di misure eccezionali che limitano o derogano le garanzie normalmente applicabili all'espulsione degli stranieri.

Sul tema si è recentemente pronunciata la Grande Camera della Corte europea dei diritti umani in un caso riguardante i rimpatri collettivi di migranti tunisini effettuati dall'Italia nel 2011 con una sentenza che ha già fatto (e farà ancora) molto discutere<sup>2</sup>. Sentenza che, da un lato, ha ridefinito in senso restrittivo il requisito dell'esame obiettivo e ragionevole della situazione individuale di ciascuno straniero (quale desumibile dalla sua pregressa giurisprudenza e anche dalla prassi internazionale, così come codificata dalla Commissione del diritto internazionale) e, dall'altro, ha attribuito espressamente rilievo al "contesto generale" di emergenza migratoria in cui erano stati effettuati i rimpatri contestati<sup>3</sup>.

Il presente contributo è diretto, in primo luogo, ad individuare quali siano i limiti che il diritto internazionale pattizio e il diritto internazionale consuetudinario attualmente impongono con riguardo all'espulsione collettiva o di massa degli stranieri<sup>4</sup> soprattutto nel quadro della gestione

<sup>1</sup> Cfr. International Law Commission, *Report on the Work of Its Sixty-Sixth Session, Draft Articles on the Expulsion of Aliens*, UN Doc. A/CN.4/L.832, 2014.

<sup>2</sup> Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Khlaifia and others v. Italy* [GC], Application n. 16483/12, Judgment of 15 December 2016.

<sup>3</sup> Sulla sentenza ci si soffermerà *infra* par. 5.

<sup>4</sup> Sulla distinzione tra "espulsione collettiva" e "espulsione di massa" si veda il *Memorandum of the Secretariat, Expulsion of Aliens* predisposto nel 2006 dal Segretario generale delle Nazioni Unite su richiesta della Commissione del diritto internazionale per assisterla nei lavori di codificazione in materia (cfr. UN Doc. A/CN.4/565, 10 July 2006, spec. parr. 990-995), secondo cui la prima colpirebbe un "gruppo di stranieri" (indipendentemente dal numero) in assenza di considerazione individuale delle singole posizioni, mentre la seconda riguarderebbe un ampio gruppo di persone e potrebbe essere vietata anche a prescindere dal carattere "collettivo" della stessa, ad esempio nel caso in cui l'espulsione contestuale di un gran numero di stranieri entro un periodo di tempo li-

dei flussi migratori e, in secondo luogo, a verificare – anche alla luce della prassi e della giurisprudenza più recente – se le situazioni di emergenza migratoria possano giustificare una diversa modulazione di detti limiti ovvero l'inosservanza degli stessi con particolare riguardo al requisito dell'esame obiettivo e ragionevole delle singole posizioni individuali nel caso di provvedimenti simultanei e standardizzati di rimpatrio fondati sul criterio dell'appartenenza ad un gruppo nazionale o anche più semplicemente su quello della provenienza dello straniero. Per gli scopi dell'analisi qui condotta si farà essenzialmente riferimento alla prassi concernente le espulsioni collettive, anche se sia i lavori della CDI sia la dottrina tendono ad assimilare e ad esaminare congiuntamente le espulsioni collettive e quelle di massa.

## 2. Il divieto di espulsioni collettive nel diritto internazionale pattizio

Come noto, pur non essendo stato incluso nella Dichiarazione universale dei diritti umani del 1948 (per ragioni probabilmente legate ai trasferimenti in massa di popolazioni che furono attuati dalle Potenze vincitrici nell'immediato dopoguerra in esito alla ridefinizione dei confini europei<sup>5</sup>), il divieto di espulsioni collettive ha progressivamente trovato (esplicito o, talvolta, implicito) riconoscimento in molti trattati internazionali sui diritti umani a contenuto generale, nonché in alcuni altri strumenti pattizi riguardanti particolari categorie di soggetti.

Va subito osservato al riguardo come coloro che sostengono la natura consuetudinaria del divieto di espulsioni collettive traggono l'elemento della *diuturnitas* essenzialmente dalla prassi convenzionale generalizzata in materia (e dalla prassi applicativa dei trattati da parte dei rispettivi organi di controllo)<sup>6</sup>, piuttosto che dalla prassi degli Stati, dalla

mitato imponga un onere eccessivo a carico dello Stato ricevente in violazione del divieto di abuso dei diritti. In altre parole, l'espulsione collettiva potrebbe non essere anche di massa e, viceversa, un'espulsione di massa potrebbe non essere anche collettiva. Al riguardo si vedano anche HENCKAERTS, *The Current Status and Content of the Prohibition of Mass Expulsion of Aliens*, in *Human Rights Law Journal*, 1994, p. 301 ss.; PERRU-CHOUD, *L'expulsion en masse d'étrangers*, in *Annuaire Francais de droit international*, 1988, p. 677 ss., spec. pp. 678-679; e COLES, *The problem of mass expulsion: a background paper prepared for the working group of experts on the problem of mass expulsions held at San Remo, Italy (16-18 April 1983)*, spec. pp. 5-6.

<sup>5</sup> Cfr. PLENDER, *International Migration Law*, 2nd ed., 1988, p. 476, e DE ZAYAS, *International Law and Mass Population Transfers*, in *Harvard International Law Journal*, 1975, p. 207. Cfr. anche *infra* nota 24.

<sup>6</sup> Per tutti e nei termini più ampi si veda HENCKAERTS, *Mass Expulsion in Modern*

quale, al contrario, è ancora oggi piuttosto difficile – come si vedrà meglio in seguito<sup>7</sup> – trarre elementi “autosufficienti” per giungere a siffatta conclusione soprattutto in relazione alle misure adottate nel quadro delle politiche migratorie o di salvaguardia della sicurezza nazionale.

Il primo strumento pattizio a prevedere espressamente<sup>8</sup> il divieto di espulsioni collettive è stato il Protocollo n. 4 alla CEDU adottato nel 1963, il cui art. 4 stabilisce laconicamente che “[l]e espulsioni collettive di stranieri sono proibite”. Una disposizione analoga – con la sola differenza stilistica dell’uso del singolare anziché del plurale – è stata poi prevista all’art. 22, par. 9, della Convenzione americana dei diritti umani del 1969.

Anche la Carta africana dei diritti dell’uomo e dei popoli del 1981, all’art. 12, par. 5, ha stabilito che “[l]’espulsione di massa di non-cittadini deve essere vietata”, per tale intendendosi “l’espulsione che è diretta a gruppi nazionali, razziali, etnici o religiosi”. Se, da un lato, il riferimento alla nozione di “espulsione di massa” offre in linea di principio una protezione più ampia rispetto a quella generalmente ricollegata alla nozione di “espulsione collettiva”<sup>9</sup>, dall’altro, la precisazione per cui è vietata soltanto l’espulsione di massa di gruppi nazionali, razziali, etnici o religiosi sembra escludere dall’ambito applicativo della disposizione in esame le espulsioni “collettive” che non abbiano carattere discrimina-

*International Law and Practice*, The Hague/Boston/London, 1995, pp. 45-49. Nello stesso senso cfr. *Third Report on the Expulsion of Aliens of the Special Rapporteur, Maurice Kamto*, A/CN.4/581, in *International Law Commission Report*, A/62/10, 2007, par. 115, ove egli afferma che il divieto di espulsioni collettive “is enshrined in three regional human rights conventions that, among them, cover most States members of the international community” e che, di conseguenza, “it seems reasonable to suggest that there is a general principle of international law on this matter that is ‘recognized by civilized nations’ and prohibits collective expulsion”.

<sup>7</sup> Cfr. *infra* par. 3.

<sup>8</sup> Si ritiene che un primo “implicito” riconoscimento del divieto di espulsioni collettive fosse già ricavabile dalla Convenzione europea sullo stabilimento del 1955, e in particolare dalla Sezione III c del Protocollo ad essa annesso, il quale stabilisce che “[i]l diritto di espulsione può essere esercitato soltanto in casi individuali” (in questo senso, cfr. *Memorandum* del Segretariato generale del 2006, cit., par. 1006).

<sup>9</sup> Come si è detto (cfr. *supra* nota 4), l’espulsione di massa si caratterizza per un elemento meramente quantitativo, sicché essa può configurarsi anche nel caso in cui l’espulsione non sia qualificabile come “collettiva” essendo stata disposta all’esito di un esame delle singole posizioni individuali. Secondo alcuni autori, l’espulsione di massa sarebbe comunque vietata dal diritto internazionale anche se le circostanze individuali di ciascun caso sono prese in considerazione (cfr., ad es., DUMELAND, *Das Verbot der Xenelassie bei Ausweisung von Ausländern in der Bundesrepublik Deutschland*, in *Bulletin of the Association for the Study of World Refugee Problems*, 1984, p. 185).

torio per i motivi espressamente menzionati e che non colpiscano simultaneamente un ampio gruppo di stranieri<sup>10</sup>.

Più di recente, il divieto di espulsioni collettive è stato sancito dall'art. 19, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 2000, adattata nel 2007 (in termini volutamente identici all'art. 4 del Protocollo n. 4, salvo che per l'eliminazione del riferimento agli *stranieri*, presumibilmente legata alla volontà di evitare ambiguità in ordine all'applicazione del divieto anche ai cittadini UE)<sup>11</sup>, dall'art. 25, par. 4, della Convenzione sui diritti umani e le libertà fondamentali della Comunità di Stati indipendenti del 1995, nonché – con formulazione ancor più categorica – dall'art. 26, par. 2, della Carta araba dei diritti umani del 2004, il quale stabilisce che “[I]e espulsioni collettive sono vietate *in ogni circostanza*” (corsivo aggiunto).

A livello regionale, dunque, si può dire che il divieto di espulsioni collettive abbia ormai trovato ampio riconoscimento, anche se, a ben vedere, non tutti gli Stati europei (alcuni dei quali particolarmente interessati dall'attuale crisi migratoria) hanno ratificato il Protocollo n. 4 alla CEDU<sup>12</sup>. Per tali Stati, dunque, sarà particolarmente rilevante stabilire se, allo stato attuale di sviluppo del diritto internazionale, il divieto di espulsioni collettive sia anche oggetto di specifiche norme consuetudina-

<sup>10</sup> Ad esempio, l'espulsione in massa senza esame individuale di tutti gli stranieri partecipanti ad una manifestazione di protesta non sarebbe discriminatoria per motivi nazionali, etnici, razziali o religiosi e, quindi, vietata, così come non sarebbe vietata l'espulsione di massa per motivi diversi da quelli espressamente indicati (ad es., il sesso, l'orientamento sessuale, o l'età degli stranieri). Al riguardo cfr. *Third Report on the Expulsion of Aliens*, cit., par. 108. Come rilevato da HENCKEARTS, *Mass Expulsion*, cit., p. 19, tali espulsioni sarebbero, comunque, contrarie all'art. 7 della Carta africana che garantisce il diritto ad un esame individuale.

<sup>11</sup> Cfr. le *Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali*, elaborate dal *praesidium* della Convenzione che ha redatto la Carta, come successivamente adattate, in G.U.U.E. n. 303 del 14 dicembre 2007, p. 17 ss., ove si afferma che il par. 1 dell'art. 19 “ha significato e portata identici a quelli dell'articolo 4 del protocollo n. 4 della CEDU per quanto attiene alle espulsioni collettive”. Al riguardo si vedano NASCIBENE-DI PASCALE, *Articolo 19*, in MASTROIANNI, POLLICINO, ALLEGREZZA, PAPPALARDO, RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2017, p. 367 ss., e LABAYLE, *Article 19*, in *EU Network of Independent Experts of Fundamental Rights* (ed.), *Commentary of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, 2006, p. 178 ss.

<sup>12</sup> Allo stato attuale, il Protocollo n. 4 non è stato ratificato da Grecia, Regno Unito, Svizzera e Turchia. Quest'ultima ha, però, ratificato la Convenzione internazionale sui diritti dei lavoratori migranti del 1990, cui si farà cenno poco oltre nel testo. L'Italia ha ratificato il Protocollo n. 4 soltanto nel 1982.

rie di portata generale o – eventualmente – anche particolare e quale ne sia il relativo contenuto.

Ciò è tanto più vero se si considera che, a livello universale, tale divieto è stato espressamente sancito soltanto nell'art. 22, par. 1, della Convenzione internazionale sulla protezione dei diritti di tutti i lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie del 1990, che – come noto – è stata ratificata da un numero piuttosto esiguo di Stati (essenzialmente quelli di provenienza dei lavoratori migranti). La proposta di inserire un'analogia previsione nel Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966 era stata, invece, rigettata, anche se, successivamente, il Comitato dei diritti umani ha fornito un'interpretazione estensiva alle garanzie procedurali previste dall'art. 13 del Patto in favore degli stranieri “legalmente residenti”, affermando che esse debbono applicarsi anche nei casi in cui “la legalità dell'ingresso o del soggiorno di uno straniero è in contestazione” al fine di assicurare che ciascuno straniero abbia diritto ad una decisione individuale sul proprio caso ed a presentare ragioni avverso la sua espulsione<sup>13</sup>. Secondo il Comitato, dunque, posto che lo scopo dell'art. 13 del Patto è quello di prevenire “espulsioni arbitrarie”, tale disposizione non sarebbe soddisfatta da “law or decisions providing for collective or mass expulsions”<sup>14</sup>.

Per quanto riguarda la definizione della portata delle norme pattizie appena ricordate, un contributo essenziale è venuto dall'attività interpretativa dei vari organi regionali di controllo, i quali hanno avuto occasione di pronunciarsi più volte sul rispetto del divieto di espulsioni collettive. Non è un caso che proprio alle pronunce di tali organi (e, in particolare, a quelle rese dalla Commissione e dalla Corte europea dei diritti umani<sup>15</sup>) abbia fatto ampiamente riferimento la stessa Commissione del

<sup>13</sup> Cfr. Comitato dei diritti umani, *General Comment No. 15 – The Position of Aliens Under the Covenant*, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.1, 11 April 1986, parr. 9-10. Coerentemente con tale approccio, il Comitato ha ritenuto che l'espulsione di massa da parte della Repubblica dominicana di cittadini dominicani di origini haitiane fosse contraria al Patto “since no account is taken of the situation of individuals (...) nor of cases where the legality of an individual's presence in the country is in dispute and must be settled in proceedings that satisfy the requirements of Article 13” (cfr. *Concluding Observations: Dominican Republic*, CCPR/CO/71/DOM, 26 April 2001, par. 16).

<sup>14</sup> Cfr. *General Comment No. 15*, cit., par. 9.

<sup>15</sup> Per un'analisi della relativa giurisprudenza si vedano, tra gli altri, FAVILLI, *Articoli 3 e 4 del Protocollo n. 4*, in *Commentario alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in BARTOLE, DE SENA, ZAGREBELSKI (a cura di), Padova, 2012, p. 866 ss., spec. p. 870 ss.; MURGO, *Libertà di circolazione e divieto di espulsione*, in *La CEDU e il ruolo delle Corti*, in GIANNITI (a cura di), Bologna, 2015, p. 893 ss., spec. p. 905 ss.; SCHABAS, *The European Convention on Human Rights: A Commentary*, Oxford, 2015, p. 1075 ss.

diritto internazionale per ricostruire il contenuto del divieto di espulsione collettive nel diritto internazionale consuetudinario<sup>16</sup>.

In linea di massima sintesi, basti qui osservare come la giurisprudenza degli organi internazionali di protezione dei diritti umani abbia tradizionalmente individuato il contenuto essenziale del divieto nella necessità che le misure di allontanamento degli stranieri (comunque qualificate in base al diritto interno) siano adottate “following, and *on the basis of*, a reasonable and objective examination of the particular situation of each [alien]”<sup>17</sup>. In altre parole, il divieto di espulsioni collettive è venuto ad assumere una dimensione prevalentemente “procedurale” consistente nell’obbligo per gli Stati di apprestare sufficienti garanzie attestanti una presa in esame effettiva, differenziata e dettagliata della situazione individuale dello straniero prima di procedere al suo allontanamento<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> Cfr. *infra* par. 3.

<sup>17</sup> Nella giurisprudenza europea cfr., tra le altre, Commissione europea dei diritti dell’uomo, *Becker v. Denmark*, Application no. 7011/75, Decision of 3 October 1975, e Corte europea dei diritti dell’uomo, *Čonka v. Belgium*, Application n. 51564/99, Judgment of 5 February 2002, par. 59, [GC], *Hirsi Jamaa and others v. Italy*, Application n. 27765/09, Judgment of 28 February 2012, parr. 183-185, *Sharifi and others v. Italy*, Application n. 16643/09, Judgment of 21 October 2014, par. 214, e *Georgia v. Russia (I)*, Application n. 13255/07, Judgment of 3 July 2014, parr. 171-178. Nella giurisprudenza interamericana, cfr. Corte inter-americana dei diritti dell’uomo, *Nadege Dorzema and others v. Dominican Republic*, Judgment of 24 October 2012, parr. 171-172, e *Expelled Dominicans and Haitians v. Dominican Republic*, Judgment of 28 August 2014, par. 361. Nella giurisprudenza africana, cfr. Commissione africana dei diritti dell’uomo, *Rencontre Africaine pour la Défense des Droits de l’Homme v. Zambia*, Communication n. 71/92, Decision of 21-31 October 1996, par. 26, *Union Inter-Africaine des Droits de l’Homme e altri v. Angola*, Communication n. 159/1996, Decision of 11 November 1997, par. 19.

<sup>18</sup> Si è, invece, escluso che l’adozione contestuale di plurimi provvedimenti di espulsione con motivazioni identiche nei confronti di un gruppo di soggetti che versano nella medesima condizione sia di per se stessa sufficiente a violare il divieto di espulsione collettiva, allorché detti provvedimenti siano stati assunti sulla base di un esame oggettivo e ragionevole delle singole posizioni individuali (cfr. Corte europea dei diritti dell’uomo, *Sultani v. France*, Application n. 45223/05, Judgment of 20 September 2007, par. 81, e *Hirsi Jamaa and others v. Italy*, cit., par. 184; analogamente, cfr. art. 9, par. 3, del *Progetto di articoli*, cit., ai sensi del quale “[a] State may expel concomitantly the members of a group of aliens provided that the expulsion takes place after and on the basis of an assessment of the particular case of each individual member of the group”). Tuttavia, la Corte europea ha anche precisato che l’esame oggettivo e ragionevole delle singole posizioni individuali non significa che “the background to the execution of the expulsion orders plays no further role in determining whether there has been compliance with Article 4 of Protocol No. 4” (cfr. *Čonka v. Belgium*, cit., par. 59, e *Georgia v. Russia (I)*, cit., par. 167).

Siffatta tendenza ha trovato riscontro anche sul piano universale, non soltanto nella prassi sopra menzionata del Comitato dei diritti umani relativa all'art. 13 del Patto, ma anche nell'art. 22, par. 1, della Convenzione sui lavoratori migranti, ove la funzione di garanzia procedurale assoluta dal divieto di espulsione collettiva è stata normativamente riconosciuta attraverso la previsione espressa per cui “[c]iascun caso di espulsione deve essere esaminato e deciso individualmente”<sup>19</sup>, e nelle posizioni assunte da diversi Stati nell'ambito dei lavori di codificazione della Commissione del diritto internazionale<sup>20</sup>.

### 3. Il divieto di espulsioni collettive nel diritto internazionale consuetudinario

La prevalente dottrina del dopoguerra ritiene che, soprattutto grazie allo sviluppo della prassi convenzionale sopra descritta, il divieto di espulsioni collettive o di massa abbia ormai acquisito natura consuetudinaria<sup>21</sup>.

Alcuni autori, in particolare, ritengono che detto divieto costituisca un principio generale di diritto riconosciuto dalle nazioni civili ai sensi dell'art. 38 dello Statuto della Corte internazionale di giusti-

<sup>19</sup> In termini sostanzialmente analoghi si è espresso anche il Comitato contro la discriminazione razziale nella *General Recommendation No. 30, Discrimination against Non-Citizens*, UN Doc. CERD/C/64/Misc.11/rev. 3, 2004, par. 26, ove esso ha affermato che gli Stati non debbono procedere ad espulsioni collettive di stranieri “in particular in situations where there are insufficient guarantees that the personal circumstances of each of the persons concerned have been taken into account”.

<sup>20</sup> Cfr., in particolare, la posizione di El Salvador (*International Law Commission, Sixty-Sixth Session, A/CN.4/669*, p. 24).

<sup>21</sup> Così, in particolare, HENKAERTS, *Mass Expulsion*, cit., p. 45 ss. Nello stesso cfr. SANDS, *Le quatrième protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Annuaire français de droit international*, 1964, p. 569 ss., spec. pp. 574-575. Secondo il Relatore speciale sui diritti umani dei migranti, Jorge BUSTAMANTE, “[t]he prohibition on the collective expulsion of non-nationals is arguably a recognized principle of international customary law” (cfr. *Annual Report*, UN Doc. A/HRC/7/12, 25 February 2008, par. 49, nota 36). Nello stesso senso si sono espressi sia l'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati (cfr. *Discussion Paper on the Expulsion of Aliens*, September 2006, reperibile all'indirizzo [www2.ohchr.org/english/issues/migration/taskforce/docs/Discussion-paper-expulsions.pdf](http://www2.ohchr.org/english/issues/migration/taskforce/docs/Discussion-paper-expulsions.pdf), e *Amicus Curiae Brief*), sia l'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i diritti umani (cfr. *Amicus Curiae Brief* presentato dinanzi alla Corte europea dei diritti umani nel caso *Hirsi and others v. Italy*, cit.).

zia<sup>22</sup>; altri, invece, tendono a ricavare l'illiceità internazionale delle espulsioni collettive o di massa da altre norme di diritto internazionale generale, quali il divieto di discriminazione (e, in particolare, di discriminazioni per motivi etnici o razziali) o il divieto di espulsioni arbitrarie<sup>23</sup> o il divieto di genocidio<sup>24</sup>.

Una cosa, però, è certa (ed i lavori di codificazione della Commissione del diritto internazionale ne danno ampiamente conto): in passato (e almeno fino ai primi anni successivi alla fine della Seconda guerra mondiale), gli Stati hanno fatto ampiamente ricorso a misure di espulsione collettiva o di massa di stranieri sia in tempo di pace sia in tempo di guerra senza che ciò venisse considerato contrario al diritto internazionale<sup>25</sup>, sicché – fino a quel momento – non vi era alcun elemento della

<sup>22</sup> Così, ad esempio, KAMTO, in *Third Report on the Expulsion of Aliens*, cit., par. 115.

<sup>23</sup> Secondo DE ZAYAS, *Population, Expulsion and Transfer*, in *Encyclopedia of International Law*, 1997, vol. 3, p. 1062 ss., spec. pp. 1064, le espulsioni di popolazioni sarebbero sempre qualificabili come "arbitrary acts which are inevitably indiscriminate in their application and in practice are likely to have the additional vice of being inspired by racial or religious discrimination". Secondo HENKAERTS, *Mass Expulsion*, cit., pp. 45-46, nella misura in cui le espulsioni collettive violano il principio di non discriminazione, esse sarebbero vietate dalla norma consuetudinaria sul divieto di discriminazione, mentre nella misura in cui costituiscono espulsioni arbitrarie (perché non fondate su un esame delle singole posizioni individuali), esse sarebbero vietate dai principi generali di diritto espressi nell'art. 13 del Patto, il cui nucleo essenziale avrebbe acquisito natura consuetudinaria. Questa ricostruzione non è convincente, non soltanto perché non tiene conto della prassi degli Stati, ma anche perché non chiarisce se il divieto di espulsioni collettive sia oggetto di un'autonoma norma consuetudinaria (e in tal caso quale ne sia il contenuto) ovvero un mero "effetto riflesso" di altre norme consuetudinarie. Più di recente cfr. WOJNOWSKA-RADZIŃSKA, *The Right of an Alien to be Protected against Arbitrary Expulsion in International Law*, Leiden-Boston, 2015.

<sup>24</sup> In questo senso cfr. DE ZAYAS, *Population, Expulsion and Transfer*, cit., pp. 1064-1065, secondo il quale un'espulsione di massa "which cause, either deliberately or recklessly, a heavy loss of life" o che "could lead to chaos and starvation" può configurare un'ipotesi di genocidio vietata dal diritto internazionale. Cfr. anche il principio n. 3 della *Declaration of Principles of International Law on Mass Expulsion*, adottata dalla International Law Association nel corso della 62a conferenza tenutasi a Seul dal 24-30 agosto 1986 (una precedente versione dell'ILA Declaration assimilava le espulsioni di massa al genocidio in ogni circostanza). Sul rapporto tra deportazione e genocidio si veda anche WIEVIORKA, *Déportation et génocide: entre la mémoire et l'oubli*, Paris, 1992.

<sup>25</sup> Digni di nota sono, in particolare, i trasferimenti di massa di circa 16 milioni di tedeschi residenti in Polonia, Cecoslovacchia o Ungheria che furono attuati dalle Potenze vincitrici dopo la fine della Seconda guerra mondiale sulla base del Protocollo di Potsdam del 2 agosto 1945 (cfr. DE ZAYAS, *Nemesis at Potsdam: The Anglo-Americans and the Expulsion of the Germans – Background, Execution, Consequences*, London, 1979). Secondo HENCKEARTS, *Mass Expulsion*, cit., p. 9, queste vicende storiche spiegherebbero perché le Nazioni Unite ritennero di non affrontare il tema dell'espulsione di massa degli

prassi che consentisse di affermare l'esistenza di una qualche norma consuetudinaria limitativa del potere degli Stati di procedere ad espulsioni degli stranieri in forma collettiva o di massa<sup>26</sup> e, in effetti, anche la dottrina era generalmente orientata a non ritenere dette espulsioni di per se stesse contrarie al diritto internazionale<sup>27</sup>.

È vero che le limitazioni al potere degli Stati di espellere gli stranieri dal proprio territorio si sono sviluppate soprattutto nel periodo successivo proprio in concomitanza con l'affermarsi delle norme internazionali sulla tutela dei diritti umani, ma è anche vero che, al di fuori degli specifici regimi pattizi sopra ricordati, non può darsi per scontato che la prassi degli Stati si sia effettivamente orientata nella direzione di ritenere illegittime le espulsioni collettive dal punto di vista del diritto internazionale generale. Posto che è (ancora) fermamente radicata la regola consuetudinaria per cui gli Stati hanno il diritto di espellere gli stranieri dal proprio territorio<sup>28</sup>, le eventuali restrizioni all'esercizio di tale diritto debbono risultare chiaramente dalla prassi internazionale degli stessi Stati a prescindere da eventuali impegni pattizi da essi assunti mediante la ratifica di specifici trattati (che, al contrario, potrebbe essere sintomatica della loro *opinio* circa l'inesistenza di norme generali in materia).

In siffatto contesto, non si può ignorare che i casi di espulsioni collettive riportati dalle cronache internazionali anche in tempi recenti sono assai numerosi soprattutto nel continente africano<sup>29</sup>; che le reazioni da

stranieri nella Dichiarazione universale del 1948 e anche perché analoga scelta fu compiuta dagli Stati europei al momento dell'adozione della CEDU.

<sup>26</sup> Cfr. *Third Report on Expulsion of Aliens*, cit., parr. 98-102. Secondo il Relatore speciale, quando gli Stati hanno escluso il ricorso ad espulsioni di massa (come nel caso della Francia alla fine della Prima guerra mondiale con riguardo alla popolazione di nazionalità tedesca insediata nell'Alsazia-Lorena), ciò è accaduto per ragioni di mera convenienza (*ivi*, par. 102). Non è un caso che, nelle *Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers*, adottate nel 1894 dall'*Institut de Droit International*, si riconosceva che le espulsioni di massa non erano in linea di principio illegittime ma richiedevano una legge speciale o un provvedimento che doveva essere previamente pubblicato con il massimo preavviso possibile.

<sup>27</sup> Cfr., ad es., HYDE, *International Law*, Boston, 2a ed., 1945, p. 236, secondo il quale "[a] territorial State may in fact proceed to expel a considerable number of aliens *en masse* if their continued presence within its domain is deemed to be highly detrimental thereto".

<sup>28</sup> Cfr., per tutti, l'art. 3 del *Progetto di articoli sull'espulsione degli stranieri*. Secondo la Commissione del diritto internazionale, tale diritto è "uncontested in practice as well as in case-law and writing" e costituisce "an inherent right of the State, flowing from its sovereignty". Per la relativa prassi internazionale cfr., in particolare, *Third Report on the Expulsion of Aliens*, cit., parr. 8 ss.

<sup>29</sup> Si ricordano, a titolo esemplificativo, l'espulsione nel 1956 da parte dell'Egitto di

parte degli Stati rispetto a tali condotte sono assai rare (praticamente inesistenti le reazioni di Stati diversi da quelli di nazionalità degli stranieri colpiti dalle misure di espulsione collettiva)<sup>30</sup> e che, ove tali reazioni vi sono, esse si fondano per lo più sulla violazione di specifici obblighi patrizi<sup>31</sup> ovvero sulla pretesa natura inumana delle modalità esecutive dell'espulsione<sup>32</sup>; che alcuni Stati hanno apertamente contestato la natura consuetudinaria del divieto di espulsioni collettive<sup>33</sup> ovvero hanno lasciato intendere di ritenere che la codificazione di tale divieto rappresentasse piuttosto un esercizio di "sviluppo progressivo" del diritto internazionale<sup>34</sup>; che il divieto di espulsioni collettive (ovvero il requisito dell'esame oggettivo e ragionevole delle singole posizioni individuali) non trova generalizzato riconoscimento nelle legislazioni statali soprattutto al di fuori del continente europeo<sup>35</sup>; e che, soprattutto nel contesto dell'attuale crisi migratoria, gli Stati di arrivo dei flussi continuano a rivendicare il diritto

3672 cittadini francesi; l'espulsione nel 1969 di migliaia di nigeriani dal Ghana e la successiva espulsione in massa di cittadini ghanesi dalla Sierra Leone e dalla Liberia; l'espulsione nel 1972 di circa ottanta mila asiatici di nazionalità britannica, indiana e pakistana da parte del regime di Amin in Uganda; l'espulsione nel 1976 di oltre ventimila cittadini egiziani dalla Libia; l'espulsione di circa seimila cittadini del Benin dal Gabon nel 1978; le espulsioni di massa di circa due milioni di migranti irregolari attuate dalla Nigeria nei primi mesi del 1983 e poi ancora nel 1985. Per una panoramica dei casi più eclatanti si rinvia a COLES, cit., pp. 17-26, e *Third Report on the Expulsion of Aliens*, cit., par. 114, spec. nota 144.

<sup>30</sup> Cfr. PERRUCHOU, cit., p. 682. Una delle reazioni più significative fu quella del Governo francese, rappresentato da Giscard d'Estaigne, il quale protestò ufficialmente davanti all'Assemblea generale delle Nazioni Unite contro l'espulsione collettiva di cittadini francesi attuata dall'Egitto nel 1956, ritenendola contraria agli artt. 3 e 7 della Dichiarazione universale nonché alle disposizioni sui diritti umani contenute nella Carta delle Nazioni Unite (cfr. G.A.O.R., 11th Session, 624th Plenary Meeting, pp. 124-125). Nel caso dell'espulsione degli asiatici di nazionalità britannica del 1972, il Governo britannico aveva inizialmente richiesto un dibattito urgente in Assemblea generale, ma tale richiesta fu poi ritirata (al riguardo cfr. COLES, cit., p. 21).

<sup>31</sup> Emblematico è il caso della Georgia la quale ha contestato la violazione del divieto di espulsioni collettive sancito dall'art. 4 del Protocollo n. 4 alla CEDU da parte della Russia ai danni di suoi cittadini nell'ambito del primo ricorso interstatale introdotto ai sensi dell'art. 33 CEDU dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo.

<sup>32</sup> In questo senso cfr. PERRUCHOU, cit., p. 684.

<sup>33</sup> Questa è stata, ad esempio, la posizione tenuta dall'Australia nell'ambito dei lavori di codificazione sull'espulsione degli stranieri (cfr. UN Doc. A/CN.4.669, sez. II.C.10).

<sup>34</sup> In questo senso è espressa la Danimarca in nome dei Paesi nordici (cfr. UN Doc. A/C.6.67/SR.18, par. 47).

<sup>35</sup> Ad esempio, vari Stati membri dell'Organizzazione degli Stati americani, nel rispondere ad un questionario preparato dal Relatore speciale sui lavoratori migranti e le loro famiglie, hanno affermato di ritenere legalmente praticabile l'espulsione collettiva di gruppi di lavoratori migranti in base alla propria legislazione nazionale (cfr. OEA/Ser.L/V/II.106, sez. IV(b)(5)).

di procedere sollecitamente al rimpatrio mediante il ricorso a procedure semplificate per gruppi nazionali ed a stipulare accordi di riammissione con i Paesi di origine o di transito funzionali al trasferimento in massa di migranti irregolari<sup>36</sup>.

Naturalmente, la circostanza che siano ancora molto diffuse condotte statali contrarie al divieto di espulsioni collettive non vale, di per se stessa, ad escludere l'elemento oggettivo della consuetudine, nella misura in cui sia comunque possibile constatare una reazione da parte degli altri Stati o delle organizzazioni internazionali di cui essi fanno parte volta a stigmatizzare l'illiceità di tali condotte dal punto di vista del diritto internazionale<sup>37</sup>. Tuttavia, l'attuale stato di evoluzione della prassi internazionale non consente, a nostro avviso, di affermare con certezza l'esistenza di un'autonoma norma consuetudinaria di portata generale che imponga l'obbligo di procedere "in ogni circostanza" ad un esame oggettivo e ragionevole delle singole posizioni individuali così come previsto dall'art. 9, par. 3, del *Progetto di articoli*<sup>38</sup>.

Si deve, del pari, escludere che, dalla prassi internazionale, siano ricavabili elementi significativi per affermare che tale obbligo sia accettato

<sup>36</sup> Sui possibili rischi derivanti dall'applicazione degli accordi di riammissione cfr. la Risoluzione n. 1741 (2010), *Readmission Agreements: a Mechanism for Returning Irregular Migrants*, adottata il 22 giugno 2010 dall'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa.

<sup>37</sup> Come noto, infatti, al fine di stabilire l'esistenza di una norma consuetudinaria, non è necessario che la prassi corrispondente sia "in absolutely rigorous conformity with the rule", ma è sufficiente che "the conduct of State should, in general, be consistent with such rules" e che "instances of State conduct inconsistent with a given rule should generally have been treated as breaches of that rule, not as indications of the recognition of a new rule" (così il noto *dictum* della Corte internazionale di giustizia, *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Judgment of 27 June 1986, in *I.C.J. Reports 1986*, par. 186). Ciò è tanto più vero nell'ambito della tutela dei diritti umani dove spesso l'elemento dell'*opinio* tende ad assumere un ruolo predominante rispetto a quello dell'*usus* (cfr., ad es., con riguardo al divieto di tortura, CASSESE, *International Law*, Oxford, 2005, p. 158).

<sup>38</sup> Nel senso che non sia configurabile una norma consuetudinaria, generale o particolare, che vieti *sic et simpliciter* le espulsioni collettive cfr. PERRUCHOU, cit., pp. 682-683; DOERING, *Aliens, Expulsion and Deportation*, in *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, London, New York, Tokyo, 1992, vol. 1, p. 109 ss., spec. p. 111; PLENDER, *The Ugandan Crisis and the Right of Expulsion Under International Law*, in *International Commission of Jurists Review*, 1979, p. 19 ss., spec. p. 27, secondo il quale "as a general rule, a State is competent under international law to expel aliens *en masse*". Secondo SHARMA e WOOLDRIDGE, *Some Legal Questions Arising from the Expulsion of the Uganda Asians*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1974, p. 397 ss., "it is doubtful what the precise rules of international law are and what effect the Charter of the United Nations, the Universal Declaration of Human Rights and the General Assembly resolutions concerning discrimination have had on this area (of mass expulsion)".

e riconosciuto dalla comunità internazionale degli Stati nel suo complesso come avente natura cogente e inderogabile. Né si può ritenere che il requisito dell'esame individuale della posizione di ciascun migrante sia strumentalmente imposto, in ogni caso, dal divieto di discriminazione o dal divieto di trattamenti inumani, atteso che l'assenza di tale requisito non comporta invariabilmente che l'espulsione collettiva sia attuata con modalità discriminatorie o contrarie alla dignità umana<sup>39</sup>.

Una prassi sufficientemente diffusa e consolidata contraria all'espulsione collettiva di stranieri attuata senza esame oggettivo e ragionevole delle posizioni individuali è, invece, certamente ravvisabile a livello *regionale europeo*. Ciò è senz'altro dovuto, almeno in parte, alla ratifica del Protocollo n. 4 da parte di quasi tutti gli Stati europei ed alla giurisprudenza degli organi convenzionali che ne ha definito la portata, ma la prassi regionale non si esaurisce in quella "convenzionale", essendo arricchita da una varietà di elementi "extra-convenzionali" quali, ad esempio, la previsione generalizzata dell'obbligo di esame individualizzato nelle legislazioni statali e nella normativa dell'Unione europea<sup>40</sup>, l'esplicito riferimento al divieto di espulsioni collettive in accordi di gestione dei flussi migratori coinvolgenti Stati che non hanno ratificato il Protocollo n. 4<sup>41</sup>, le reazioni di protesta seguite all'espulsione collettiva

<sup>39</sup> In questo senso cfr. PERRUCHOU, cit., pp. 683-684, il quale critica la tesi di DE ZAYAS, *Collective Expulsions in the Light of International Law*, in *AWR Bulletin*, 1977, p. 268, secondo cui tutte le espulsioni di massa sarebbero illecite perché contrarie al principio di non discriminazione. Lo stesso DE ZAYAS, peraltro, ammetteva in quello scritto che "one can conceive of reasons to justify (...) collective expulsions from one state to another" (*ivi*, p. 58). Nel *Memorandum* del Segretario generale del 2007, cit., si precisa che l'elemento discriminatorio non è una condizione essenziale affinché l'espulsione possa qualificarsi come collettiva, atteso che "a State may violate the prohibition of collective expulsion without discriminating against any of the individuals concerned on grounds that would be prohibited under international law" (par. 991).

<sup>40</sup> Si vedano, in particolare, le garanzie sostanziali e procedurali previste dalla Direttiva 2004/38/CE del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri (rispettivamente, artt. 27, 28, 29 e artt. 31 e 33), e dalla Direttiva 2003/109/CE del 25 novembre 2003, relativa allo *status* dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo (art. 12). Si vedano inoltre il *Considerando n. 6* della Direttiva 2008/115/CE del 16 dicembre 2008, c.d. Direttiva rimpatri, ai sensi del quale le decisioni ai sensi della direttiva dovrebbero essere adottate caso per caso e tenendo conto di criteri obiettivi, nonché l'art. 4 del Regolamento (UE) 2016/399 del 9 marzo 2016, c.d. Codice frontiere Schengen, ai sensi del quale le decisioni emesse ai sensi del Regolamento devono essere adottate "su base individuale".

<sup>41</sup> Ad esempio, un riferimento espresso al divieto di espulsioni collettive è contenuto nel *comunicato congiunto Unione europea-Turchia* del 18 marzo 2017, con il quale si è inteso regolare l'afflusso massiccio di migranti (specialmente richiedenti asilo) dalla

di cittadini europei da parte di altri Stati (soprattutto africani)<sup>42</sup>, nonché le posizioni critiche assunte dagli Stati europei nell'ambito delle organizzazioni internazionali regionali e dagli stessi organi di tali organizzazioni in merito a diversi episodi di espulsioni collettive<sup>43</sup>.

Si può, dunque, ritenere che si sia già solidamente formata a livello europeo una consuetudine regionale che vincola tutti gli Stati (anche quei pochi che non hanno ancora ratificato il Protocollo n. 4<sup>44</sup>) e che ha un contenuto corrispondente a quello elaborato dalla giurisprudenza della Corte europea (cui sono dichiaratamente ispirati sia l'art. 19 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE<sup>45</sup> sia lo stesso art. 9 del *Progetto di articoli* elaborato dalla Commissione del diritto internazionale<sup>46</sup>).

#### 4. L'ammissibilità di limitazioni o deroghe al divieto di espulsioni collettive in situazioni di emergenza

Nonostante l'evoluzione del diritto internazionale pattizio e consuetudinario sopra descritta, le pronunce rese sino ad oggi in materia sono tutto sommato assai poche e ancor meno sono quelle che hanno in concreto constatato una violazione del divieto di espulsioni collettive, sicché restano talune incertezze interpretative, la più rilevante (e attuale) delle

Turchia (al riguardo cfr. *infra* nota 71).

<sup>42</sup> Cfr., in particolare, la reazione francese all'espulsione collettiva dei suoi cittadini da parte dell'Egitto, citata *supra* nota 30.

<sup>43</sup> Cfr., a titolo meramente esemplificativo, con riferimento ai respingimenti in alto mare di migranti provenienti dalle coste libiche attuati dalle autorità italiane nel 2009, Committee for the Prevention of Torture, 28 April 2010, Inf (2010) 14, e Parliamentary Assembly of the Council of Europe, Resolution 1805(2011), 14 April 2011.

<sup>44</sup> Cfr. *supra* nota 12. La giurisprudenza della Corte europea ha già ammesso, in linea di principio, che la prassi regionale degli Stati parte della CEDU possa dare luogo a norme consuetudinarie locali modificative o ampliative degli obblighi derivanti dalla stessa CEDU (o dai suoi Protocolli). Cfr., in particolare, Corte europea dei diritti dell'uomo, *Ocalan v. Turkey* [GC], Application n. 46221/99, Judgment of 12 May 2005, par. 168, e *Al-Saadoon and Mufidhi v. United Kingdom*, Application n. 61498/08, Judgment of 2 March 2010, parr. 119-120, con specifico riferimento all'abrogazione della clausola eccezzuativa di cui all'art. 2, par. 1, CEDU che autorizza l'applicazione della pena di morte e alla conseguente estensione degli obblighi di abolizione previsti dal Protocollo n. 6 e dal Protocollo n. 13 anche nei confronti degli Stati che non li hanno ratificati.

<sup>45</sup> Cfr. *supra* nota 11.

<sup>46</sup> Cfr. UN Doc. A/C.6/67/SR.18, par. 18, ove si afferma che “[l]e critère retenu à cet effet, inspiré de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme, consiste dans l’examen raisonnable et objectif de la situation particulière de chacun des membres du groupe”.

quali riguarda, a nostro avviso, la natura assoluta o meno del divieto e la sua eventuale derogabilità in situazioni di emergenza (tema, quest'ultimo, che evidentemente si intreccia con quello dell'invocabilità dello stato di necessità a giustificazione di eventuali misure di espulsione collettiva).

Per quanto riguarda la prima questione (natura assoluta o meno del divieto), la formulazione testuale delle varie disposizioni pattizie sopra richiamate induce a ritenere che gli obblighi da esse derivanti non siano suscettibili di alcuna restrizione o limitazione per finalità legittime di pubblico interesse. Il divieto di espulsioni collettive viene, infatti, sancito in termini perentori – così come accade per il divieto di tortura o per il divieto di schiavitù – senza la previsione di alcuna eccezione<sup>47</sup>. Ciò risulta ancor più vero con riguardo all'art. 26, par. 2, della Carta araba dei diritti umani, il quale precisa che le espulsioni collettive sono vietate “in ogni circostanza”<sup>48</sup>. Anche la dottrina è prevalentemente favorevole a riconoscere carattere assoluto al divieto di espulsioni collettive<sup>49</sup>.

Siffatta conclusione sembra trovare una conferma, sia pure indiretta, nella giurisprudenza dei vari organi di controllo i quali, pur non avendo mai espressamente affermato la natura assoluta del divieto (così come, invece, essi hanno fatto per altre disposizioni convenzionali aventi con-

<sup>47</sup> Qualche dubbio può sorgere con riguardo all'art. 19 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, in quanto l'art. 52, par. 1, stabilisce, in linea generale, l'ammissibilità di limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla Carta purché esse siano previste dalla legge, rispettino il contenuto essenziale di detti diritti e libertà e siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui. Tuttavia, considerata l'equivalenza di significato tra l'art. 19 della Carta e l'art. 4 del Protocollo n. 4 alla CEDU (cfr. *supra* nota 11), si deve ritenere che l'interpretazione accolta dalla Corte europea con riguardo a quest'ultima disposizione (cui si farà cenno poco oltre nel testo) debba valere anche per l'art. 19 della Carta, rendendo inoperante la previsione di cui all'art. 52, par. 1. In questo senso cfr. DI PASCALE, cit., p. 373.

<sup>48</sup> Negli stessi termini era originariamente formulato il divieto di espulsioni collettive nel progetto del Protocollo n. 4 approvato dal *Committee of Governmental Experts* (cfr. *Collected Edition of the “Travaux Préparatoires” of Protocol No. 4 to the Convention*, Strasbourg, 1976, p. 430).

<sup>49</sup> A ben vedere, molti autori danno sostanzialmente “per scontata” la natura assoluta del divieto senza, però, fornire alcuna motivazione a sostegno di tale assunto (che, invece, a nostro avviso, non può farsi discendere *sic et simpliciter* dalla mancata previsione espressa di restrizioni legittime nelle rispettive disposizioni pattizie, stante l'ammissibilità di limitazioni “implicite”): cfr. RIETIKER, *Collective Expulsion of Aliens: the European Court of Human Rights (Strasbourg) as the Island of Hope in Stormy Times?*, in *Suffolk Transnational Law Review*, 2016, p. 651 ss., spec. p. 655, OBEROI E TAYLOR-NICHOLSON, *The Enemy at the Gates: International Borders, Migration and Human Rights*, in *Laws*, 2/2013, p. 169 ss., spec. p. 180.

simile incondizionata formulazione<sup>50</sup>), si sono limitati a stabilire, volta per volta, se le misure espulsive contestate avessero o meno carattere “collettivo” ai sensi delle rilevanti disposizioni pattizie e, in caso affermativo, a constatare la violazione del divieto, senza verificare ulteriormente se l’inosservanza del requisito dell’esame individuale potesse o meno considerarsi “giustificato” nelle particolari circostanze<sup>51</sup>. Anzi precisando che il ricorso a pratiche incompatibili con il divieto di espulsioni collettive non può essere giustificato da problemi di gestione dei flussi migratori<sup>52</sup> o da situazioni di difficoltà economica<sup>53</sup>.

Tuttavia, si deve anche osservare come la rilevata prevalenza assunta dalla dimensione “procedurale” del divieto potrebbe indurre a ritenere che la garanzia di un esame individuale obiettivo e ragionevole, in cui esso si sostanzia, possa essere soggetta a “limitazioni implicite” per il perseguimento di legittime finalità di pubblico interesse<sup>54</sup>, tra cui il con-

<sup>50</sup> A titolo meramente esemplificativo, cfr. Corte europea dei diritti umani, *Soering v. United Kingdom*, Application n. 14038/88, Judgment of 7 July 1989, par. 88, con riferimento al divieto di tortura sancito dall’art. 3 CEDU, e *Siliadin v. France*, Application n. 73316/01, Judgment of 26 July 2005, par. 112, con riferimento al divieto di schiavitù sancito dall’art. 4 CEDU.

<sup>51</sup> Cfr., ad esempio, Corte europea dei diritti umani, *Hirsi Jamaa and others v. Italy*, cit., parr. 183-186, e *Georgia v. Russia (I)*, cit., parr. 177-178; analogamente, cfr. Corte interamericana dei diritti umani, *Expelled Dominicans and Haitians v. Dominican Republic*, cit., parr. 381-384.

<sup>52</sup> Cfr. Corte europea dei diritti umani, *Hirsi Jamaa and others v. Italy*, cit., par. 179, *Sharifi and others v. Italy*, cit., par. 224, e *Georgia v. Russia (I)*, cit., par. 177.

<sup>53</sup> In questo senso, cfr. Commissione africana dei diritti dell’uomo e dei popoli, *Union Inter-Africaine des Droits de l’Homme e altri v. Angola*, cit., parr. 15-16, ove essa ha riconosciuto che “African States in general and the Republic of Angola in particular are faced with many challenges, mainly economic”, ma ha riaffermato che, qualunque siano le circostanze, le espulsioni collettive costituiscono “a special violation of human rights”.

<sup>54</sup> Con riferimento alle garanzie di tipo “procedurale” – a partire dal diritto ad un equo processo – la giurisprudenza internazionale ha, infatti, generalmente ammesso che esse siano soggette a “limitazioni implicite”, che debbono perseguire un scopo legittimo e debbono essere proporzionate rispetto alla finalità perseguita (cfr., per tutte, Corte europea dei diritti umani, *Golder v. United Kingdom*, Application no. 4451/70, Judgment of 21 February 1975, parr. 37-40, ove la Corte ha per la prima volta elaborato la tesi delle limitazioni implicite al diritto di accesso ad un giudice). Per quanto riguarda in particolare le garanzie procedurali in materia di espulsione, specifiche limitazioni sono, in effetti, espressamente previste da varie norme convenzionali (cfr., ad es., art. 1, par. 2, del Protocollo n. 7 alla CEDU, ai sensi del quale l’esercizio di alcune garanzie procedurali può essere sacrificato là dove l’espulsione “sia necessaria nell’interesse dell’ordine pubblico o sia motivata da ragioni di sicurezza nazionale”; art. 13 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, a norma del quale le garanzie procedurali possono essere sacrificate “where compelling reasons of national security [so] require”) o sono state elaborate dalla giurisprudenza.

trollo dei flussi migratori e la tutela della sicurezza nazionale e dell'ordine pubblico. In questa direzione sembra, in effetti, essersi mossa – non senza ambiguità – la più recente giurisprudenza della Corte europea, sulla quale si tornerà poco oltre.

Per quanto riguarda la seconda questione (inderogabilità), in nessuno degli strumenti convenzionali considerati il divieto di espulsione collettiva viene “espressamente” annoverato tra le disposizioni cui non è ammessa alcuna deroga in caso di guerra o di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione, sicché sembra doversi ammettere che gli Stati restino liberi di adottare misure eccezionali di deroga agli obblighi pattizi in situazioni di emergenza nel rispetto delle condizioni a tal fine previste da ciascun trattato<sup>55</sup>.

Non mancano, tuttavia, voci di segno contrario secondo cui il divieto in questione dovrebbe considerarsi “implicitamente” inderogabile alla stregua delle varie clausole convenzionali sugli stati di eccezione<sup>56</sup>. A tale ultimo riguardo, si deve invero ricordare come la mancata inclusione di un determinato diritto fra quelli espressamente qualificati come inderogabili non sia, di per sé, sufficiente per negare ad esso tale attributo<sup>57</sup> e come il Comitato dei diritti umani abbia, in effetti, individuato proprio nel divieto di deportazione o trasferimento forzato di *popolazioni* “legalmente residenti” sul proprio territorio un limite implicito al potere degli Stati di adottare misure di deroga ai sensi dell'art. 4 del Patto.

Se si prescinde, tuttavia, dai singoli regimi pattizi (nell'ambito dei quali, peraltro, le clausole di deroga non sono mai state, sino ad oggi, in-

<sup>55</sup> In questo senso cfr. PERRUCHOU, cit., p. 682, e BERBER, *Lehrbuch des Völkerrecht Allgemeines Friedensrecht*, 2a ed., Munchen, 1975, p. 415. Anche COLES, cit., p. 37, riconosce che “the question of the vital interest of a State in certain extraordinary circumstances cannot be dismissed summarily, since such an interest is recognized in regional human rights instruments as providing permissible exception to the rules contained within those prohibiting expulsion”.

<sup>56</sup> Così HENCKEARTS, *Mass Expulsion*, cit., p. 46, il quale cita, a supporto della medesima conclusione, MERON, *Human Rights Law Making in the United Nations*, Oxford, 1986, p. 91.

<sup>57</sup> Con riferimento alla clausola di deroga di cui all'art. 4 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, il Comitato dei diritti umani ha affermato che “[t]he fact that some of the provisions of the Covenant have been listed in article 4 (paragraph 2), as not being subject to derogation does not mean that other articles in the Covenant may be subjected to derogations at will, even where a threat to the life of the nation exists” (cfr. *General Comment No. 29, States of Emergency*, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, par. 6). Anche la Corte inter-americana ha accolto un orientamento interpretativo volto ad ampliare il novero dei diritti insuscettibili di deroga ai sensi dell'art. 27 della Convenzione americana (cfr. *Advisory Opinion of 6 October 1987*, n. OC-9/87, *Judicial Guarantees in States of Emergency*).

vocate per giustificare espulsioni collettive o di massa<sup>58</sup>), è assai difficile (se non impossibile) ricostruire una prassi internazionale generalizzata in merito al carattere assoluto e inderogabile del divieto di espulsioni collettive, soprattutto nella dimensione prettamente procedurale che esso è venuto ad assumere nel quadro della tutela internazionale dei diritti umani.

È vero che le deportazioni di massa di popolazioni civili sono considerate vietate dal diritto internazionale umanitario così come codificato nelle Convenzioni di Ginevra<sup>59</sup> e, se compiute nell'ambito di un attacco sistematico alla popolazione civile, costituiscono un crimine contro l'umanità<sup>60</sup> o possono addirittura integrare gli estremi di un atto di genocidio<sup>61</sup>. Ma è vero anche che tale divieto si riferisce soltanto al trasferimento forzoso di *popolazioni* o parti di esse da o verso i territori occupati, e potrebbe, dunque, non essere di per se stesso significativo al fine di escludere il diritto degli Stati di invocare lo stato di emergenza per giustificare la liceità, dal punto di vista del diritto internazionale generale, di misure di rimpatrio collettivo dal proprio territorio attuate senza suffi-

<sup>58</sup> Il mancato ricorso al regime delle deroghe anche in caso di situazioni "dichiarate" di emergenza potrebbe costituire un indice dell'*opinio* degli Stati circa la natura inderogabile del divieto di espulsioni collettive. Tuttavia, si deve osservare come gli Stati siano generalmente assai riluttanti ad avvalersi delle clausole di emergenza contenute nei vari trattati, le quali sino ad oggi sono state invocate quasi esclusivamente in relazione al terrorismo e non anche in relazione ad altre (pur conclamate) situazioni di emergenza (crisi economico-finanziarie, calamità naturali, etc.) che ne avrebbero giustificato l'applicazione.

<sup>59</sup> Cfr. art. 49 della IV Convenzione di Ginevra del 1949 relativa alla protezione delle persone civili in tempo di guerra, ai sensi del quale "[i] trasferimenti forzati, in massa o individuali, come pure le deportazioni di persone protette, fuori del territorio occupato e a destinazione del territorio della Potenza occupante o di quello di qualsiasi altro Stato, occupato o no, sono vietati, qualunque ne sia il motivo", salva la possibilità di procedere allo sgombero temporaneo di una determinata regione occupata "qualora la sicurezza della popolazione o impellenti ragioni militari lo esigano". L'art. 147 della Convenzione qualifica la "deportazione o il trasferimento illegali" come una "grave violazione". Analogamente, l'art. 85, par. 4, del Primo Protocollo alle Convenzioni di Ginevra del 1977 considera una "grave violazione" del Protocollo "[i]l trasferimento da parte della Potenza occupante di una parte della propria popolazione civile nel territorio che essa occupa, oppure la deportazione o il trasferimento all'interno o fuori del territorio occupato della totalità o di una parte della popolazione del territorio stesso in violazione dell'articolo 49 della IV Convenzione".

<sup>60</sup> Cfr. art. 6 dello Statuto del Tribunale internazionale militare di Norimberga del 1945 e art. 7, par. 1, lett. d), dello Statuto della Corte penale internazionale del 1998.

<sup>61</sup> Oltre agli autori citati *supra* nota 24, si vedano SHIGERU ODA, *Legal Status of Aliens*, in SØRENSEN (ed.), *Manual of Public International Law*, New York, 1968, pp. 481-495, spec. p. 482, e COLES, cit., p. 56.

cienti garanzie di esame obiettivo e ragionevole delle posizioni individuali.

In effetti, l'esame della prassi internazionale dimostra come gli Stati abbiano tradizionalmente ritenuto lecita, in tempo di guerra, l'espulsione di massa di stranieri aventi la nazionalità dello Stato nemico e legalmente residenti sul proprio territorio, in quanto misura giustificata dalla necessità di prevenire attività pericolose per la sicurezza nazionale o per l'ordine pubblico<sup>62</sup>. In questo senso si è espressa la prevalente dottrina<sup>63</sup>, anche in epoca successiva alla fine della Seconda guerra mondiale<sup>64</sup>.

Ancora di recente, la Commissione dei reclami Eritrea-Etiopia ha ritenuto che il diritto internazionale umanitario conferisca ai belligeranti ampi poteri di espellere i cittadini dello Stato nemico dal proprio territorio sia pure garantendo loro la protezione richiesta dalla IV Convenzione di Ginevra e dalle altre norme di diritto internazionale umanitario<sup>65</sup>. Tant'è che la stessa Commissione del diritto internazionale ha preferito non prendere posizione sul punto (neppure in una prospettiva di "sviluppo progres-

<sup>62</sup> Al riguardo, cfr. *Memorandum* del Segretariato generale, cit., parr. 951-954 e par. 1020, nonché *Third Report on Expulsion of Aliens*, cit., parr. 116-125. Significativa al riguardo è anche la riserva apposta da Cipro all'art. 4 del Protocollo n. 4, ai sensi della quale tale disposizione non sarebbe applicabile "to aliens unlawfully in the Republic of Cyprus as a result of the situation created by the continuing invasion and military occupation of part of the territory of the Republic of Cyprus by Turkey".

<sup>63</sup> Significativamente, nel 1914 due autorevoli internazionalisti francesi si esprimevano nei termini seguenti: "[m]ass expulsion (...) in time of war is an act of defence and a perfectly lawful and unquestionably appropriate measure" e che "each State should be allowed to carry out mass expulsions of nationals of an enemy country, even if they are legitimately settled in the territory" (cfr. BONFILS, FAUCHILLE, *Manuel de droit international public (droit des gens)*, 7ème rev. éd., Paris, 1914, p. 748).

<sup>64</sup> Cfr. DOERING, cit., pp. 111-112, il quale afferma che, dal punto di vista del diritto internazionale generale, le espulsioni collettive senza esame individuale della condotta dei singoli "may nonetheless be justified (...) if the security and the existence of the expelling State would otherwise be seriously endangered". Secondo alcuni autori, però, l'espulsione dei cittadini dello Stato nemico non potrebbe essere comunque indiscriminata, ma dovrebbe pur sempre fondarsi su un previo accertamento circa l'effettiva pericolosità in concreto dello straniero per la sicurezza nazionale o l'ordine pubblico (così DE ZAYAS, *Collective Expulsions in Light of International Law*, cit., p. 268, e HENCKEARTS, *Mass Expulsion*, cit., p. 137, il quale cita, a sostegno della sua tesi, l'espulsione da parte delle autorità britanniche di una settantina di irakeni all'inizio della Guerra del Golfo ritenuti una minaccia per la sicurezza nazionale).

<sup>65</sup> Cfr. Commissione reclami Eritrea-Etiopia, *Partial Award – Civilian Claims: Eritrea's Claims 15, 16, 23 and 27-32*, Decision of 17 December 2004, spec. par. 82. Secondo KAMTO, in *Third Report on Expulsion of Aliens*, cit., par. 126, la regola enunciata dalla Commissione "has no clear support in customary international law".

sivo del diritto internazionale”), limitandosi ad un mero rinvio al diritto internazionale umanitario (mediante la clausola di “non pregiudizio”)<sup>66</sup>.

Sembra dunque che gli Stati abbiano continuato<sup>67</sup> (e continuino tuttora<sup>68</sup>) a far valere situazioni eccezionali di emergenza (o presunte tali) legate alla sicurezza nazionale, all’ordine pubblico o al contrasto al terrorismo per giustificare il ricorso a misure collettive di allontanamento degli stranieri che limitano il requisito dell’esame individuale (magari attraverso una valutazione generalizzata di pericolosità fondata sull’appartenenza ad un gruppo) o finiscono per prescindere del tutto<sup>69</sup>.

Questa tendenza è confermata altresì dalla prassi recente degli Stati europei in materia di contenimento degli eccezionali flussi migratori provenienti dal Nord Africa e dal Medio Oriente e, segnatamente, dalla diffusa stipulazione di accordi (o intese) di riammissione o di c.d. “ester-

<sup>66</sup> Cfr. art. 9, par. 4, del *Progetto di articoli* del 2014, ove si stabilisce che “[t]he present draft articles is without prejudice to the rules of international law applicable to the expulsion of aliens in the event of an armed conflict involving the expelling State”.

<sup>67</sup> Ad esempio, nel 1983 e nel 1985, il Governo nigeriano non ha esitato a giustificare le espulsioni di massa degli stranieri invocando le gravi difficoltà economiche del Paese, l’alta incidenza del crimine tra gli stranieri irregolari ed i rischi per la sicurezza nazionale (cfr. COLES, cit., p. 23, e HENCKEARTS, *Mass Expulsion*, cit., p. 69).

<sup>68</sup> Proprio di recente, alcuni Stati islamici (e, segnatamente, Arabia Saudita, Emirati Arabi Uniti, Egitto e Bahrein, cui si sono poi uniti Yemen, Libia, Maldive, Mauritania, Comoros e Senegal) hanno deciso di chiudere le frontiere e di interrompere le relazioni diplomatiche con il Qatar, accusandolo di sponsorizzare il terrorismo internazionale nei Paesi confinanti e nello Yemen, e tre di essi (Arabia Saudita, Bahrein ed EAU) hanno altresì disposto, per motivi di “sicurezza nazionale”, l’allontanamento di tutti i cittadini del Qatar residenti nei rispettivi territori entro 14 giorni, in deroga ad un accordo di integrazione economica adottato nel 2001 dal Consiglio di cooperazione del Golfo che garantisce eguali diritti di movimento e residenza per tutti i cittadini degli Stati membri. Il Qatar non ha adottato analoga misura nei confronti dei cittadini di Arabia, Bahrein e EAU e, pur criticando duramente il blocco attuato nei suoi confronti, non sembra aver assunto una posizione ufficiale a livello internazionale contro l’espulsione collettiva dei suoi cittadini. Tale misura è stata, invece, criticata da Amnesty International, secondo cui essa “shows utter contempt for human dignity” (cfr. il comunicato stampa del 19 giugno 2017, reperibile all’indirizzo <https://www.amnesty.org/en/press-releases/2017/06/gulf-qatar-dispute-human-dignity-trampled-and-families-facing-uncertainty-as-sinister-deadline-passes/>).

<sup>69</sup> In questo senso si era chiaramente espresso il *Memorandum* del Segretario generale del 2006, nel cui *Summary* si legge che “[m]ass expulsion is prohibited unless in *very exceptional circumstances* involving a change in the territory of a State or armed conflict”. Lo stesso Relatore speciale KAMTO, pur ritenendo inaccettabile la posizione secondo cui lo stato di guerra giustificerebbe automaticamente l’espulsione collettiva dei cittadini dello Stato nemico, ha ammesso che detta espulsione dovrebbe considerarsi lecita se “the aliens in question, taken together as a group, carry out activities or display behaviours which are hostile or dangerous to the receiving State” (cfr. *Third Report on the Expulsion of Aliens*, cit., par. 134).

nalizzazione” del controllo delle frontiere e di contrasto all’immigrazione irregolare con Paesi di transito volti ad istituire procedure semplificate di rimpatrio in massa dei migranti giustificate dall’esigenza di salvaguardare interessi ritenuti essenziali dagli Stati di accoglienza. Ne sono un tipico esempio sia i vari accordi stipulati dall’Italia con le autorità tunisine<sup>70</sup> e, più di recente, con le autorità libiche<sup>71</sup>, per il rafforzamento delle attività di contrasto all’immigrazione irregolare, di controllo delle frontiere marittime e di cooperazione nelle operazioni di rimpatrio, sia l’accordo atipico concluso tra l’Unione europea e la Turchia il 18 marzo 2016 al dichiarato fine di “porre fine all’immigrazione irregolare dalla Turchia all’UE”<sup>72</sup>.

<sup>70</sup> Cfr. *infra* par. 5.

<sup>71</sup> Al riguardo cfr. LICASTRO, *Brevi e mirati spunti di riflessione sul recente memorandum di intesa Italia-Libia*, in *Blog CROIE Cronache dal diritto internazionale*, consultabile su <http://croie.luiss.it/archives/807>, e GIUFFRÉ, *From Turkey to Libya: the EU Migration Partnership from Bad to Worse*, in *Eurojus.it*, 20 marzo 2017. Più in generale sulla prassi di riammissione tra Italia e Libia cfr. SPATTI, *I limiti all’esclusione degli stranieri dal territorio dell’Unione europea*, Torino, 2010, p. 93 ss.

<sup>72</sup> Cfr. *EU-Turkey Statement, 18 March 2016*, reperibile all’indirizzo <http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2016/03/18-eu-turkey-statement/>. Tale accordo (o pseudo-tale) – pur enunciando espressamente l’impegno a rispettare il divieto di espulsioni collettive – è stato severamente criticato proprio perché finirebbe per rendere di fatto possibile il rimpatrio in massa di migranti e richiedenti asilo mediante il ricorso a procedure semplificate che non assicurano un esame oggettivo e ragionevole delle posizioni individuali (al riguardo cfr., tra gli altri, PEERS, *The Final EU/Turkey Refugee Deal: a Legal Assessment*, in *EU Law Analysis*, 18 marzo 2016, secondo il quale “[r]eturning ‘all’ persons who cross from Turkey to the Greek islands would contradict the ban on collective expulsion in the EU Charter and the ECHR, as well as EU asylum legislation”; FAVILLI, *La cooperazione UE-Turchia per contenere il flusso dei migranti e richiedenti asilo: obiettivo riuscito?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, p. 405 ss.; CHETAÏL, *Will the EU-Turkey Migrant Deal Work in Practice?*, in *The Graduate Institute Geneva*, 7 marzo 2016; ROMAN, *L’accordo UE-Turchia: le criticità di un accordo a tutti i costi*, in *SIDIblog*, 21 marzo 2016; LABAYLE e DE BRUYCKER, *L’accord Union européenne – Turquie: faux semblant ou marché de dupes?*, in *GDR*, 23 marzo 2016; negli stessi termini si è espresso l’Alto Commissario delle Nazioni Unite per i rifugiati in un comunicato stampa del 28 marzo 2016. L’accordo è stato altresì criticato in quanto concluso in violazione dell’art. 218 del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea (cfr., in particolare, GATTI, *La dichiarazione UE-Turchia sulla migrazione: un trattato concluso in violazione delle prerogative del Parlamento?*, in *Eurojus.it*, 11 aprile 2016). Al riguardo si è recentemente pronunciato il Tribunale di primo grado dell’Unione europea (cfr. ordinanza 28 febbraio 2017, causa T-192/16, *NF c. Consiglio europeo*), dichiarando inammissibile il ricorso in annullamento in quanto l’accordo – indipendentemente dalla sua natura vincolante – non sarebbe comunque imputabile all’Unione bensì agli Stati membri (al riguardo cfr. CANNIZZARO, *Denialism as the Supreme Expression of Realism – A Quick Comment on NF v. European Council*, in *European Papers*, 15 marzo 2017).

Fermo restando, dunque, il divieto di espulsioni di massa attuate per motivi di discriminazione razziale o etnica o con modalità tali da costituire un trattamento inumano o degradante, riteniamo di dover aderire alla tesi di quanti sostengono che il diritto consuetudinario non imponga, allo stato attuale, un obbligo *incondizionato* per lo Stato di procedere “in ogni circostanza” ad un esame oggettivo e ragionevole delle singole posizioni individuali prima di procedere all’allontanamento dello straniero.

Di conseguenza, non può escludersi, a nostro avviso, la possibilità per gli Stati di invocare lo stato di necessità come causa di esclusione dell’illiceità internazionale di misure espulsive a carattere collettivo che siano “l’unico mezzo per proteggere un interesse essenziale contro un pericolo grave e imminente”<sup>73</sup>.

##### *5. L’impatto delle situazioni di emergenza migratoria sul rispetto del divieto di espulsioni collettive alla luce della più recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani*

Come valutare, dunque, alla stregua della ricostruzione sopra proposta, la prassi recente degli Stati europei in materia di contenimento dei massicci flussi migratori provenienti dal Nord Africa e dal Medio Oriente? In particolare, le misure di rimpatrio simultaneo dei migranti irregolari adottate in molti Stati (fra cui l’Italia) sulla base di specifici accordi con Paesi di origine o di transito possono ritenersi compatibili con il divieto di espulsione collettiva previsto dal diritto convenzionale e dal diritto consuetudinario applicabile?

E ancor più specificamente, la garanzia procedurale dell’esame individuale può essere sacrificata là dove il suo rispetto imporrebbe un onere eccessivo a carico dello Stato di arrivo, indebolendo l’efficacia

<sup>73</sup> Cfr. art. 25 del *Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati per atti internazionalmente illeciti* del 2001, in *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II, parte II. Come noto, ai sensi dell’art. 25, par. 2, lett. a), lo stato di necessità non può essere invocato allorché l’obbligo internazionale violato “esclude la possibilità di invocare lo stato di necessità”. Inoltre, ai sensi dell’art. 26, lo stato di necessità non potrebbe neppure essere invocato – al pari delle altre cause di esclusione dell’illecito – per giustificare l’inosservanza di un obbligo derivante da una norma imperativa del diritto internazionale generale. Come si è già rilevato, al di fuori del contesto delle deportazioni di massa di popolazioni civili nell’ambito dei conflitti armati, non vi è alcun elemento della prassi da cui possa ricavarsi la natura imperativa del divieto di espulsione collettiva. In senso favorevole alla possibilità di invocare lo stato di necessità si esprime, tra gli altri, DOERING, cit., p. 112.

delle sue politiche di gestione dei flussi di immigrazione irregolare? Infine, sarebbe lecito (e, in caso affermativo, entro quali limiti) per gli Stati invocare la situazione di emergenza migratoria al fine attivare le clausole di deroga previste dai vari trattati sui diritti umani ovvero (per quegli Stati che non ne sono parte) invocare lo stato di necessità per giustificare il mancato rispetto della garanzia dell'esame individuale?

Come si è accennato, la questione del rispetto del divieto di espulsioni collettive nel quadro delle azioni di contrasto all'immigrazione irregolare è stata recentemente portata all'esame della Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo in relazione alle misure di respingimento alla frontiera di migliaia di cittadini tunisini sbarcati irregolarmente sulle coste italiane nel 2011 a seguito della situazione di instabilità politica generata dalla c.d. rivoluzione dei gelsomini. In estrema sintesi, la Corte ha ritenuto che le procedure semplificate di respingimento alla frontiera applicate dalle autorità italiane sulla base di un accordo (mai pubblicato) stipulato tra Italia e Tunisia nel 2011 non avessero dato luogo ad una forma di "espulsione collettiva" contraria all'art. 4 del Protocollo n. 4 alla CEDU<sup>74</sup>.

Abbiamo già avuto modo di illustrare in altra sede<sup>75</sup> come la pronuncia in questione si muova nella direzione di un netto ridimensionamento della portata degli obblighi derivanti dall'art. 4 del Protocollo n. 4

<sup>74</sup> Tra i primi commenti sul caso *Khalifia* cfr. MAURO, *Detention and Expulsion of Migrants: the Khalifia v. Italy case*, in *Italian Yearbook of International Law*, 2015, p. 85 ss.; D'AMBROSIO, *Le "système Lampedusa" incriminé par la Cour européenne des droits de l'homme*, in *SIDIBlog*, 17 settembre 2015; RAMJI-NOGALES, *Prohibiting Collective Expulsion of Aliens at the European Court of Human Rights*, in *ASIL 2 Insights*, vol. 20, n. 1, 4 gennaio 2016; CUCCHIARA, *Lampedusa, hot-spot e detenzione illegittima dei migranti: il caso Khalifia all'esame della Grande Camera EDU*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2016, 7-8; GIL, *Collective Expulsion in Times of Migratory Crisis: Comments on the Khalifia case of the ECHR*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 11 febbraio 2016); GUNTHER, *Collective Expulsion and the Khalifia Case: Two Steps Forward, One Step Back*, in *Verfassungsblog.de*, 16 dicembre 2016; ZIRULIA, PEERS, *A Template for Protecting Human Rights during the "Refugee Crisis"?* *Immigration Detention and the Expulsion of Migrants in a recent ECtHR Grand Chamber Ruling*, in *EU Law Analysis*, 5 gennaio 2017; CANCELLARO, *Migranti, Italia condannata dalla CEDU per trattamenti illegittimi*, in *Questione giustizia*, 11 gennaio 2017; VENTURI, *The Grand Chamber's Ruling in Khalifia and Others v. Italy: One Step Forward, One Step Back?*, in *Strasbourg Observers*, 12 gennaio 2017; MATONTI, *Garanzie procedurali derivanti dall'art. 4 del Protocollo n. 4 CEDU: il caso Khalifia*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2017, p. 523 ss.

<sup>75</sup> Cfr. SACCUCCI, *I "ripensamenti" della Corte europea sul caso Khalifia: il divieto di trattamenti inumani e degradanti e il divieto di espulsioni collettive «alla prova» delle situazioni di emergenza migratoria*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2017, p. 552, spec. pp. 559-565.

alla luce del “contesto generale” di “emergenza migratoria” nel quale erano state adottate le misure di rimpatrio contestate dai ricorrenti. In particolare, la Corte ha fatto un deciso passo indietro rispetto alla sua pregressa giurisprudenza, affermando – per la prima volta – che l’art. 4 del Protocollo n. 4 non garantisce “the right to an individual interview in all circumstances” e che i requisiti di tale disposizione possono considerarsi soddisfatti allorché ciascun straniero abbia “a genuine and effective possibility of submitting arguments against his or her expulsion” e “those arguments are examined in an appropriate manner by the authorities of the respondent State”<sup>76</sup>. Non già, dunque, un esame “effettivo e differenziato” di ciascuna posizione individuale<sup>77</sup> e l’apprestamento di sufficienti garanzie “ensuring that the individual circumstances of each of those concerned were *actually* the subject of a *detailed* examination”<sup>78</sup>, bensì la mera *possibilità* per lo straniero di proporre – ove, in concreto, li abbia – argomenti contro la sua espulsione.

Nel caso di specie, la Corte ha ritenuto che la doppia procedura di “identificazione” cui erano stati sottoposti i ricorrenti da parte delle autorità italiane e dall’autorità consolare tunisina e la possibilità per gli stessi di formulare una richiesta di protezione internazionale o di comunicare alle autorità italiane qualsiasi ragione che si opponesse al loro rimpatrio (possibilità attestata dal fatto che altri migranti detenuti a Lampedusa nello stesso periodo avevano in effetti espresso l’intenzione di richiedere asilo e fossero stati trasferiti in altri centri di accoglienza) fossero, di per sé, sufficienti ad escludere il carattere collettivo dell’espulsione<sup>79</sup>. In altre parole, la mera identificazione è stata considerata una forma di “esame obiettivo e ragionevole” delle posizioni individuali di ciascun migrante in grado di soddisfare le esigenze di protezione imposte dall’art. 4 del Protocollo n. 4 nell’ambito di una procedura semplificata e standardizzata di rimpatrio in caso di ingresso illegale nel territorio dello Stato<sup>80</sup>.

<sup>76</sup> Cfr. Corte europea dei diritti umani, *Khlaifia and Others v. Italy*, cit., par. 248.

<sup>77</sup> Cfr. Corte europea dei diritti umani, *Sharifi and Others v. Italy*, cit., par. 214.

<sup>78</sup> Cfr. Corte europea dei diritti umani, *Hirsi Jamaa and others v. Italy*, cit., par. 185, e *Georgia v. Russia (I)*, cit., parr. 171-178.

<sup>79</sup> Cfr. Corte europea, *Khlaifia and Others v. Italy*, cit., par. 254.

<sup>80</sup> Ad una conclusione diametralmente opposta la Corte era pervenuta nel caso *Sharifi* ove essa aveva respinto l’obiezione dello Stato italiano secondo cui l’identificazione da parte della polizia di frontiera dei migranti irregolari sbarcati nei porti dell’Adriatico offriva garanzie sufficienti di presa in esame effettiva e individualizzata della situazione di ciascuno di essi (cfr. *Sharifi and others v. Italy*, cit., parr. 216-217). Una posizione più formalistica (come quella accolta dalla Corte nel caso *Khlaifia*) era stata in passato fatta

E ciò, si badi, a dispetto (anzi forse proprio in ragione!) del “contesto generale” in cui i ricorrenti erano stati rimpatriati, contesto caratterizzato dal respingimento in massa di un gran numero di cittadini tunisini nello stesso arco temporale e sulla base di provvedimenti aventi contenuto identico. Tale fattore, infatti, non è stato ritenuto dalla Grande Camera “decisivo”<sup>81</sup> in quanto la natura semplificata e standardizzata dei decreti di respingimento adottati meramente in base alla nazionalità dei ricorrenti poteva, nella specie, giustificarsi in ragione del fatto che essi non erano in possesso di validi documenti di viaggio e non avevano lamentato di temere maltrattamenti in caso di rimpatrio o comunque di avere altre ragioni per opporsi all’espulsione (par. 251).

È evidente come questa lettura restrittiva dell’obbligo convenzionale – anche rispetto al principio enunciato nell’art. 9, par. 2, del Progetto di articoli sopra ricordato<sup>82</sup> – finisca praticamente per svuotare di significato il requisito dell’esame obiettivo e ragionevole delle posizioni individuali, che, come si è detto, costituisce l’elemento procedurale caratterizzante il divieto di espulsione collettiva nel diritto internazionale<sup>83</sup>. Così facendo, infatti, ci sembra di poter dire che l’espulsione di interi gruppi individuati su base nazionale venga, di fatto, ritenuta lecita dalla Corte europea in tutti i casi in cui lo straniero abbia la “ragionevole aspettativa” di essere rimpatriato in ragione delle modalità irregolari del suo ingresso nel territorio dello Stato e non abbia validi argomenti per conte-

propria dalla Commissione europea in *Alibaks and Others v. the Netherlands*, Application n. 14209/88, Decision of 16 December 1988, ove la violazione dell’art. 4 del Protocollo n. 4 era stata esclusa in ragione della mera possibilità per i ricorrenti (abitanti del Suriname colpiti da misure di allontanamento simultanee e standardizzate) di sollevare obiezioni avverso il provvedimento di espulsione.

<sup>81</sup> Diversamente, la Camera aveva attribuito particolare rilievo alla natura contestuale dei decreti di respingimento ed alla loro sostanziale identità di contenuto (cfr. *Khlaifia and Others v. Italy*, Application n. 16483/12, Judgment of 1 September 2015, par. 156).

<sup>82</sup> È piuttosto curioso che la Corte europea abbia prima citato integralmente l’art. 9 del *Progetto di articoli* (par. 46 della sentenza), e poi obliterato nella motivazione proprio il par. 2 di detto articolo (par. 245 della sentenza), il quale – riprendendo testualmente la formula elaborata dalla pregressa giurisprudenza della stessa Corte – prevede che uno Stato possa espellere simultaneamente i membri di un gruppo di stranieri purché “the expulsion takes place after and on the basis of an assessment of the particular case of each individual member of the group in accordance with the present draft articles”.

<sup>83</sup> In questo senso cfr., tra gli altri, ZIRULIA E PEERS, cit., p. 6, e CANCELLARO, cit., p. 8. Analogamente, cfr. anche l’opinione dissenziente del giudice Serghides, secondo il quale siffatta interpretazione “disregards the mandatory nature of the procedural obligation of the authorities to conduct personal interviews in all cases engaging Article 4 of Protocol No. 4”.

stare il suo rimpatrio così da rendere sostanzialmente privo di “utilità” (*sic!*) un eventuale esame individuale della sua posizione.

Né può ragionevolmente sostenersi che la garanzia dell’esame individuale possa limitarsi alle sole ipotesi in cui sia paventato un rischio per la vita o l’integrità psico-fisica del migrante in caso di rimpatrio, sia perché altrimenti detta garanzia verrebbe ad essere interamente assorbita dal principio di *non refoulement*<sup>84</sup>, sia perché l’esistenza in concreto di tale rischio può essere accertata soltanto ove le decisioni di rimpatrio vengano adottate sulla base di un esame effettivo e dettagliato delle singole posizioni individuali (e non già meramente assicurando la *possibilità* di rappresentare tale rischio alle autorità nazionali), sia perché il ricorso a procedure standardizzate di rimpatrio simultaneo fondate esclusivamente sull’identificazione e l’appartenenza ad un gruppo nazionale fa sorgere una vera e propria “presunzione” circa la natura “collettiva” dell’espulsione che soltanto la garanzia di un esame individuale può superare, come si evince anche dall’art. 9 del *Progetto di articoli* della Commissione del diritto internazionale e come sembrava ormai acquisito nella giurisprudenza europea.

La ragione di questo significativo “arretramento” è chiaramente ascrivibile al “contesto generale” di (presunta) emergenza migratoria in cui sono stati effettuati i rimpatri contestati<sup>85</sup>. Diversamente però dai casi precedenti dove il “background of the execution of the expulsion orders”<sup>86</sup> e il “general context at the material time”<sup>87</sup> erano fattori che inducevano ad una valutazione più stringente delle garanzie procedurali richieste nel caso di misure simultanee di rimpatrio a contenuto standardizzato, nel caso *Khlaifia* il contesto ha operato come fattore di attenuazione delle garanzie idoneo a “giustificare” il carattere sostanzialmente collettivo dell’espulsione su base nazionale pur in assenza di un esame “obiettivo e ragionevole” delle singole posizioni individuali. Nel “convalidare” la condotta delle autorità italiane dal punto di vista dell’art. 4 del Protocollo n. 4, la Corte ha evidentemente ritenuto che il requisito dell’intervista individuale ponesse un “onere eccessivo” o “irragionevole-

<sup>84</sup> In questo senso cfr. VENTURI, cit., p. 4, e ZIRULIA E PEERS, cit., p. 6, i quali parlano di *interpretatio abrogans* da parte della Corte.

<sup>85</sup> Di “unforeseen emergency” avevano parlato i giudici Sajó e Vučinić nella loro opinione dissenziente annessa alla sentenza della Camera, criticando la soluzione accolta dalla maggioranza in quanto “grave disservice to an intentionally focused and narrow concept in international law, which is meant to apply only in the most severe of circumstances”.

<sup>86</sup> Cfr. *Conka v. Belgium*, cit., par. 59.

<sup>87</sup> Cfr. *Georgia v. Russia (I)*, cit., par. 171.

le” a carico degli Stati chiamati a fronteggiare flussi eccezionali di migrazione irregolare e potesse, dunque, essere *sacrificato* in assenza di rischi per l’incolumità dei migranti rimpatriati (sia pure verificata *ex post* in base alla mera assenza di contestazioni da parte dei ricorrenti)<sup>88</sup>.

In conclusione, la sentenza *Khlaifia* ha valorizzato il criterio del “contesto generale di emergenza migratoria” al fine di flettere al ribasso gli standard di protezione convenzionali applicabili alle procedure semplificate di rimpatrio collettivo su base nazionale dei migranti entrati irregolarmente sul territorio dello Stato che non hanno diritto alla protezione internazionale.

Tale orientamento interpretativo è assai criticabile in quanto, pur senza mettere apertamente in discussione il carattere assoluto del divieto di espulsioni collettive (ricavabile, come si è detto, almeno implicitamente dalla pregressa giurisprudenza), finisce per “banalizzare” il requisito dell’esame oggettivo e ragionevole proprio in quelle situazioni di afflusso massiccio di migranti in cui esso è chiamato ad assolvere la sua fondamentale funzione di garanzia procedurale, senza neppure imporre agli Stati l’obbligo di ricorrere alla formulazione di specifiche deroghe ai sensi dell’art. 15 CEDU nel rispetto delle condizioni sostanziali e procedurali ivi previste.

Tuttavia, di là delle critiche che si possono rivolgere alla sentenza *Khlaifia*, quest’ultima rappresenta senza dubbio un ulteriore elemento di conferma della tendenza della prassi internazionale ad ammettere che gli Stati possano sacrificare – in nome di uno stato di emergenza – il requisito dell’esame individuale imposto dal divieto di espulsione collettiva, rendendo quest’ultimo permeabile ad eventuali misure in deroga soprattutto nel quadro delle azioni di contrasto all’immigrazione irregolare e al terrorismo internazionale. In siffatto contesto, sembra dunque che i limiti “inderogabili” imposti dal diritto consuetudinario al diritto degli Stati di procedere all’espulsione degli stranieri siano costituiti soltanto dal divieto di discriminazioni per motivi razziali o etnici e dal divieto di trattamenti inumani o degradanti.

<sup>88</sup> Il valore decisivo che la Grande Camera ha ritenuto di attribuire alla situazione di emergenza migratoria emerge plasticamente dall’opinione concorrente del giudice Raimondi, soprattutto là dove egli dichiara di condividere il (più basso) livello di protezione sancito al par. 248 della sentenza e sottolinea come le soluzioni accolte dalla sentenza offrano delle risposte “bilanciate” e “ragionevoli” alle difficili questioni poste dal caso contribuendo a definire gli standard convenzionali “in the context of an unprecedented migration crisis which will certainly continue to cause applications to be sent to Strasbourg”.



*Verso nuove soluzioni giuridiche della questione migratoria*



**LA DICHIARAZIONE DI NEW YORK DEL 2016  
SUI RIFUGIATI E MIGRANTI FRA ASPETTI GIURIDICI  
E SOCIOLOGICI: UNA FINTA PARTENZA  
NELLA GESTIONE DEI *MASSIVE MOVEMENTS*?**

Elisa RUOZZI\*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il *Global Compact on Refugees* e il *Global Compact on Safe, Orderly and Regular Migration*: un progetto di regolamentazione internazionale del fenomeno migratorio. – 3. I migranti di massa: una definizione sociologica. – 4. I migranti di massa: una definizione giuridica? – 5. I *core human rights* e il trattamento di rifugiati e migranti. – 6. Osservazioni conclusive.

*1. Introduzione*

Tramite la convocazione, il 19 settembre 2016, di un incontro di alto livello dedicato ai “*large movements*” di rifugiati e migranti, l’Assemblea Generale delle Nazioni Unite ha posto, per la prima volta e in maniera ufficiale,<sup>1</sup> il tema delle migrazioni di massa al centro dell’agenda internazionale. Dall’evento in questione è scaturita la Dichiarazione di New York sui rifugiati e sui migranti,<sup>2</sup> tramite la quale gli Stati intendono avviare una riflessione su un argomento di evidente rilevanza, che si è imposto con forza all’attenzione della comunità internazionale a causa dei risvolti tragici in termini di perdita di vite umane che questo tipo di migrazione ha finora comportato. La Dichiarazione cerca di rispondere all’esigenza di identificare soluzioni condivise ai problemi in parola, avviando un processo negoziale che dovrebbe condurre, entro il 2018, all’adozione di due strumenti a vocazione universale, entrambi di natura non vincolante,<sup>3</sup> finalizzati alla regolamentazione del fenomeno migrato-

\* Ricercatore in diritto internazionale, Università degli Studi di Torino, Dipartimento di Giurisprudenza.

<sup>1</sup> L’incontro è stato preceduto dalla pubblicazione di un rapporto del Segretario Generale delle Nazioni Unite dal titolo: *In safety and dignity: addressing large movements of refugees and migrants* (UN doc. A/70/59, 21 aprile 2016).

<sup>2</sup> *New York Declaration for Refugees and Migrants*, A/RES/71/1, 3 ottobre 2016.

<sup>3</sup> La Dichiarazione di New York non entra esplicitamente nel merito del valore giuridico dei due strumenti: tuttavia, una nota pubblicata successivamente all’adozione della

rio e, precisamente, dei movimenti di massa di migranti e rifugiati. Scopo di questo lavoro è analizzare se e in che misura la Dichiarazione, assieme ai due strumenti menzionati, sia in grado di affrontare il principale nodo giuridico che caratterizza questo tipo di migrazione, vale a dire la distinzione fra migrante e rifugiato e, di conseguenza, la definizione dei diritti che gli Stati sono tenuti a garantire in capo agli individui che compongono la “massa”. Il problema verrà analizzato dopo una breve presentazione della Dichiarazione e dei due strumenti futuri, prendendo al contempo in considerazione un rapporto recentemente elaborato in seno all’*Institut de Droit International* il quale, come è noto, costituisce una delle più autorevoli voci della dottrina internazionalistica.

## 2. *The Global Compact on Refugees* e il *Global Compact on Safe, Orderly and Regular Migration*: un progetto di regolamentazione internazionale del fenomeno migratorio

Alla luce di quanto evidenziato poc’anzi, scopo della Dichiarazione di New York appare essere non solo quello di esprimere la posizione della comunità internazionale in merito ai temi in oggetto, ma altresì quello di dare vita ad un vero e proprio “piano d’azione” per la regolamentazione, pur se tramite atti appartenenti alla categoria della *soft law*, del fenomeno migratorio. Tale regolamentazione si caratterizzerebbe, secondo quanto emerge dalla Dichiarazione, per la sua natura onnicomprensiva, e poggerebbe sull’adozione di due “patti”, relativi ai rifugiati e ai migranti rispettivamente.

Tramite il primo strumento (denominato *Global Compact on Refugees*) gli Stati non intenderebbero innovare le norme esistenti in materia di rifugiati – e, in particolare, la Convenzione di Ginevra del 1951<sup>4</sup> – bensì fornire una cornice per applicarle a situazioni di afflusso massiccio di migranti e rifugiati. La redazione dello strumento si fonderebbe su un documento (denominato *Comprehensive Refugee Response Framework*) contenente uno schema di risposta rapida riguardo alle questioni pratiche

Dichiarazione dall’Alto Rappresentante delle Nazioni Unite per i rifugiati (UNHCR) afferma che: “The term ‘compact’ refers to an agreement that is not legally binding but that captures, by consensus, both political and concrete actions of Member States and other relevant stakeholders to improve the way the international community responds to displacement” (*The New York Declaration for Refugees and Migrants – Answers to Frequently Asked Questions*, <http://www.unhcr.org/584689257.pdf>, ultimo accesso 25 giugno 2017, p. 6).

<sup>4</sup> *Convention Relating to the Status of Refugees*, Ginevra, 28 luglio 1951, entrata in vigore 22 aprile 1954.

sollevate dalle migrazioni di massa. Si prevede che il documento in oggetto – ispirato ai principi della cooperazione internazionale e della condivisione di oneri e responsabilità – venga elaborato dall’UNHCR in base a un approccio inclusivo dei diversi attori interessati, i quali comprenderebbero gli Stati, le comunità ospiti, altre “entità” collegate alle Nazioni Unite, autorità nazionali e locali, organizzazioni e istituzioni finanziarie internazionali, organizzazioni e meccanismi di coordinamento a livello regionale, nonché rappresentanti delle diverse componenti della società civile, inclusi i rifugiati stessi. Il *Response Framework* dovrebbe, in conformità con il diritto internazionale e con le migliori prassi sviluppate in questo settore, fornire indicazioni concrete circa l’accoglienza e l’ammissione di migranti e rifugiati, il soddisfacimento dei bisogni immediati e di quelli di medio periodo, il supporto alle comunità ospiti, nonché le cosiddette “soluzioni durevoli”. In particolare, queste ultime – considerate dalla Dichiarazione come uno degli scopi principali della protezione internazionale – si concretizzerebbero nel rimpatrio volontario, in soluzioni locali, in schemi di reinsediamento, nonché in “percorsi complementari” per l’ammissione. Con tale termine il testo si riferisce a strumenti quali l’evacuazione sanitaria, i programmi di ammissione umanitaria, la riunificazione familiare, le opportunità per la forza lavoro qualificata e la mobilità lavorativa e studentesca. Ai fini dell’applicazione del *Response Framework* – alla quale gli Stati sono stati esortati fin dall’adozione della Dichiarazione – l’UNHCR dovrebbe intraprendere consultazioni con gli Stati e con gli altri attori coinvolti per valutare gli aspetti pratici dell’attuazione dello strumento, ed entro la fine del 2018 proporre all’Assemblea Generale l’adozione del *Global Compact on Refugees*.

Il secondo strumento (denominato *Global Compact on Safe, Orderly and Regular Migration*) persegue un obiettivo in un certo senso più ambizioso, nella misura in cui esso dovrebbe, per la prima volta, costituire una cornice giuridica unitaria applicabile a migranti e rifugiati, tramite una gamma di “principi, impegni e intese” concernenti tutti gli aspetti della migrazione internazionale, da quelli umanitari a quelli legati allo sviluppo e ai diritti umani. Scopo del secondo “compact” sarebbe quello di migliorare la *governance* globale nonché il coordinamento in questo settore, dando vita a una serie di regole condivise nell’ambito delle quali avrebbe luogo la cooperazione internazionale in materia di migrazioni e, più in generale, di mobilità umana. La vocazione “multidimensionale” di questo documento emerge chiaramente dal testo della Dichiarazione, in cui si sottolinea innanzitutto la rilevanza del fenomeno migratorio per tutti gli Stati coinvolti (Stati di origine, transito e destinazione) da un

punto di vista economico, menzionando in particolare il nesso fra sviluppo economico e migrazione e, viceversa, le opportunità che quest'ultima offre agli individui e alle loro famiglie. Oltre agli aspetti economici, vengono in rilievo quelli legati alla tutela dei diritti umani e delle libertà fondamentali, i quali includono la protezione degli individui indipendentemente dal loro status migratorio, assieme alla lotta al traffico di esseri umani, alla tratta e alla schiavitù. L'attenzione nei confronti dei diritti individuali non impedisce che però venga dato altresì spazio alla componente "securitaria" del problema, vale a dire il controllo dei confini e la prevenzione della migrazione irregolare.

A differenza del primo strumento, la cui elaborazione sarebbe frutto di un approccio multi-stakeholder, il *Global Compact on Safe, Orderly and Regular Migration* verrebbe elaborato tramite un processo negoziale di natura interstatale che dovrebbe culminare, nel 2018, in una conferenza intergovernativa, nel corso della quale il documento verrebbe sottoposto all'approvazione degli Stati. La Dichiarazione assegna altresì un ruolo – il quale non viene tuttavia meglio definito – in capo al *Third High-level Dialogue on International Migration and Development*,<sup>5</sup> che si riunirà a New York entro il 2019. Più precisamente, la preparazione e la conclusione delle negoziazioni del *Global Compact on Safe, Orderly and Regular Migration* verranno affidate al Presidente dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, che sarà chiamato a scegliere due facilitatori, incaricati di condurre "consultazioni aperte, trasparenti ed inclusive" finalizzate alla determinazione di tempistiche, modalità ed eventuali conferenze preparatorie, inclusa la presenza di una "*Geneva-based expertise*" in tema di migrazioni. All'azione del Presidente dell'Assemblea Generale si affiancherà poi quella dell'Organizzazione Internazionale per le Migrazioni e del Segretariato delle Nazioni Unite e, che metteranno a disposizione le proprie competenze tecniche e organizzative, mentre il Rappresentante Speciale del Segretario Generale per le migrazioni internazionali e lo sviluppo coordinerà i contributi del *Global Forum on Migration and Development* e del *Global Migration Group*. Al processo parteciperanno altresì – in modalità che non vengono precisate – l'Organizzazione Internazionale del Lavoro, l'Ufficio delle Nazioni Uni-

<sup>5</sup> L'*High-level Dialogue on International Migration and Development* è stato costituito a seguito della Conferenza delle Nazioni Unite sullo sviluppo sostenibile (Rio +20) tenutasi nel 2015. A partire da tale iniziativa sono stati creati il *Global Forum on Migration and Development* (una piattaforma per il dialogo informale e la cooperazione) e il *Global Migration Group* (un gruppo all'interno del quale sono rappresentate le diverse agenzie delle Nazioni Unite la cui attività presenta dei legami con il tema delle migrazioni).

te contro la droga e il crimine, l'UNCHR, il Programma delle Nazioni Unite per lo Sviluppo, l'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i diritti umani e altre agenzie attive nell'ambito del settore delle migrazioni. Un ruolo più circoscritto è infine quello riservato alla dimensione regionale, il cui apporto viene ritenuto "desiderabile ove appropriato" tramite l'utilizzo di meccanismi consultivi esistenti), mentre il settore privato, la società civile e le comunità di migranti all'estero verranno "invitati a contribuire" al processo di preparazione del documento.

Oltre a porre le basi per la futura adozione e negoziazione di questi strumenti, la Dichiarazione in un certo senso ne anticipa il contenuto, elencando i diritti che gli Stati intendono garantire a rifugiati e migranti. Prima di entrare nel merito di quanto previsto dalla Dichiarazione e, in particolare, di quanto da essa emerge in relazione alla distinzione fra migrante e rifugiato, può essere interessante richiamare brevemente il punto di vista della sociologia sul tema, in ragione del fatto che, come si vedrà meglio successivamente, le migrazioni di massa stentano a trovare una propria collocazione all'interno della scienza giuridica, rimanendo piuttosto ancorate a una dimensione fattuale.

### 3. I migranti di massa: una definizione sociologica

Le migrazioni sono da sempre oggetto degli studi sociologici i quali, fin dai primi modelli di analisi del fenomeno migratorio, hanno tradotto la distinzione di stampo giuridico fra migrante economico e rifugiato in quella fra migrante "volontario" e migrante "forzato".<sup>6</sup> Partendo da tale presupposto, i modelli più risalenti nel tempo erano basati sull'idea che il comportamento dei primi fosse basato su una serie di "push and pull factors", vale a dire su fattori di tipo economico, politico e sociale in grado di spingere (*push*) un individuo a lasciare uno Stato per recarsi (*pull*) in un altro dove le condizioni erano presumibilmente migliori. Lo stesso non poteva invece dirsi dei secondi (i migranti "forzati"), il cui spostamento non era dettato da alcuna scelta, bensì era semplicemente imposto dalle circostanze. Tuttavia, come è stato osservato, i modelli in questione mostrano i propri limiti là dove essi non sono in grado di spiegare fenomeni quali i flussi migratori fra Stati sviluppati, la migrazione di ritorno,

<sup>6</sup> ORTIZ AHLF, *The Human Rights of Undocumented Migrants*, in *Recueil des Cours*, Leiden/Boston, 2014, p. 53.

le direzioni specifiche dei flussi, né il fatto che vi sia scarsa migrazione dagli Stati più poveri del mondo.<sup>7</sup>

A tali carenze – dovute perlopiù alla natura meccanicistica dei “*push and pull models*” – la dottrina ha cercato di ovviare tramite l’elaborazione di “modelli cinetici” in grado di dare maggior conto della complessità delle motivazioni che sono alla base delle migrazioni. Questo obiettivo è stato perseguito, per esempio, attraverso l’identificazione di diverse tipologie di movimento, fra cui quello “anticipatorio”, più simile a quello del migrante economico in quanto pianificato, e quello “acuto”, assimilabile invece a quello del rifugiato in quanto dettato dall’urgenza.<sup>8</sup>

In ambito sociologico, il dibattito in merito alla distinzione fra migrante e rifugiato deve altresì essere considerato alla luce della dialettica fra “struttura” – vale a dire quei fattori che determinano il comportamento umano, oppure che lo condizionano – ed “agency”, ovverossia la capacità di scelta dell’individuo che, in una certa misura, è sempre presente e che fa sì che qualsiasi spiegazione abbia natura probabilistica e non deterministica.<sup>9</sup> In particolare, la dottrina ha sottolineato come anche i migranti “forzati” mantengano sempre una certa capacità di scelta, in quanto la decisione di migrare non può essere completamente involontaria.<sup>10</sup> La dialettica fra “struttura” e “agency” è stata efficacemente descritta da alcuni autori in termini di possesso, da parte degli individui, di differenti forme di “capitale” – economico, culturale, informativo, simbolico – le quali inciderebbero sulla loro capacità di migrare.<sup>11</sup> In quest’ottica la migrazione, soprattutto quella internazionale, richiederebbe infatti una certa quantità di “capitale”, il quale può essere accumulato, trasmesso e convertito da una forma all’altra.<sup>12</sup> Sarebbe quindi la forma e l’entità del capitale di ciascun individuo a determinare la sua condizione nel corso della migrazione, e non la sua qualificazione in termini di categorie giuridiche.

<sup>7</sup> RICHMOND, *Reactive Migration: Sociological Perspectives On Refugee Movements*, in *Journal of Refugee Studies*, 1993, pp. 7-8.

<sup>8</sup> I modelli cinetici sono stati elaborati da KUNTZ (*The Refugee in Flight: Kinetic Models and Forms of Displacement*, in *The International Migration Review*, 1976, pp. 125-146).

<sup>9</sup> RICHMOND, *Reactive Migration*, cit., p. 9.

<sup>10</sup> TURTON, *Conceptualizing Forced Migration*, RCS Working Paper No. 12, p. 11. Più in generale sul tema si veda BAKEWELL, *Some Reflections on Structure and Agency in Migration Theory*, in *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 2010, pp. 1689 ss.

<sup>11</sup> VAN HEAR, BRUBAKER, BESSA, *Managing Mobility for Human Development: The Growing Salience of Mixed Migration*, Human Development Research Paper, April 2009, p. 5.

<sup>12</sup> *Ibidem*.

L'esclusione della netta suddivisione fra migrante e rifugiato è poi confermata, nei modelli più recenti, tramite una disarticolazione della migrazione in diversi movimenti: allontanamento da un luogo, entrata in un altro luogo, ritorno nel luogo di origine o prosecuzione ed entrata in un luogo ulteriore, e infine il "non movimento" di coloro che rimangono nello Stato di origine.<sup>13</sup> Questa segmentazione comporta chiaramente il superamento della dicotomia fra volontà e coercizione, in quanto i movimenti di uno stesso individuo possono trovare la propria origine in diverse motivazioni. Tuttavia, a parere di chi scrive, l'aspetto più significativo dell'approccio in questione risiede nella visione stessa della migrazione di massa che se ne ricava, in quanto alla natura "mista" della massa si sostituisce la capacità dell'individuo di passare da una categoria all'altra nel corso della propria esperienza. Da questo punto di vista, quindi, la fluidità esistente fra le due categorie di migrante economico e rifugiato si configura in realtà come la conseguenza delle diverse fasi e vicende che uno stesso individuo può attraversare e sperimentare nel corso della propria vita.

#### 4. I migranti di massa: una definizione giuridica?

La *New York Declaration* non fornisce una definizione delle migrazioni di massa, espressione che, secondo il documento, "riflette" una serie di considerazioni relative a diversi fattori, fra cui il numero di persone coinvolte, la capacità degli Stati ospiti di affrontare tali fenomeni e il loro impatto sulle società di destinazione. D'altro canto, la Dichiarazione precisa come le migrazioni di massa coprano flussi misti di persone – rifugiati o migranti – che si muovono per motivi diversi, ma seguono rotte identiche o simili. Il documento prende quindi atto del fatto che la migrazione sia spesso "mista" non solo durante il viaggio, ma altresì nel corso dell'intero processo migratorio, in quanto le motivazioni stesse che sono alla base della decisione di emigrare possono comprendere considerazioni ed esigenze di diverso tipo.

A questo proposito, è interessante operare un confronto con il Rapporto sulle migrazioni di massa elaborato dall'*Institut de Droit International*.<sup>14</sup> A differenza della Dichiarazione, il Rapporto entra nel merito dell'espressione "migrazione di massa" ma, analogamente alla Dichiarazione,

<sup>13</sup> Ivi, p. 2.

<sup>14</sup> *Migrations de masse*, Rapporteur M. Kamto, testo disponibile su: [http://www.idi-il.org/app/uploads/2017/06/16eme\\_com.pdf](http://www.idi-il.org/app/uploads/2017/06/16eme_com.pdf) (ultimo accesso 22 luglio 2017). Il rapporto verrà presentato nel corso della sessione che si è tenuta a settembre 2017 a Hyderabad.

zione, non ne definisce i contorni dal punto di vista giuridico, in quanto essa viene ritenuta una “descrizione sociologica di un fenomeno di fatto”. Quest’ultimo consisterebbe in un “movimento transfrontaliero, improvviso e rapido, di un numero importante di individui, che cercano rifugio in uno Stato di cui non sono cittadini, o che intendono stabilirvisi, temporaneamente o definitivamente”. Sempre in termini descrittivi, il Rapporto dell’*Institut* precisa come generalmente la migrazione di massa avvenga in maniera irregolare in tutti gli Stati coinvolti, e come sia spesso associata alla migrazione circolare, cioè a quella caratterizzata dalla ripetizione degli spostamenti fra Stato di origine e Stato di destinazione. Per quanto concerne la composizione del flusso migratorio, anche il Rapporto afferma come la “massa” includa individui che si spostano per motivi diversi, con la conseguente possibilità che, al suo interno, vi siano persone che rientrano nella definizione di rifugiato accanto ad altre qualificabili come migranti economici. Secondo il Rapporto, la distinzione fra le due categorie non sarebbe addirittura “pertinente” prima che le singole situazioni siano state esaminate nei rispettivi Stati di accoglienza; dal momento che l’espressione “migrazione di massa” pone l’accento sull’aspetto quantitativo, infatti, non vi è alcun bisogno, perlomeno allo stadio definitorio, di distinguere gli individui in relazione alla motivazione per cui migrano.

Alla luce di questi elementi, si potrebbe quindi ipotizzare che la natura “ibrida” dei fenomeni migratori contemporanei sia pienamente presa in conto dalla Dichiarazione di New York, il che comporterebbe, almeno in teoria, un superamento della tradizionale distinzione fra migrante e rifugiato. Tuttavia, ciò che si legge nel prosieguo del testo contraddice fermamente questa impressione.

Fin dai primi paragrafi, la Dichiarazione afferma infatti che il trattamento di rifugiati e migranti è regolato da “distinte cornici giuridiche” – così come, del resto, saranno distinti i due documenti di cui la Dichiarazione dovrebbe porre le basi. Il testo appare quindi perpetuare, in contrasto con l’eredità degli studi in materia sociologica, il principale problema giuridico che caratterizza il diritto internazionale in materia di rifugiati, vale a dire il fatto che, nell’ambito della Convenzione del 1951 sullo status di rifugiato, il principio di *non-refoulement*<sup>15</sup> – che, come è

<sup>15</sup> È opinione diffusa in dottrina che il principio di non respingimento abbia assunto rango di norma consuetudinaria. In questo senso di veda per tutti GOODWIN-GILL, *The Refugee in International Law*, Oxford, 2007, p. 346. Il principio è codificato dall’articolo 33 della Convenzione del 1951 sullo status di rifugiato. Una posizione più sfumata è quella espressa da ALLAND e TEITGEN-COLLY (*Traité du droit de l’asile*, Parigi, 2002, p.

noto, vieta di respingere un individuo verso il territorio di uno Stato dove la sua incolumità sarebbe a rischio – si applichi esclusivamente a coloro che richiedono il riconoscimento dello status di rifugiato. Secondo la Convenzione, infatti, quest'ultimo è colui che, a causa di fondati timori di essere perseguitato per motivi legati alla razza, alla religione, alla nazionalità, all'appartenenza a un particolare gruppo sociale o all'adesione a un'opinione politica, si trova al di fuori del proprio Stato di nazionalità e non può (oppure, a causa di tali timori, non intende) avvalersi della protezione di tale Stato.<sup>16</sup> Di conseguenza, perlomeno in base alla Convenzione, il principio di *non-refoulement* non può applicarsi a coloro che migrano per motivi di altra natura – siano essi problemi di natura economica o legati al clima, ma altresì conflitti interni o internazionali – indipendentemente dal fatto che tali situazioni possano mettere a repentaglio la loro vita. A questo proposito, è interessante notare come nemmeno il Rapporto dell'*Institut de droit international* riesca, in ultima analisi, a svincolarsi completamente dalla distinzione fra rifugiato e migrante, se si considera che esso finisce comunque per suddividere i migranti di massa fra “migranti di massa-rifugiati” e “migranti di massa-economici”.

Se, da un lato, nel sistema creato dalla Convenzione del 1951, il principio di non respingimento trova applicazione nei confronti dei soli richiedenti asilo, dall'altra sono proprio i recenti sviluppi in materia di immigrazione – e, precisamente, i “*large movements*” a cui la Dichiarazione è dedicata – ad aver messo in discussione tale approccio, in ragione della gravità delle situazioni (*in primis* guerre civili) che sono all'origine del fenomeno e dell'enorme numero di persone interessate da questi eventi. L'idea che esistano categorie ulteriori di persone aventi diritto a ricevere una qualche forma di protezione internazionale è stata recepita, per esempio, in ambito regionale;<sup>17</sup> tuttavia, è proprio a livello internazionale che la necessità di un orientamento comune – orientamento a cui la Dichiarazione allude senza in realtà definirlo – è profondamente

227). Il testo della Dichiarazione, pur non entrando nel merito della questione, appare anch'esso assumere la natura consuetudinaria del principio.

<sup>16</sup> *Convention Relating to the Status of Refugees*, Articolo 1.

<sup>17</sup> Si veda, in questo senso, la direttiva dell'Unione europea 2001/55 (*Direttiva 2001/55/CE del Consiglio, del 20 luglio 2001, sulle norme minime per la concessione della protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati e sulla promozione dell'equilibrio degli sforzi tra gli Stati membri che ricevono gli sfollati e subiscono le conseguenze dell'accoglienza degli stessi*, GU L 212 del 7.8.2001, pp. 12-23). Si noti tuttavia come la Dichiarazione non dia conto in alcun modo della normativa esistente a livello regionale, nonostante le organizzazioni regionali siano, almeno in teoria, contemplate all'interno del processo negoziale che dovrebbe condurre all'adozione del *Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration*.

sentita. A questo proposito, è peraltro opportuno ricordare che le dichiarazioni di principi, pur essendo sprovviste di forza vincolante, possono esprimere l'*opinio juris* della maggioranza degli Stati e contribuire quindi alla rilevazione del diritto internazionale generale.<sup>18</sup>

È infine interessante notare come il mantenimento della distinzione fra migranti e rifugiati sia altresì all'origine della mancanza, all'interno della Dichiarazione, di qualsiasi riferimento alla categoria dei cosiddetti "migranti ambientali".<sup>19</sup> L'assenza della distinzione in parola permetterebbe infatti di ipotizzare l'estensione a un ampio e crescente numero di individui dei diritti attualmente riconosciuti ai soli rifugiati. Ciò nonostante, la dimensione ambientale è tutt'altro che assente dal documento, il quale richiama alcuni recenti strumenti in materia, fra cui l'Accordo di Parigi relativo al cambiamento climatico,<sup>20</sup> il *Sendai Framework for Disaster Risk Reduction*<sup>21</sup> adottato nell'ambito dell'Ufficio delle Nazioni Unite per la prevenzione dei rischi derivanti dai disastri, l'*Addis Ababa Action Agenda*<sup>22</sup> finalizzata al finanziamento dello sviluppo – la quale integra all'interno della nozione di sviluppo gli aspetti legati al cambiamento climatico e ai disastri – e la *Nansen Initiative*<sup>23</sup> relativa al displa-

<sup>18</sup> FOCARELLI, *Diritto internazionale*, 3<sup>a</sup> ed., Padova, 2015, p. 257.

<sup>19</sup> Sul tema si vedano fra gli altri: MOREL, *Human Rights Law, Refugee and Migration Law, and Environmental Law: Exploring their Contributions in the Context of "Environmental Migration"*, in MARTIN, ZHIPING, TIANBAO, DU PLESSIS, LE BOUTHILLIER, WILLIAMS (eds.), *Environmental Governance and Sustainability*, Cheltenham, 2012, pp. 248 ss.; ZETTER, MORRISSEY, *The Environment-Mobility Nexus: Reconceptualizing the Links Between Environmental Stress, (Im)mobility and Power*, in FIDDIAN-QASMIYEH, LOESCHER, SIGONA (eds.), *The Oxford Handbook of Refugee and Forced Migration Studies*, Oxford, 2014, pp. 342 ss. Per una visione critica del nesso fra migrazioni e minacce ambientali si vedano ARMIERO, TUCKER, PRIETO (eds.), *From the Apocalypse to the Possibilities: New Stories about Immigrants and the Environment*, in *Miradas in Movimiento*, 2012, pp. 4 ss.; BETTINI, *Climate Migration as an Adaption Strategy: De-securitizing Climate-Induced Migration or Making the Unruly Governable?*, in *Critical Studies on Security*, 2014, pp. 180 ss.

<sup>20</sup> *Paris Agreement* (Parigi, 12 dicembre 2015; entrata in vigore 4 novembre 2016). L'entrata in vigore dell'Accordo era subordinata alla ratifica di almeno 55 Stati che rappresentino almeno il 55% delle emissioni totali di anidride carbonica. Al momento l'Accordo conta 197 Stati firmatari e 155 Stati parti.

<sup>21</sup> Il *Sendai Framework 2015-2030* è un documento non vincolante contenente una serie di obiettivi e priorità relativi alla prevenzione e riduzione dei danni derivanti dai disastri. Il documento è stato adottato l'8 marzo 2015 nel corso della Terza Conferenza delle Nazioni Unite sulla riduzione del rischio derivante dai disastri.

<sup>22</sup> *Addis Ababa Action Agenda of the Third International Conference on Financing for Development*, Addis Abeba, 15 luglio 2015.

<sup>23</sup> La *Nansen Initiative* è stata lanciata da Svizzera e Norvegia a seguito della Conferenza su cambiamento climatico e *displacement* tenutasi a Nansen nel giugno 2011. L'iniziativa – di carattere intergovernativo, ma con un forte coinvolgimento di *stakeholder* non statali – è finalizzata alla creazione di un consenso in seno alla comunità interna-

*cement* a seguito di disastri. È tuttavia rilevante notare come gli aspetti relativi all'incidenza sulle migrazioni dei fattori di natura ambientale vengano messi in rilievo nella parte introduttiva del documento, ma siano assenti dai paragrafi specificamente dedicati ai rifugiati. Tale omissione è probabilmente conseguenza della reticenza dimostrata da alcuni Stati nei confronti della categoria dei "rifugiati climatici", ai quali alcune voci in dottrina<sup>24</sup> e non solo<sup>25</sup> estendono i diritti garantiti agli "*statutory refugees*", vale a dire a coloro che soddisfano i requisiti stabiliti dalla Convenzione del 1951. L'atteggiamento in questione è riconducibile ai problemi di ordine teorico e pratico che sorgerebbero in relazione sia all'identificazione delle situazioni suscettibili di qualificare una persona come "rifugiato ambientale", sia alla concreta operatività della protezione internazionale, visto l'ampio numero di individui che, allo stato attuale ma soprattutto nel futuro, potrebbero essere minacciati da condizioni ambientali o climatiche avverse tali da indurli a migrare.

##### 5. *I core human rights e il trattamento di rifugiati e migranti*

Nonostante quanto osservato finora in merito al mantenimento, all'interno della Dichiarazione, della tradizionale distinzione fra migrante e rifugiato, il documento sembra voler controbilanciare tale approccio tramite la definizione di un nucleo duro di diritti umani applicabili a entrambe le categorie. La Dichiarazione elenca infatti, accanto a una serie di impegni che gli Stati intendono assumere in relazione a ciascuno dei

zionale in relazione alla protezione degli sfollati che attraversano i confini del proprio Stato a seguito di disastri naturali, compresi quelli determinati dal cambiamento climatico.

<sup>24</sup> I rifugiati ambientali sono stati definiti come individui che sono stati costretti a lasciare il proprio Stato di cittadinanza, temporaneamente o in maniera definitiva, prevalentemente a causa di un evento traumatico di natura ambientale, naturale o indotto dall'uomo, che li ha resi incapaci di soddisfare i loro bisogni primari (BUSH, *Redefining Environmental Refugees*, in *Georgetown Immigration Law Journal*, 2013, p. 572). Sul punto si vedano altresì COUNIL, *The Protection of "Environmental Refugees" in International Law*, in PIGUET, PÉCOUD, DE GUCHTENEIRE (eds.), *Migration and Climate Change*, Cambridge, 2011, pp. 388 ss.; EDWARDS, *Climate Change and International Refugee Law*, in RAYFUSE, SCOTT (eds.), *International Law in the Era of Climate Change*, Cheltenham, 2012, pp. 58 ss.

<sup>25</sup> Si veda in questo senso l'Enciclica *Laudato Si'*, nella quale si sottolinea l'impatto del cambiamento climatico sulle risorse dei più poveri, i quali si trovano così costretti a migrare, assieme all'assenza di tutela giuridica derivante dal mancato riconoscimento dello status di rifugiato, nei confronti di questi individui, all'interno delle convenzioni internazionali (*Lettera Enciclica Laudato Si' del Santo Padre Francesco sulla cura della casa comune*, 24 maggio 2015, par. 25).

due gruppi singolarmente considerati, determinati diritti e libertà fondamentali la cui osservanza deve essere garantita nei confronti di migranti e rifugiati congiuntamente intesi.

Più specificamente, la Dichiarazione “riafferma” il rispetto del diritto internazionale e delle norme internazionali a tutela dei diritti umani nei confronti di migranti e rifugiati indipendentemente dal loro status giuridico, nonché del diritto internazionale umanitario e del diritto internazionale dei rifugiati, “quando applicabili”. Di conseguenza, secondo il documento, la netta distinzione operata fra migranti e rifugiati non impedirebbe la piena titolarità, da parte di entrambe le categorie, dei diritti umani universali e delle libertà fondamentali, le quali formerebbero un *common core* di diritti umani capaci di accomunare gli uni e gli altri. Tuttavia, è proprio rispetto a questo tipo di operazione concettuale che la Dichiarazione sembra presentare alcuni limiti.

Si può innanzitutto osservare, a questo proposito, come il documento dia per scontata una categoria di diritti – i diritti umani fondamentali applicabili a qualsiasi individuo – di cui la dottrina riconosce in termini generali l’esistenza, ma la cui definizione è tutt’altro che univoca.<sup>26</sup> Questa incertezza è aggravata dal fatto che i due strumenti che dovrebbero essere negoziati in futuro avranno natura non vincolante, con la conseguenza che gli “impegni” di cui si parla nella Dichiarazione dovrebbero anch’essi essere ascrivibili all’ambito della *soft law*.

La mancanza di chiarezza che caratterizza l’aspetto definitorio della distinzione fra migrante e rifugiato si riflette altresì all’interno delle parti della Dichiarazione relative al trattamento che, in base agli obblighi assunti internazionalmente, dovrebbe essere garantito a migranti e rifugiati. La necessità dell’osservanza di tali obblighi viene sottolineata in riferimento alla condizione degli individui vulnerabili, al controllo delle frontiere, alla lotta contro la tratta o contro il traffico di esseri umani, all’assistenza alle comunità di migranti che si trovano all’estero, agli accordi per il rientro dei migranti nei paesi di origine, alla protezione dei rifugiati e alle politiche per la loro ammissione, così come alle situazioni di conflitto armato che sono alla base dei flussi di rifugiati. In questo quadro, particolare enfasi viene posta sulla sicurezza e la dignità di tutti

<sup>26</sup> Sul punto si vedano, fra gli altri, NASCIBENE, *L’individuo e la tutela internazionale dei diritti umani*, in CARBONE, LUZZATTO, SANTA MARIA (a cura di), *Istituzioni di diritto internazionale*, 4<sup>a</sup> ed., Torino, 2011, pp. 438 ss.; SUDRE, *Droit européen et international des droits de l’homme*, Parigi, 2012, pp. 214-215; SCHEININ, *Core Rights and Obligations*, in SHELTON (ed.), *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, Oxford, 2013, p. 528; CITRONI, SCOVAZZI, *La tutela internazionale dei diritti umani*, Milano, 2013, pp. 60-61; ZANGHÌ, *La protezione internazionale dei diritti dell’uomo*, Torino, 2013, p. 35; CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli, 2015, p. 212.

gli esseri umani, nonché sul principio di non discriminazione; coerentemente, la Dichiarazione condanna qualsiasi atto di xenofobia e di razzismo e qualsiasi stereotipizzazione nei confronti di migranti e rifugiati, con riferimento specifico a crimini e discorsi d'odio e alla violenza razziale. A ciò si aggiunge il dovere di soddisfare le esigenze fondamentali ed immediate degli individui coinvolti, in particolare di coloro che hanno subito abusi durante il viaggio, delle donne e dei bambini, soprattutto se non accompagnati. A questo fine, viene prevista da un lato l'elaborazione di linee guida non vincolanti sul trattamento dei migranti in situazioni di vulnerabilità e, dall'altro, la concessione di assistenza umanitaria ai rifugiati – comprendente l'accesso a cure mediche, riparo, cibo, acqua e igiene – assieme ad azioni di supporto in favore degli Stati e delle comunità ospiti. Un accento particolare viene poi posto sulla creazione e l'utilizzo dei campi profughi, i quali devono essere considerati una misura "eccezionale" e, possibilmente, temporanea, tenendo conto della responsabilità degli Stati di destinazione di assicurare il carattere umanitario e civile dei campi stessi.

Lo standard di trattamento delineato dalla Dichiarazione è in linea con quanto generalmente affermato in relazione al trattamento umano dei rifugiati e dei richiedenti asilo dall'UNHCR, che ha frequentemente sottolineato la necessità di condizioni di accoglienza adeguate.<sup>27</sup> È da notare, tuttavia, come la Dichiarazione trascuri completamente la categoria delle persone più anziane, la cui vulnerabilità è stata evidenziata più volte dall'UNHCR in ragione della loro esposizione sistematica a taluni dei problemi incontrati dai rifugiati, fra cui la dipendenza cronica dagli enti che offrono assistenza e la disintegrazione sociale. Per quanto concerne il tema dei campi profughi, l'approccio seguito dalla Dichiarazione è coerente con il fatto che, nell'affrontare il tema di un'accoglienza adeguata, l'UNHCR faccia generalmente riferimento a centri di ricezione e a famiglie ospiti, affermando esplicitamente il proprio intento di individuare soluzioni alternative ai campi. Questi ultimi si caratterizzerebbero infatti per il fatto di comportare inevitabilmente una qualche forma di limitazione dei diritti, delle libertà e dell'autodeterminazione dei rifugiati, oltre a causare isolamento e dipendenza dall'aiuto esterno. Al contrario, la Dichiarazione pone particolare enfasi sul tema dell'integrazione e dell'inclusione, considerate strumenti utili al fine di prevenire fenomeni di radicalizzazione e marginalizzazione, soprattutto nel settore dell'educazione e della formazione professionale dei minori rifugiati.

<sup>27</sup> *Reception of asylum-seekers, including standards of treatment, in the context of individual asylum systems*, EC/GC/01/17, 4 settembre 2001, par. 4.

Nonostante la coerenza fra lo standard di trattamento delineato dalla Dichiarazione e quanto costantemente suggerito dall'UNHCR, e nonostante le ripetute affermazioni relative al rispetto del diritto internazionale nel trattamento di migranti e rifugiati, il documento lascia tuttavia intravedere, a parere di chi scrive, una certa vaghezza nella precisa definizione, dal punto di vista giuridico, del contenuto di tale trattamento. Da un lato, infatti, la Dichiarazione menziona – senza identificarle – le norme internazionali a tutela di migranti e rifugiati, nonostante la grande incertezza che, come osservato in precedenza, caratterizza le norme consuetudinarie in materia, in relazione sia alla loro esistenza così come al loro contenuto.

In secondo luogo, soprattutto per quanto concerne il trattamento degli individui, è evidente come l'osservanza degli obblighi assunti internazionalmente venga sottolineata in relazione a una gamma molto ampia di situazioni, che tendono a coprire praticamente l'intero catalogo dei diritti umani, fino a sconfinare in quelle che possono apparire come mere indicazioni di *policy* (per esempio, aspetti specifici della gestione dei campi profughi, oppure questioni inerenti all'educazione e alla formazione). Ciò deriva, fra le altre cose, dall'assenza di un criterio di delimitazione spaziale e temporale della situazione del migrante. Più rigoroso è, da questo punto di vista, l'approccio seguito dal Rapporto dell'*Institut de Droit International* menzionato in precedenza, il quale ha scelto di circoscrivere la propria analisi al periodo di tempo compreso fra il momento in cui il migrante giunge nello Stato di destinazione e quello in cui viene assunta una decisione a suo riguardo. La scelta in questione implica, in particolare, che diritti specificamente riferiti alla situazione del rifugiato non vengano in rilievo ai fini della definizione del trattamento riservato al singolo.<sup>28</sup>

Più in generale, quanto affermato dalla Dichiarazione in relazione ai diritti fondamentali di migranti e rifugiati, così come al trattamento di questi ultimi, presenta ulteriori elementi di incertezza rispetto al fatto che i diritti in questione vadano ricollegati esclusivamente alla categoria delle norme consuetudinarie, oppure anche all'insieme degli strumenti patrizi, (perlomeno quelli a carattere universale), i quali non vengono però indicati. È questo il caso, per esempio, del diritto al ricongiungimento

<sup>28</sup> È opportuno osservare, a questo proposito, come il principio di *non-refoulement* si applichi non solo a coloro che sono stati formalmente riconosciuti come rifugiati in base alle procedure nazionali, ma a tutti coloro che soddisfano i requisiti stabiliti dall'Articolo 1 della Convenzione del 1951, vale a dire che nutrono un fondato timore di essere perseguitati. Di conseguenza, il termine "rifugiato" comprende anche coloro che non sono ancora stati formalmente riconosciuti come tali nell'ordinamento interno.

familiare, menzionato nella Dichiarazione a proposito dei migranti così come dei rifugiati, ma richiamato dall'Allegato I (relativo al modello di risposta rapida agli afflussi massicci di migranti) solo in relazione ai rifugiati, senza riferimenti precisi all'esistenza di tale diritto all'interno di strumenti pattizi, fra cui la Convenzione sui lavoratori migranti e sulle loro famiglie.<sup>29</sup> In particolare, stupisce la mancanza di qualsiasi richiamo agli strumenti pattizi a carattere universale che costituiscono per così dire il "codice" dei diritti umani a livello internazionale.<sup>30</sup> L'assenza di riferimenti espliciti (se si esclude una generica menzione dei "core international human rights treaties") è inoltre degna di nota ove si consideri che gli strumenti suddetti riconoscono una serie di diritti a prescindere dal legame di cittadinanza (legame tuttavia ammesso come fattore di discriminazione dal diritto internazionale) e che alcuni di questi diritti – fra cui, per esempio, quello di lasciare il proprio Stato e di farvi ritorno – vengono chiaramente menzionati dalla Dichiarazione.

Anche a questo proposito, è opportuno notare la scelta operata dall'*Institut* nel Rapporto menzionato in precedenza, consistente nel ricavare i diritti in questione a partire dal Protocollo del 2000 alla Convenzione delle Nazioni Unite sulla lotta alla criminalità organizzata transnazionale, Protocollo – come è noto – relativo alla lotta al traffico di migranti.<sup>31</sup>

## 6. Osservazioni conclusive

Volendo elaborare qualche osservazione conclusiva, gli elementi analizzati evidenziano la mancanza, all'interno del documento, di una visione chiara degli strumenti giuridici offerti dal diritto internazionale al fine di garantire i diritti umani di rifugiati e migranti. In questo senso,

<sup>29</sup> *International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families* (New York, 18 dicembre 1990; entrata in vigore 1 luglio 2003), Articolo 44, par. 2.

<sup>30</sup> Il riferimento è, in particolare, al Patto internazionale sui diritti civili e politici (*International Covenant on Civil and Political Rights*, New York, 16 dicembre 1966; entrata in vigore 23 marzo 1976), al Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali (*International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, New York, 16 dicembre 1966; entrata in vigore 3 gennaio 1976), alla Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione nei confronti delle donne (*Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*, New York, 18 dicembre 1979; entrata in vigore 3 settembre 1981).

<sup>31</sup> *Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime*, New York, 15 novembre 2000; entrata in vigore 28 gennaio 2004.

una prima osservazione concerne la struttura “tripartita” della Dichiarazione, incentrata sugli impegni assunti nei confronti di migranti e rifugiati congiuntamente intesi da una parte e su quelli assunti nei confronti di ciascuna delle due categorie dall’altra. Tale rigida suddivisione fa sì che alla complessità dei problemi sollevati dall’oggetto stesso del documento – i “*large movements*” che, per definizione, hanno natura “mista” – si contrapponga una schematizzazione che pone tali complessità in secondo piano, dando invece rilievo alla tradizionale distinzione fra status di migrante e status di rifugiato.

Come osservato nel corso del lavoro, la mancanza di un più solido consenso su quali siano i diritti riconosciuti a migranti e rifugiati emerge in particolar modo nell’ambito del tema del trattamento dell’individuo. Nonostante la Dichiarazione elenchi una serie di azioni volte alla tutela di quest’ultimo (fra cui l’eliminazione di ogni discriminazione, oppure la protezione delle persone in situazione di vulnerabilità), a parere di chi scrive il linguaggio utilizzato contiene numerosi elementi di opacità rispetto alle norme di diritto internazionale che sarebbero poste a fondamento di tale tutela, soprattutto in relazione al loro ancoraggio al diritto internazionale consuetudinario o pattizio. Se, da un lato, la difficoltà insita nell’identificazione di un nucleo duro di norme consuetudinarie in materia è comunemente riconosciuta dalla dottrina, così come è evidente la complessa interazione fra evoluzione del diritto pattizio e nascita di norme consuetudinarie, dall’altro tali incertezze assumono rilievo in un documento, come quello in questione, finalizzato alla definizione di “impegni” nei confronti di individui. L’aspetto in questione sarebbe stato di notevole rilevanza soprattutto nella parte dedicata congiuntamente a migranti e rifugiati, in quanto avrebbe permesso di affrontare uno dei punti più delicati della materia, vale a dire l’identificazione di diritti (soprattutto consuetudinari) riconosciuti agli individui a prescindere dal legame di cittadinanza e dall’esistenza dello speciale regime di protezione internazionale derivante dallo status di rifugiato.

I problemi in oggetto trovano, almeno in parte, un riflesso nelle possibili sovrapposizioni di contenuto fra i due futuri strumenti,<sup>32</sup> secondo l’UNHCR, tale circostanza può trovare risoluzione attraverso l’utilizzo di un “linguaggio coerente”<sup>33</sup> all’interno dei due patti, il che tuttavia ripropone l’interrogativo di fondo illustrato nel corso di questo lavoro, vale a dire le modalità di identificazione di norme applicabili sia ai migranti sia ai rifugiati. Lo stesso dicasi dell’idea in base alla quale coerenza e

<sup>32</sup> UNHCR, *New York Declaration for Refugees and Migrants – Answers to Frequently Asked Questions*, cit., p. 5.

<sup>33</sup> Ivi, p. 6.

complementarietà fra i due strumenti potrebbero essere perseguite tramite riferimenti chiari nel testo a “fondamenti giuridici già consolidati”,<sup>34</sup> a meno che, con tale espressione, non ci si riferisca esclusivamente al diritto pattizio. Probabilmente in ragione della consapevolezza di queste lacune, l’UNHCR ha prospettato l’utilizzo di un linguaggio simile nelle aree operative dove il trattamento di migranti e rifugiati è simile, anche attraverso il ricorso a discussioni tematiche.<sup>35</sup> Tuttavia, l’approccio proposto, oltre a riproporre il problema di cui sopra (in quali casi il trattamento è comune?) rischia di porre la questione su un piano eccessivamente “operativo”, soprattutto per quanto riguarda il *Global Compact on Safe, Orderly and Regular Migration* che, a differenza del *Global Compact on Refugees*, dovrebbe dare origine a un vero e proprio quadro giuridico.

In conclusione, e in termini più generali, risulta evidente come, a dispetto del proprio titolo, la Dichiarazione di New York non sia in grado di prendere una adeguata posizione in merito al tema della distinzione fra migrante economico e rifugiato e, di conseguenza, in merito agli aspetti giuridici del fenomeno delle migrazioni di massa. L’origine di questa incapacità sembra doversi ricercare, a parere di chi scrive, nella mancanza di consenso, nella comunità internazionale, in merito ad alcuni concetti e principi di fondo che, se applicati, potrebbero non già scardinare la tradizionale distinzione fra migrante e rifugiato, bensì controbilanciarla, perlomeno nelle situazioni in cui l’incolumità delle persone è in pericolo. Si tratta, nello specifico, dell’emergere del “principio di umanità” che, secondo lo stesso Rapporto dell’*Institut de Droit International*, dovrebbe ispirare la condotta degli Stati coinvolti a diverso titolo in operazioni di salvataggio via mare, così come dell’accoglienza temporanea, temi a cui la Dichiarazione dedica solo brevi passaggi. Vale la pena di osservare, a questo proposito, come il testo si limiti ad accogliere favorevolmente la concessione, da parte di alcuni Stati, della protezione temporanea nei confronti di individui che non soddisfano i requisiti per il riconoscimento dello status di rifugiato, nonché a lodare gli sforzi profusi da parte di alcuni Stati al fine di salvare vite umane in mare.

Senza una riflessione su tali aspetti, i tentativi di trovare un consenso globale sugli attuali fenomeni migratori rischiano di ridursi, al di là delle tecniche redazionali che verranno utilizzate nei due futuri documenti, a un elenco di impegni di mero valore programmatico e, pertanto,

<sup>34</sup> *Ibidem.*

<sup>35</sup> *Ibidem.*

di portare a un ulteriore rinvio di una reale risoluzione di rilevanti nodi giuridici.

## LE RECENTI MISURE DELL'UNIONE EUROPEA PER USCIRE DALLA CRISI MIGRATORIA: CRITICITÀ IRRISOLTE E PROSPETTIVE FUTURE

Chiara Di STASIO\*

SOMMARIO: 1. Le recenti misure approntate dall'Unione europea per uscire dalla crisi migratoria. – 2. Il rafforzamento dei controlli alle frontiere esterne: la guardia di frontiera e costiera europea e la riforma del “sistema Schengen” – 3. La cooperazione con i Paesi di origine e di transito dei migranti. – 4. Il ricollocamento e il reinsediamento dei richiedenti asilo come via per garantire un accesso legale all'UE. – 5. La riforma del sistema europeo comune di asilo (SECA). – 6. Conclusioni.

### *1. Le recenti misure approntate dall'Unione europea per uscire dalla crisi migratoria*

La crisi umanitaria che l'Unione europea sta attraversando negli ultimi tempi è sicuramente una della più gravi della sua storia: i costanti e ingenti flussi di migranti in fuga da guerre civili, da conflitti armati o da altre forme di oppressione, nonché da condizioni ambientali avverse, generano una situazione di pressione nei confronti di quegli Stati membri che, essendo posti lungo i suoi confini, sono maggiormente esposti alle crescenti ondate. L'Unione europea, tuttavia, non sembra essere adeguatamente pronta ad affrontare le sfide poste dall'aumentato afflusso di migranti e, pertanto, la sua politica migratoria è sempre di più sotto accusa perché ritenuta inadeguata.

Le istituzioni europee stanno, pertanto, tentando di intensificare gli sforzi per delineare una politica migratoria “efficace, umanitaria e sicura”<sup>1</sup>. Il Consiglio dell'Unione europea<sup>2</sup> sulla scorta delle linee di azione delineate dal Consiglio europeo e dell'Agenda europea sulle migrazioni<sup>3</sup>,

\* Ricercatrice di Diritto Internazionale, Università degli Studi di Brescia, Dipartimento di Giurisprudenza.

<sup>1</sup> V. <http://www.consilium.europa.eu/it/policies/migratory-pressures>.

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> Il 13 maggio 2015 la Commissione europea ha adottato un'Agenda europea sulla migrazione – COM(2015)240. Essa ha evidenziato l'esigenza di una migliore gestione

adottata dalla Commissione il 13 maggio 2015, ha individuato alcune “priorità strategiche”, che si articolano in una serie di settori di intervento: cooperazione con i Paesi di origine e di transito; rafforzamento delle frontiere esterne dell’Unione europea; gestione dei flussi migratori e contrasto alle attività legate al traffico dei migranti; riforma del sistema europeo comune di asilo (SECA); percorsi di migrazione legale; promozione dell’integrazione dei cittadini di Paesi terzi.

Tuttavia, sembra che gli impegni di riforma profusi dalle istituzioni europee non stiano producendo i risultati attesi, dal momento che i flussi di migranti via terra e via mare continuano incessanti. Inoltre, come si vedrà, alcuni dei provvedimenti adottati o in corso di adozione non sembrano allinearsi con la tutela dei diritti fondamentali mentre altri, in particolare quelli contenuti nel pacchetto di riforme del sistema europeo comune di asilo, si assestano su posizione retributive, conservando molte delle criticità già presenti nell’assetto attuale.

## *2. Il rafforzamento dei controlli alle frontiere esterne: la guardia di frontiera e costiera europea e la riforma del “sistema Schengen”*

Tra le linee di intervento delineate dal Consiglio per arginare la crisi migratoria, un ruolo centrale riveste la strategia europea in materia di controllo alle frontiere. La gestione efficace delle frontiere esterne è infatti ritenuta essenziale affinché la libera circolazione all’interno dell’Unione europea funzioni correttamente, sulla scorta di quanto è sancito nell’art. 77 del TFUE<sup>4</sup>. Tra le misure adottate in quest’ottica, particolare interesse rivestono l’istituzione della guardia di frontiera e costiera europea e la riforma del “Codice Schengen” volta a rafforzare le verifiche, nelle banche dati pertinenti, alle frontiere esterne.

La guardia di frontiera e costiera europea è stata creata dal Regolamento (UE) 2016/1624 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14

della migrazione e sottolineato che si tratta di una responsabilità condivisa. L’agenda copre tutti gli aspetti della gestione della migrazione e ne esamina inoltre in modo pienamente integrato gli aspetti interni ed esterni. Essa individua azioni e misure concrete nei seguenti ambiti: ridurre gli incentivi alla migrazione irregolare; salvare vite e garantire la sicurezza delle frontiere esterne; definire una forte politica in materia di asilo; definire una nuova politica di migrazione legale.

<sup>4</sup> Art. 77, par. 1, TFUE: “L’Unione sviluppa una politica volta a: a) garantire l’assenza di qualsiasi controllo sulle persone, a prescindere dalla nazionalità, all’atto dell’attraversamento delle frontiere interne; b) garantire il controllo delle persone e la sorveglianza efficace dell’attraversamento delle frontiere esterne; c) instaurare progressivamente un sistema integrato di gestione delle frontiere esterne”.

settembre 2016<sup>5</sup>. Essa rappresenta la prima risposta strutturata ai problemi di sicurezza legati alla mobilità all'interno del territorio europeo. I compiti della guardia costiera e di frontiera sono quelli di monitorare da vicino le frontiere esterne dell'UE e di collaborare con gli Stati membri per individuare rapidamente e affrontare le potenziali minacce per la sicurezza.

Il regolamento istitutivo, venuto alla luce in tempi piuttosto rapidi, può essere letto come una naturale evoluzione delle iniziative adottate negli anni precedenti in materia. Si tratta, infatti, dell'ultimo di una serie di provvedimenti approvati dall'UE, con i quali si è cercato di contemperare, da un lato, l'esigenza di sicurezza e, dall'altro, la necessità di mobilità all'interno dell'Europa<sup>6</sup>. L'obiettivo enunciato nel regolamento è piuttosto ambizioso, in quanto esso tende ad abbracciare non solo la gestione delle frontiere, ma anche altre politiche dell'UE, come i diritti dei rifugiati, la migrazione, la sicurezza interna ed esterna. Ad avviso di chi scrive<sup>7</sup> ne va ridimensionata la portata innovativa, considerato che molte delle novità introdotte sono solo "virtuali" e la logica sottesa risulta puramente intergovernativa e securitaria. Sembra, pertanto, di essere di fronte a una riforma solo sulla carta, fatto salvo l'incremento di risorse e di personale.

Ciò premesso, va tuttavia sottolineato che il regolamento innova in parte la gestione delle frontiere esterne in quanto per la prima volta, dall'istituzione di Schengen, definisce a livello legislativo che cosa debba intendersi per "sistema integrato di gestione delle frontiere esterne", cui si riferisce l'art. 77 del TFUE. L'art. 4 del regolamento elenca, infat-

<sup>5</sup> Regolamento (UE) 2016/1624 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 settembre 2016, relativo alla guardia di frontiera e costiera europea che modifica il regolamento (UE) 2016/399 del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga il regolamento (CE) n. 863/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, il regolamento (CE) n. 2007/2004 del Consiglio e la decisione 2005/267/CE del Consiglio, in GUUE, L 251 del 16.9.2016, pp. 1-76.

<sup>6</sup> Sul punto si rinvia a DI STASIO, *La lotta multilivello al terrorismo internazionale: garanzia di sicurezza versus tutela dei diritti fondamentali*, Milano, 2010, pp. 383 ss.

<sup>7</sup> In tal senso vedi anche: V. DE BRUYCKER, *The European Border and Coast Guard: A new model built on an old logic*, in *European Papers*, 2016, pp. 559-569; CARRERA, *Towards a Common European Border Service*, CEPS Working Document n° 331 of June 2010, <https://www.ceps.eu/system/files/book/2010/06/Towards%20a%20Common%20European%20Border%20Service%20by%20Carrera%20edited%20final.pdf>; CARRERA, DEN HERTOOG, *A European border and coast guard: What's in a name?*, CEPS Paper in Liberty and Security in Europe No. 88, March 2016; RIJPM, *The proposal for a European Border and Coast Guard: evolution or revolution in external border management*, study for the Libe Committee of the European Parliament, 2016, p. 18, [http://www.europarl.europa.eu/ReData/etudes/STUD/2016/556934/IPOL\\_STU\(2016\)556934\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/ReData/etudes/STUD/2016/556934/IPOL_STU(2016)556934_EN.pdf).

ti, i principali elementi che costituiscono la gestione europea integrata delle frontiere. Si tratta di un elenco certamente non esaustivo dal momento che, per esempio, viene omesso qualsiasi riferimento ai controlli doganali che costituiscono parte essenziale delle verifiche alle frontiere, mentre vengono incluse politiche che hanno una diversa base giuridica nei trattati, come le procedure di espulsione (previste dall'art. 79 TFUE) e le politiche di sicurezza interna (indicate nel Trattato fra le forme di cooperazione e non di integrazione) e di sicurezza esterna, che sono rette da un regime giuridico specifico di tipo intergovernativo e, in teoria, soggette alla clausola di "*mutual respect*" di cui all'art. 40 TUE. Di conseguenza, sembra evidente che dietro all'obiettivo della gestione delle frontiere a livello europeo si celi in realtà la strategia della sicurezza interna, anche se i suoi contenuti e la portata non trovano per ora una base normativa.

Suscita, infine, alcune perplessità l'art. 3 del regolamento, in quanto esso prevede solamente quali siano le componenti del sistema europeo integrato di gestione delle frontiere, lasciando al Consiglio di amministrazione di Frontex il compito di fissare la strategia europea in materia. Tale strategia deve essere contenuta in un documento "tecnico operativo", che tuttavia risulta essere vincolante per le amministrazioni nazionali, che dovrebbero adeguarsi a essa per determinare le strategie nazionali. Dubbi sorgono circa la possibilità che tale documento tecnico, adottato da un'agenzia europea, possa diventare vincolante per gli Stati membri. Se così fosse verrebbe evidentemente alterato l'equilibrio dei poteri in seno all'Unione e l'applicazione del principio democratico in un settore davvero sensibile dal punto di vista politico.

Un altro significativo intervento, che si colloca nel solco delle politiche volte a mettere in sicurezza le frontiere, è stato l'adozione del Regolamento (UE) 2017/458 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 marzo 2017, che modifica il Regolamento (UE) 2016/399 per quanto riguarda il rafforzamento delle verifiche nelle banche dati pertinenti alle frontiere esterne<sup>8</sup>. È stato il primo provvedimento adottato tra le proposte incluse nel più ampio pacchetto denominato "frontiere intelligenti", che definisce il ruolo dei sistemi di informazione per la gestione delle frontiere esterne, della sicurezza interna e delle strategie di lotta contro il terrorismo e la criminalità organizzata e che è stato presentato

<sup>8</sup> Regolamento (UE) 2017/458 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 marzo 2017, che modifica il Regolamento (UE) 2016/399 per quanto riguarda il rafforzamento delle verifiche nelle banche dati pertinenti alle frontiere esterne, in GUUE, L 74, 18.3.2017.

dalla Commissione il 6 aprile 2016<sup>9</sup>. Del pacchetto fa parte anche una proposta riveduta di regolamento relativo all'istituzione di un sistema di ingressi/uscite (EES) per riformare le procedure di controllo di frontiera per i cittadini di Paesi terzi diretti nell'UE. Il sistema proposto dalla Commissione europea prevede, inoltre, la creazione di una banca dati centrale collegata a punti di accesso nazionali, inter-operativo con il VIS (sistema di informazione visti), a cui potranno avere accesso anche le autorità di contrasto degli Stati membri e l'Europol, sulla base di condizioni rigorosamente definite.

Il nuovo Regolamento (UE) 2017/458, entrato in vigore il 7 aprile 2017, obbliga gli Stati membri a effettuare verifiche sistematiche nelle banche dati pertinenti per tutte le persone che attraversano le frontiere esterne. Tutti sono soggetti ai controlli, indistintamente, compreso chi gode del diritto di libera circolazione ai sensi del diritto dell'Unione (cioè i cittadini dell'Unione e i loro familiari che non sono cittadini comunitari). Le banche dati in cui i controlli sono effettuati includono il sistema di informazione Schengen (SIS) e la banca dati dell'Interpol sui documenti di viaggio rubati o smarriti (SLTD). I controlli consentiranno anche agli Stati membri di verificare che tali persone non rappresentino una minaccia per l'ordine pubblico, la sicurezza interna o la salute pubblica. Questo obbligo si applica a tutte le frontiere esterne (aria, mare e frontiere terrestri), sia in ingresso e sia in uscita.

Tuttavia, qualora la consultazione sistematica delle banche dati dovesse portare a un impatto sproporzionato sui flussi di traffico alla frontiera marittima o terrestre, gli Stati membri sono autorizzati a effettuare controlli solo mirati nei *database*, a condizione che ciò non porti a rischi connessi alla sicurezza interna, alle relazioni internazionali tra Stati membri, o rappresenti una minaccia per la salute pubblica.

Per quanto riguarda le frontiere aeree, gli Stati membri possono solo effettuare controlli mirati sulle banche dati per un periodo transitorio di sei mesi dalla data di entrata in vigore del regolamento. Questo periodo può essere esteso fino a diciotto mesi in casi eccezionali e specifici, nel caso in cui si ravvisino difficoltà infrastrutturali che richiedano un lungo periodo di tempo per apportare le modifiche necessarie.

La reintroduzione dei controlli nell'area Schengen è una misura che è stata decisa non solo al fine di introdurre una più stretta sorveglianza sui flussi migratori, ma anche per contrastare il fenomeno dei *foreign fighters*. Le nuove misure riguardano diversi Paesi che sono membri

<sup>9</sup> V. *Frontiere UE più sicure e intelligenti: la Commissione propone un sistema di ingressi/uscite*, IP/16/12476 aprile 2016, [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-16-1247\\_it.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-1247_it.htm).

dell'Unione Europea ma che non fanno parte dell'area Schengen. Per esempio, alla frontiera che separa la Slovenia dalla Croazia chi vorrà attraversare il confine sarà sottoposto al controllo dei documenti dal momento che entrambi i Paesi sono membri dell'UE ma la Croazia non fa parte dell'area Schengen.

### 3. La cooperazione con i Paesi di origine e di transito dei migranti

Per arginare l'afflusso di migranti, grande impulso è stato impresso anche alle misure volte a ostacolare gli ingressi irregolari. Per raggiungere tale obiettivo, le istituzioni europee hanno iniziato a sviluppare politiche di cooperazione con gli Stati di origine o di transito<sup>10</sup>. Tuttavia, tali misure non hanno avuto l'effetto di impedire gli arrivi e hanno finito per ledere i diritti dei migranti e dei richiedenti asilo<sup>11</sup>. Si tratta di provvedimenti che destano molte perplessità in quanto sono volti ad accelerare le procedure o, meglio, a velocizzare il rinvio del richiedente di cui si accerti la provenienza da un Paese terzo sicuro. Il concetto di Paese terzo sicuro, negli ultimi tempi, ha conosciuto un rinnovato interesse soprattutto in linea con l'incremento della cooperazione con tali Paesi che ha determinato una tendenza a "esternalizzare" le politiche migratorie europee. Tra questi provvedimenti si annoverano l'accordo tra i capi di Stato e di governo dell'UE e la Turchia<sup>12</sup> e le analoghe misure che stanno prendendo forma con i Paesi d'origine dei flussi migratori, come la dichiarazione congiunta UE-Afghanistan o gli accordi in discussione con i Paesi che ospitano un maggiore numero di rifugiati (Giordania, Libano) o di potenziali migranti economici (accordo UE-Nigeria).

L'accordo con la Turchia, sulla cui legittimità sono stati presentati ben tre ricorsi di fronte al Tribunale il quale in tutti i casi si è dichiarato incompetente<sup>13</sup>, è stato incorporato dapprima nel piano di

<sup>10</sup> V. USTUBICI, *EU-Turkey cooperation on migration*, in *Euromed Survey*, 06, 2016, [http://www.iemed.org/recursos-compartits/pdfs/EuroMedSurvey16\\_EU\\_Turkey\\_migration\\_Ustubici.pdf](http://www.iemed.org/recursos-compartits/pdfs/EuroMedSurvey16_EU_Turkey_migration_Ustubici.pdf).

<sup>11</sup> BRIGDEN, MAINWARING, *Matryoshka Journeys: immobility during migration*, in *Geopolitics*, 2016, pp. 407-434; COLLYER, *Stranded Migrants and the Fragmented Journey*, in *Journal of Refugee Studies*, 2010, pp. 273-293; ID., *In-between Places: Trans-Saharan Transit in Morocco and Fragmented Journey to Europe*, in *Antipode*, 2007, pp. 668-690.

<sup>12</sup> Nel 2015 più di 850.000 persone hanno raggiunto le isole greche via mare dalla Turchia. La maggior parte di loro erano siriani, iracheni e afgani.

<sup>13</sup> Vedi i ricorsi T-192/16, T-193/16 e T-257/16 contro il Consiglio europeo.

azione comune del 29 novembre 2015<sup>14</sup>, e nella Dichiarazione del 18 marzo 2016<sup>15</sup>, poi.

La cooperazione dell'Unione europea con il governo turco rappresenta, per l'appunto, una forma di "esternalizzazione" dei confini dell'UE e delle sue politiche migratorie e si fonda essenzialmente sulla considerazione che la Turchia sia uno Stato terzo sicuro<sup>16</sup>. L'accordo con la Turchia ruota su due previsioni cardine: innanzitutto, è stabilito che tutti i migranti giunti sulle isole greche vengano ricondotti in Turchia, inclusi i potenziali richiedenti asilo; in secondo luogo, è previsto che per ogni siriano riammesso in Turchia un altro siriano venga reinsediato dalla Turchia verso uno Stato membro UE.

L'accordo, come strutturato, suscita diverse perplessità<sup>17</sup> in relazione alla sua compatibilità con la tutela dei diritti fondamentali. Innanzitutto, la norma in base alla quale si prevede di far rientrare tutti i nuovi migranti irregolari che hanno compiuto la traversata dalla Turchia alle isole greche a causa della sua formulazione ampia e generica ha ingenerato il timore che possa dar luogo a espulsioni collettive<sup>18</sup>, vietate dall'art. 4 del Protocollo 4 della CEDU e dall'art. 19 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nonché alla violazione del principio del *non-refoulement*. La Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>19</sup>, d'altronde, ha stabilito che l'espulsione di un gruppo di stranieri possa avvenire solo in seguito alla valutazione ragionevole e oggettiva del caso individuale di ciascun componente del gruppo. Quanto al divieto di *refoulement*, esso non viene disatteso laddove un richiedente sia rinviato verso un Paese terzo sicuro, un Paese cioè ove non corra il rischio di subire trattamenti inumani e degradanti. Il nodo della questione riguarda proprio la possibi-

<sup>14</sup> V. EU-Turkey joint action plan, *Challenges are common and responses need to be coordinated. Negotiating candidate country Turkey and the EU are determined to confront and surmount the existing challenges in a concerted manner*, Brussels, 15 October 2015, [http://europa.eu/rapid/press-release\\_MEMO-15-5860\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-15-5860_en.htm).

<sup>15</sup> V. <http://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2016/03/18-eu-turkey-statement/>.

<sup>16</sup> *Ibid.*

<sup>17</sup> V. LABAYLE, DE BRUYCKER, *L'accord Union européenne – Turquie: faux semblant ou marché de dupes?*, 23 marzo 2016, <http://www.gdr-elsj.eu/2016/03/23/asile/laccord-union-europeenne-turquie-faux-semblant-ou-marche-de-dupes/>; MANDAL, *EU-Turkey Refugee Deal Is Vulnerable to Legal Challenge*, 16 marzo 2016, <https://www.chathamhouse.org/expert/comment/eu-turkey-refugee-deal-vulnerable-legal-challenge>.

<sup>18</sup> In argomento, v. PEERS, ROMAN, *The EU, Turkey and the Refugee Crisis: What could possibly go wrong?*, 5 febbraio 2016, <http://eulawanalysis.blogspot.it/2016/02/the-eu-turkey-and-refugee-crisis-what.html>.

<sup>19</sup> V. Corte EDU, *Factsheet – Collective expulsions of aliens*, [http://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Collective\\_expulsions\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Collective_expulsions_ENG.pdf).

lità di considerare la Turchia Paese terzo sicuro, secondo i criteri elencati nell'art. 38, par. 1<sup>20</sup> della "Direttiva procedure". In base ai principi contenuti in tale disposto, la sicurezza di uno Stato va sempre esaminata caso per caso. Per quanto riguarda la Turchia, sorgono seri dubbi circa la sua configurabilità di Paese terzo sicuro. La Turchia ha ratificato la Convenzione di Ginevra del 1951 e il suo Protocollo del 1967, tuttavia, limita il riconoscimento dello *status* di rifugiato ai cittadini degli Stati parte del Consiglio d'Europa. La nuova legge turca del 2013 in materia di asilo<sup>21</sup> ha previsto la possibilità di estendere lo *status* di rifugiato anche a cittadini di Paesi non europei, circoscrivendo tuttavia pesantemente i diritti concessi e consentendo loro di risiedere solo temporaneamente in Turchia. Nel sistema turco poi, i siriani rappresentano un'eccezione nel senso che sono soggetti a un regime speciale di protezione temporanea che evita loro di dover passare attraverso la procedura ordinaria. Tuttavia, anche i siriani possono risiedere in Turchia solo per un certo periodo di tempo e vedono fortemente limitati i loro diritti. Va inoltre rilevato che, nonostante la Turchia riconosca il principio del *non refoulement*, esso è stato violato in diversi episodi, resi noti da ONG internazionali (tra cui *Human Rights Watch*<sup>22</sup> e *Amnesty International*<sup>23</sup>). Non solo, ma la Turchia è stata più volte condannata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo anche per i trattamenti inumani e degradanti e le torture perpetrate nei confronti dei migranti nei centri di detenzione<sup>24</sup>.

<sup>20</sup> Art. 38, par. 1, della Direttiva (UE) 32/2013 (c.d. "procedure"): "Gli Stati membri possono applicare il concetto di paese terzo sicuro solo se le autorità competenti hanno accertato che nel paese terzo in questione una persona richiedente protezione internazionale riceverà un trattamento conforme ai seguenti criteri: a) non sussistono minacce alla sua vita ed alla sua libertà per ragioni di razza, religione, nazionalità, opinioni politiche o appartenenza a un determinato gruppo sociale; b) non sussiste il rischio di danno grave definito nella direttiva 2011/95/UE; c) è rispettato il principio di «non-refoulement» conformemente alla convenzione di Ginevra; d) è osservato il divieto di allontanamento in violazione del diritto a non subire torture né trattamenti crudeli, disumani o degradanti, sancito dal diritto internazionale; e e) esiste la possibilità di chiedere lo status di rifugiato e, per chi è riconosciuto come rifugiato, ottenere protezione (...)".

<sup>21</sup> V. *Law of foreign and international protection*, n. 6458, del 4 aprile 2013, [http://www.goc.gov.tr/files/files/eng\\_minikanun\\_5\\_son.pdf](http://www.goc.gov.tr/files/files/eng_minikanun_5_son.pdf).

<sup>22</sup> V. Human Rights Watch, *Turkey: Syrians Pushed Back at the Border*, 23 novembre 2015, <https://www.hrw.org/news/2015/11/23/turkey-syrians-pushed-back-border>.

<sup>23</sup> Amnesty International, *Europe's Gatekeeper: Unlawful Detention and Deportation of Refugees from Turkey*, 16 dicembre 2015, <https://www.amnesty.org/en/documents/eur44/3022/2015/en/>.

<sup>24</sup> V. Corte EDU, *Abdolkani c. Turchia*, n. 30471/08, 22 settembre 2009; *S.A. c. Turchia*, n. 74535/10, 15 dicembre 2015.

Ai sensi dell'art. 38, par. 2, della "Direttiva procedure", inoltre, l'applicazione del concetto di Paese terzo sicuro è subordinata alle norme stabilite dal diritto nazionale, comprese quelle che prevedono la possibilità per gli Stati membri di rinviare un richiedente asilo verso uno Stato terzo con il quale lo stesso ha un legame tale per cui sarebbe ragionevole per detta persona recarsi in tale Paese<sup>25</sup>. In base a tale norma, al richiedente deve essere riconosciuta la possibilità di ricevere, in quel Paese, protezione ai sensi della Convenzione di Ginevra del 1951 sullo *status* di rifugiato. Inoltre, in tale Paese il richiedente non deve essere a rischio di persecuzione, *refoulement* e altre forme di violazione dell'art. 3 della CEDU. Da ultimo, sempre ai sensi dell'art. 38, la sicurezza di uno Stato terzo deve essere accertata caso per caso. Non va infine dimenticato che la Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>26</sup> e la Corte di giustizia dell'Unione europea<sup>27</sup>, in numerose decisioni, hanno ribadito che non si può rinviare un richiedente asilo verso un Paese nel quale egli rischi di subire trattamenti inumani o degradanti, in violazione del principio del *non refoulement*.

Recentemente, tuttavia, nel caso *Mirza*<sup>28</sup>, la Corte di Giustizia dell'UE ha fornito un'interpretazione piuttosto "evolutiva" del concetto di "Stato terzo sicuro" alla luce del principio del *non refoulement*. Il ricorrente, un cittadino di origine pakistana, Shiraz Baig Mirza, ad agosto 2015 entra illegittimamente in Ungheria attraversando la frontiera con la Serbia. Dopo aver inoltrato richiesta di protezione internazionale, fugge dall'Ungheria. Le autorità magiare chiudono l'esame della sua domanda di asilo. Mentre il richiedente cerca di raggiungere l'Austria, viene fermato dalla polizia della Repubblica Ceca, la quale chiede all'Ungheria di riprenderlo in carico. L'Ungheria, tuttavia, decide di non riesaminare la richiesta di protezione internazionale già presentata, ma di rinviare direttamente il richiedente in Serbia, considerato Paese terzo sicuro. Il richiedente presenta ricorso alla Corte di giustizia, la quale con sentenza del 17 marzo 2016 interpreta l'art. 3, par. 3, del Regolamento Dublino "nel sen-

<sup>25</sup> V. art. 38, par. 2, lett. a) della Direttiva 2013/32/UE.

<sup>26</sup> V. Corte EDU, *M.S.S. c. Belgio e Grecia* n. 30696/09, 21 gennaio 2011; *Hirsi Jamaa e altri c. Italia* n. 27765/09, 23 febbraio 2012; *Sharifi e altri c. Italia e Grecia*, n. 16643/09, 21 ottobre 2014.

<sup>27</sup> V. Corte giust., *N.S. c. Secretary of State for the Home Department e M.E.*, 21 dicembre 2011, C-411/10 e 493/10, in *Racc.* 2011, I-13905; *Shamso Abdullahi c. Bundesasylamt*, 10 dicembre 2013, C-394/12, pubblicata nella Raccolta digitale; *Zuheyr Frayeh Halaf c. Darzhavna agentsia za bezhantsite pri Ministerskia savet*, 30 maggio 2013, C-528/11, pubblicata nella Raccolta digitale.

<sup>28</sup> V. Corte giust., *Shiraz Baig Mirza v. Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal*, 17 marzo 2016, C-695/15 PPU, pubblicata nella Raccolta digitale.

so che esso non osta all'invio di un richiedente protezione internazionale in un Paese terzo sicuro, quando lo Stato membro che effettua il trasferimento del suddetto richiedente verso lo Stato membro competente non sia stato informato, nel corso della procedura di ripresa in carico, né della normativa di quest'ultimo Stato membro relativa all'invio dei richiedenti in Paesi terzi sicuri né della prassi delle proprie autorità competenti in materia.<sup>29</sup> Inoltre la Corte interpreta anche l'art. 18, par. 2, dello stesso regolamento "nel senso che, in caso di ripresa in carico di un richiedente protezione internazionale, esso non richiede che la procedura di esame della domanda di quest'ultimo sia ripresa dalla fase in cui era stata interrotta"<sup>30</sup>.

La sentenza, accogliendo le difese dell'Ungheria, apre un precedente significativo in quanto parrebbe autorizzare gli Stati membri a trasferire verso un Paese terzo "sicuro" un richiedente asilo che ha lasciato lo Stato membro competente, prima che la sua domanda di protezione internazionale sia stata esaminata all'interno dell'Unione. La sentenza suscita alcune perplessità sia in relazione alla reale tutela del diritto a un ricorso giurisdizionale effettivo in capo al richiedente asilo, sia per quanto riguarda il rispetto del divieto di *refoulement*. In relazione al principio del *non refoulement*, il problema risiede nell'utilizzo, da parte della Corte di giustizia, della presunzione di sicurezza per giustificare il rinvio del richiedente verso un altro Paese non membro dell'UE. Si potrebbe, infatti, concretizzare la violazione di questo principio rinviando un richiedente asilo verso un Paese terzo, anche se inserito in un elenco di Paesi sicuri. La Corte di giustizia non contempla questa evenienza e non pare adottare alcuna precauzione per prevenire possibili lesioni dei diritti. Inoltre, in questo caso, si potrebbe configurare anche la violazione dell'art. 13 della CEDU sul diritto a un ricorso effettivo. Nel caso in esame, infatti, le autorità magiare non hanno compiuto alcuna previa verifica circa le procedure seguite in Serbia per la trattazione della domanda di asilo, ma si sono limitate ad autorizzare il trasferimento. Eppure, sono stati pubblicati diversi *report* di ONG<sup>31</sup> che evidenziano che la Serbia ha affrontato l'aumento della pressione migratoria con inadeguate strutture recettive, abusi perpetrati dalla polizia, procedure di asilo inadeguate e caratterizzate da ritardi, molti carichi pendenti e percentuali irrisorie di domande accolte.

<sup>29</sup> *Ibid.*, par. 63.

<sup>30</sup> *Ibid.*, par. 66.

<sup>31</sup> V. Human Rights Watch, *World Report 2016 – Serbia*, 27 gennaio 2016, <http://www.refworld.org/docid/56bd992115.html>.

Al contrario, in due casi analoghi (*M.S.S.*<sup>32</sup> e *Tarakhel*<sup>33</sup>), la Corte europea dei diritti dell'uomo aveva precisato che, per non incorrere in una violazione dell'art 3 della CEDU, lo Stato che procede al trasferimento deve procurarsi idonee garanzie, prima di emettere l'ordine di allontanamento dei richiedenti verso lo Stato competente, procedura che le autorità magiare non hanno seguito. Non va infatti dimenticato che ai sensi dell'art. 38 della "Direttiva procedure", l'accertamento della sicurezza di uno Stato deve essere condotto caso per caso. Verosimilmente, la sentenza *Mirza* è una decisione politica, che ha inteso giustificare l'esternalizzazione delle politiche migratorie adottata dell'UE. Tuttavia, essa appare in netto contrasto con una decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo resa sullo stesso oggetto e contro lo stesso Stato, a distanza di circa un anno dalla sentenza *Mirza*. Nel caso *Ilias and Ahmed*<sup>34</sup> la Corte europea dei diritti dell'uomo ha infatti condannato l'Ungheria a causa delle inadeguate condizioni dei campi di accoglienza dei rifugiati per aver detenuto gli stessi per ventitre giorni senza un provvedimento giurisdizionale. La Corte ha inoltre sospeso il ritorno dei richiedenti in Serbia, dal momento che le autorità hanno omesso di condurre un esame individuale delle domande di asilo.

Un altro profilo di dubbia legittimità dell'accordo Unione europea-Turchia riguarda il principio dell'"uno per uno". Esso contrasta con i principi fondamentali alla base delle politiche di asilo internazionali ed europee, le quali riconoscono la centralità delle circostanze individuali di ogni singolo richiedente. Un tale principio non tiene conto di esse né, tantomeno, delle specifiche vulnerabilità dei migranti. Il sistema, invero, non pone sullo stesso piano i richiedenti, ma sembra punire chi ha tentato di fare ingresso irregolarmente in Europa. Quest'ultimo viene, infatti, rispedito in Turchia. A chi invece non è irregolare viene consentito di fare ingresso in Europa, quale misura premiale. Inoltre, dal momento che tale misura riguarda esclusivamente i richiedenti di origine siriana, si crea una discriminazione basata sulla provenienza che è vietata dall'art. 3 della Convenzione di Ginevra. L'accordo prevede, infatti, che tutti i richiedenti vengano riammessi in Turchia ma che solo i siriani possano essere reinsediati. Il problema è piuttosto serio se si considera che buona parte dei migranti che tentano di entrare in Europa è di origine afgana, iraniana, irachena, pachistana ed eritrea. La maggior parte di loro, dunque, ha fondati motivi per richiedere la protezione internazionale.

<sup>32</sup> Cit. *supra*, n. 26.

<sup>33</sup> Corte EDU, *Tarakhel c. Svizzera*, n. 29217/12, 4 novembre 2014.

<sup>34</sup> V. Corte EDU, *Ilias and Ahmed*, n. 47287/15, 14 marzo 2017.

Sempre nell'ambito della politica di cooperazione con i Paesi terzi rientrano le strategie praticate già da tempo dall'Italia<sup>35</sup> e da altri Paesi europei di frontiera per arginare i flussi migratori e che hanno ottenuto l'avallo dell'Unione europea. Il Consiglio europeo, ad esempio, ha espresso apprezzamento nei confronti dell'Italia, che il 2 febbraio 2017<sup>36</sup> ha siglato un accordo di cooperazione con il governo libico guidato da al-Serraj. La ragione politica sottesa all'incremento della cooperazione con gli Stati terzi deriva dal venir meno dei controlli prima esercitati dai Paesi che si affacciano sul Mediterraneo meridionale e orientale per conto dei Paesi europei. Fenomeni come la primavera araba, la caduta del governo Gheddafi, il conflitto siriano e il dilagare dell'Isis hanno prodotto un crollo della stabilità istituzionale in quei Paesi. Il vuoto di potere ha favorito l'espandersi delle attività criminali, incrementando in particolare il traffico di esseri umani. In base al testo del *Memorandum*, Italia e Libia mirano a risolvere "alcune questioni che influiscono negativamente sulle Parti, tra cui il fenomeno dell'immigrazione clandestina e il suo impatto, la lotta contro il terrorismo, la tratta degli esseri umani e il contrabbando di carburante". In particolare, il contenuto dell'accordo prevede che: le parti si impegnino a cooperare per il "sostegno alle istituzioni

<sup>35</sup> In base ai Protocolli di cooperazione, firmati a Tripoli il 29 dicembre 2007 da Italia e Libia, i due Paesi avevano deciso di sviluppare un rapporto di collaborazione nella lotta all'immigrazione clandestina. I due protocolli, messi a punto dopo un lungo e riservato negoziato, sono però rimasti inattuati, finché, a febbraio 2009, è stato ratificato il Trattato di amicizia siglato dai due Paesi, il 30 agosto 2008. V. Legge n. 7 del 6 febbraio 2009, ratifica ed esecuzione del Trattato di amicizia, partenariato e cooperazione tra la Repubblica italiana e la Grande Giamahiria araba libica popolare socialista, fatto a Bengasi il 30 agosto 2008, in *GU* del 18 febbraio 2009. La legge incorpora anche il testo del Trattato. Per un commento al Trattato, v. RONZITTI, *Il trattato Italia-Libia di amicizia, partenariato e cooperazione*, in *Contributi di Istituti di ricerca specializzati*, Servizio Studi-Servizio Affari internazionali, Senato della Repubblica, gennaio 2009, n. 108, in [www.iai.it](http://www.iai.it); ID., *Luci e ombre del Trattato tra Italia e Libia*, in [www.affarinternazionali.it](http://www.affarinternazionali.it), 8 febbraio 2009. Il 23 febbraio 2012, tale accordo è valso la condanna all'Italia da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo, nel caso *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, cit. *supra*, n. 26, pubblicata in *Riv. coop. giur. inter.*, 2014, 237-250. La Corte infatti ha condannato l'Italia per la pratica dei respingimenti dei migranti operati in alto mare, perché in contrasto con il divieto di *refoulement* e con il diritto di asilo, e ha sancito un'applicazione extraterritoriale della CEDU, cioè in alto mare, zona sottratta alla sovranità degli Stati.

<sup>36</sup> Al fine di attuare gli accordi sottoscritti tra le Parti in merito, tra cui il Trattato di Amicizia, Partenariato e Cooperazione firmato a Bengasi il 30 agosto 2008, e in particolare l'articolo 19 dello stesso Trattato, la Dichiarazione di Tripoli del 21 gennaio 2012 e altri accordi e *memorandum* sottoscritti in materia, il 2 febbraio 2017 il Governo Italiano e il Governo di Riconciliazione Nazionale dello Stato di Libia hanno sottoscritto un "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", disponibile all'indirizzo <http://www.governo.it/sites/governoNEW.it/files/Libia>.

di sicurezza e militari (libiche) al fine di arginare i flussi di migranti illegali” (art. 1); l'Italia fornisca “supporto tecnico e tecnologico” alla Guardia costiera libica per chiudere il confine meridionale della Libia (art. 2), principale punto di transito per i migranti dell'Africa subsahariana; le parti si impegnino a intraprendere azioni di “adeguamento e finanziamento” di quelli che eufemisticamente vengono definiti “centri di accoglienza” esistenti in Libia, che sono, invece, veri e propri centri di detenzione, dove viene perpetrato ogni genere di trattamento inumano e degradante, nonché la tortura; le parti si impegnano “a proporre, entro tre mesi [...] una visione di cooperazione euro-africana più completa e ampia, per eliminare le cause dell'immigrazione clandestina”. L'Italia, poi, si impegna a provvedere al finanziamento di tutte le iniziative previste dall'accordo, compreso “l'avvio di programmi di sviluppo [...] nelle regioni libiche colpite dall'immigrazione illegale”.

Il *Memorandum* in commento suscita diverse perplessità. Innanzitutto nulla viene specificato in merito al trattamento dei migranti trattenuti in Libia. La Libia, infatti, non è parte della Convenzione di Ginevra sullo *status* di rifugiato e, di conseguenza, identifica tutti i migranti illegali come criminali, imprigionandoli, senza riguardo al fatto che, in ragione della loro provenienza o storia personale, possano aver diritto alla protezione internazionale. Inoltre, la Libia, non essendo tenuta al rispetto nemmeno di altre norme contenute in fonti di diritto internazionale, come la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, non offre nessun tipo di tutela dei diritti dei migranti. Di conseguenza, l'articolo del *Memorandum* in base al quale “le parti si impegnano ad interpretare” gli impegni assunti “nel rispetto degli obblighi internazionali e degli accordi sui diritti umani di cui i due Paesi siano parte” (art. 5 del *Memorandum*) potrebbe apparire una formula vuota. Ne deriva però che l'Italia, con questo accordo, si sottrae ai suoi obblighi internazionali e viola apertamente il divieto di *refoulement* in quanto espone i migranti a trattamenti inumani e degradanti. Non va dimenticato che un analogo accordo concluso nel 2009 sempre con il governo libico<sup>37</sup>, nel 2012 è valso la condanna all'Italia, per violazione del divieto di *refoulement*, da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo, nel caso *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*<sup>38</sup>.

Il *Memorandum* presenta dubbi profili di legittimità anche dal punto di vista formale, per quanto riguarda i soggetti legittimati alla sua stipulazione, sia per quanto riguarda l'Italia sia per quanto concerne la Libia. In relazione all'Italia, il trattato è stato concluso dal governo in violazio-

<sup>37</sup> V. *supra*, n. 35.

<sup>38</sup> Cit. *supra*, n. 26.

ne dell'art. 80 della Costituzione, a norma del quale i trattati di natura politica e comunque quelli che comportino oneri alle finanze devono essere ratificati con una legge del Parlamento. Anche volendo accettare l'improbabile conclusione che l'accordo venga finanziato dall'Italia "senza oneri aggiuntivi per il bilancio dello Stato" (art. 4 del *Memorandum*), non si può tralasciare il fatto che non si tratta di un accordo meramente tecnico, ma di un trattato che ha indubitabilmente natura politica e che richiederebbe l'intervento del Parlamento, il quale tuttavia negli ultimi tempi è stato sempre "escluso" dalla conclusione di accordi che rientrano nella politica di esternalizzazione delle frontiere.

Anche per quanto concerne la Libia, possono formularsi analoghe critiche. Infatti, il 22 marzo 2017 il Tribunale amministrativo di Tripoli<sup>39</sup> ha sospeso, in via cautelare, l'applicazione del *Memorandum*. È stata sollevata la legittimità dell'accordo, in quanto lo stesso è stato firmato da un'autorità, quella del Governo di Riconciliazione Nazionale, che non avrebbe il potere formale per stipulare accordi internazionali in nome dello Stato di Libia in quanto non controlla una parte del territorio libico e non ha il riconoscimento formale da parte di forze politiche che le contendono l'amministrazione e il controllo del Paese. Tuttavia, nonostante la decisione del Tribunale di Tripoli, l'attuazione del *Memorandum* continua.

#### *4. Il ricollocamento e il reinsediamento dei richiedenti asilo come via per garantire un accesso legittimo all'UE*

Un'altra strategia messa in campo dalle istituzioni per far fronte alla crisi migratoria e, soprattutto, per consentire a chi è bisognoso di protezione internazionale di fare accesso legalmente in Europa, riguarda i piani di reinsediamento e di ricollocamento dei richiedenti asilo.

Per reinsediamento si intende il trasferimento di cittadini di Paesi terzi o apolidi, riconosciuti bisognosi di protezione internazionale, in uno Stato membro dell'UE in cui sono ammessi per motivi umanitari o come rifugiati. Nell'aprile 2015, il Consiglio europeo ha messo in evidenza la necessità di istituire un primo progetto pilota volontario in materia di reinsediamento in tutta l'UE, al fine di aumentare il numero di posti offerti alle persone bisognose di protezione. Il 25 giugno 2015, ha deciso che tutti gli Stati membri partecipino al reinsediamento di 20.000 perso-

<sup>39</sup> V. <https://www.libyaherald.com/2017/03/22/tripoli-court-blocks-serrajs-migrant-deal-with-italy-effect-unclear>, 22 marzo 2017.

ne bisognose di protezione internazionale nell'arco di due anni. Il 22 luglio 2015, il Consiglio ha adottato conclusioni<sup>40</sup> che definiscono i dettagli di tale reinsediamento. Sempre nel piano di reinsediamento si colloca l'accordo UE-Turchia del marzo 2016, di cui si è detto. Inoltre, nel quadro dell'agenda europea sulla migrazione, la Commissione ha presentato, nel maggio 2015, una raccomandazione relativa a un programma di reinsediamento europeo con una procedura unificata. Nel luglio 2016, sempre la Commissione ha proposto l'istituzione di un quadro per il reinsediamento attraverso una procedura unificata in tutta l'UE. Tale nuovo quadro dovrebbe essere attuato mediante un piano annuale di reinsediamento adottato dal Consiglio su proposta della Commissione<sup>41</sup>.

Il piano di ricollocamento, volto invece a promuovere il trasferimento di richiedenti asilo da uno Stato membro all'altro, è stato inaugurato al fine di risolvere il problema dell'intasamento dei sistemi di asilo di alcuni Stati come l'Italia e la Grecia, Stati di primo arrivo. Al riguardo, si è preferito non mettere mano al meccanismo Dublino, ma si è operato nell'ambito di una c.d. "redistribuzione dei richiedenti asilo", sulla base dell'art. 78, par. 3, TFUE. Si tratta di una misura temporanea, volta ad affrontare unicamente un'emergenza e sulla quale è stato molto difficile trovare un consenso unanime. L'intervento delle istituzioni europee sul ricollocamento è approdato all'adozione di due decisioni: la n. 1523/2015 del 14 settembre 2015<sup>42</sup> e la n. 2015/1601 del 22 settembre 2015<sup>43</sup>. Tali decisioni, che prevedono il ricollocamento di 160.000 richiedenti asilo fino al settembre 2107, sono in tutto e per tutto vincolanti, devono essere rispettate e applicate da tutti gli Stati membri (anche qualora si fossero espressi in senso contrario durante le votazioni), a eccezione di Regno Unito, Irlanda e Danimarca. Questi Stati hanno comunque la possibilità di parteciparvi se interessati. Ciò vale anche per i c.d. "Stati associati" (Islanda, Norvegia, Svizzera e Liechtenstein). Le due decisioni si applicano nei confronti delle persone che hanno presentato

<sup>40</sup> V. *Conclusioni dei rappresentanti dei governi degli Stati membri riuniti in sede di Consiglio sul reinsediamento, attraverso programmi multilaterali e nazionali, di 20.000 persone in evidente bisogno di protezione internazionale*, ASIM 62 RELEX 633, 22 luglio 2015, <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-11130-2015-INIT/it/pdf>.

<sup>41</sup> V. *Potenziare i canali legali: la Commissione propone di creare un quadro comune dell'UE in materia di reinsediamento*, Comunicato stampa, 13 luglio 2016,

<sup>42</sup> Dec. UE n. 1523/2015 del Cons., del 14-9-2015, che istituisce misure temporanee nel settore della protezione internazionale a beneficio dell'Italia e della Grecia, in GU L 239, 15.9.2015, pp. 146-156.

<sup>43</sup> Dec. UE 1601/2015 del Cons., del 22-9-2015, che istituisce misure temporanee nel settore della protezione internazionale a beneficio dell'Italia e della Grecia, L 248, 24.9.2015, pp. 80-94.

domanda di protezione internazionale in Italia o in Grecia e nei cui confronti “tali Stati sarebbero stati altrimenti responsabili” in base ai criteri del Regolamento Dublino. Ulteriore criterio per l’applicazione delle decisioni consiste nel possesso di una nazionalità che, “in base agli ultimi dati medi trimestrali Eurostat aggiornati disponibili per tutta l’Unione”, consente l’ottenimento della protezione internazionale in prima istanza almeno nel 75% dei casi. A oggi, questo requisito è soddisfatto da siriani, eritrei e iracheni<sup>44</sup>. Tali decisioni mostrano le due facce della solidarietà: da un lato mirano al ricollocamento dei migranti in altri Stati membri, derogando alla regola posta da Dublino; dall’altro lato, esse hanno richiesto agli Stati beneficiari, cioè Italia e Grecia, di creare i c.d. “*hot-spot*”<sup>45</sup>, ovvero strutture istituite nelle zone di arrivo e allestite affinché le autorità nazionali possano procedere all’identificazione e al prelievo delle impronte dei migranti. Infatti, il prerequisito essenziale per la loro applicazione è l’obbligo di rilevare tali impronte.

Allo stato dell’arte, si deve rilevare che le misure in questione non hanno sortito l’effetto di alleggerire la pressione sul sistema di asilo di Italia e Grecia. Nella risoluzione del 18 maggio 2017<sup>46</sup>, il Parlamento europeo ha tirato le somme proprio in relazione al piano di ricollocamento. Come si è detto, questo mirava al ricollocamento in altri Stati membri di 160.000 richiedenti asilo dall’Italia e dalla Grecia. Tuttavia i risultati non sono stati quelli sperati. Gli obblighi rispettati equivalgono in percentuale solo all’11% delle promesse fatte<sup>47</sup>. A margine di queste considerazioni il Parlamento ha espresso rammarico per tali insuccessi, ha esortato gli Stati membri ad adempiere ai propri obblighi con il Consiglio e ad accettare il ricollocamento di richiedenti asilo dalla Grecia e dall’Italia, anche se giunti dopo il 20 marzo 2016 (i ricollocamenti dalla Grecia sono consentiti solo per i richiedenti asilo giunti nel paese ellenico entro il 20 marzo 2016). Ha, infine, espresso compiacimento per l’annuncio, da parte della Commissione, di future procedure d’infrazione contro gli Stati

<sup>44</sup> Circa l’entrata in vigore e l’ambito temporale di applicazione, la decisione del 14 settembre si applica fino al 17 settembre 2017 e nei confronti di persone arrivate in Italia o Grecia dal 16 settembre 2015 (dal 15 agosto 2015 se hanno già richiesto asilo) al 17 settembre 2017, mentre la decisione del 22 settembre si applica fino al 26 settembre 2017 e nei confronti di persone arrivate in Italia o Grecia dal 25 settembre 2015 (24 marzo 2015 se hanno già richiesto asilo) al 26 settembre 2017.

<sup>45</sup> V. MORGESE, *Recenti iniziative dell’Unione europea per affrontare le crisi dei rifugiati*, in *Diritto Immigrazione e Cittadinanza*, 2015(3-4), pp. 18 ss.

<sup>46</sup> V. Risoluzione del Parlamento europeo del 18 maggio 2017 su come far funzionare la procedura di ricollocazione – 2017/2685(RSP).

<sup>47</sup> Al 27 aprile 2017 sono stati ricollocati soltanto 17.903 richiedenti asilo, 12.490 dei quali dalla Grecia e 5.413 dall’Italia.

che non incrementeranno rapidamente i loro ricollocamenti e ha invitato la Commissione a proporre la proroga delle misure di ricollocamento fino all'adozione della rifusione del Regolamento Dublino, presentata il 4 maggio 2016. Gli inviti del Parlamento, tuttavia, non appaiono particolarmente risolutivi, considerato che, da un lato, Stati come la Slovacchia e l'Ungheria hanno proposto ricorso dinnanzi alla Corte di Giustizia dell'Unione europea<sup>48</sup> per chiedere l'annullamento della Decisione (UE) 2015/1601 del Consiglio, del 22 settembre 2015, e dall'altro, la via verso l'adozione del nuovo Regolamento Dublino IV appare piuttosto perigliosa. Per quanto riguarda i ricorsi pendenti, recentemente l'avvocato generale Yves Bot, nelle conclusioni presentate il 26 luglio 2017<sup>49</sup>, ha sostenuto che essi devono essere respinti, ritenendo pienamente legittima la decisione sul sistema di quote, in quanti tale meccanismo contribuisce realmente e in modo proporzionato a far sì che la Grecia e l'Italia possano far fronte alle conseguenze della crisi migratoria del 2015. Secondo l'avvocato generale il trattato di Lisbona conferisce al Consiglio il potere di adottare misure temporanee in materia di asilo in presenza di una situazione di emergenza chiaramente individuata, ai sensi dell'art. 78 TFUE. Al riguardo, egli ha sottolineato che la decisione impugnata non può essere qualificata come atto legislativo alla luce del suo contenuto, perché il TFUE segue un approccio meramente formale per differenziare gli atti legislativi dagli atti non legislativi. Infatti, solamente gli atti adottati secondo una procedura legislativa (ordinaria o speciale) possono essere considerati atti legislativi. Di conseguenza, le procedure, come quella prevista all'art. 78, paragrafo 3, TFUE, il cui svolgimento è simile a quello delle procedure legislative speciali ma che non sono espressamente qualificate come tali dal TFUE, devono essere considerate procedure non legislative che sfociano nell'adozione di atti non legislativi. Ciò premesso, secondo l'avvocato generale, la decisione impugnata costituisce un atto non legislativo adottato sul fondamento dell'art. 78, paragrafo 3, TFUE. Ne consegue che la decisione ha previsto solo una deroga temporanea dalle norme dell'UE, come dimostra la sua limitata applicazione

<sup>48</sup> V. Corte giust., 2 dicembre 2015, ricorso in annullamento della decisione (UE) 1601/2015 nella causa C-643/15, *Repubblica slovacca c. Consiglio dell'Unione europea*; 3 dicembre 2015, ricorso nella causa C-647/15, *Ungheria c. Consiglio dell'Unione europea*. I due ricorsi sono attualmente ancora pendenti. I motivi alla base del ricorso slovacco sono stati pubblicati: si tratta di sei punti in cui si lamenta la violazione di principi generali dell'ordinamento UE, quale quello di proporzionalità, ma anche di democrazia partecipativa ed equilibrio istituzionale, nonché la violazione delle forme sostanziali.

<sup>49</sup> Conclusione dell'avvocato generale Yves Bot, presentate il 26 luglio 2017, cause C-643/15 e C-647/15, *supra* n. 48.

temporale (ossia dal 25 settembre 2015 al 26 settembre 2017) e, pertanto, non ha comportato alcun abuso della procedura legislativa ordinaria.

Infine, secondo un rapporto interno del Consiglio<sup>50</sup>, l'obiettivo del piano di ricollocamento verrà difficilmente conseguito anche se negli ultimi mesi si sono avuti timidi segnali di miglioramento. Permangono, infatti, problemi organizzativi, di scambio delle informazioni e di capacità ricettiva.

### 5. La riforma del sistema europeo comune di asilo

La crisi umanitaria che l'Europa sta vivendo negli ultimi tempi ha dimostrato che l'anello più debole di tutte le politiche migratorie europee è rappresentato dal sistema comune di asilo. Difatti, le riforme introdotte con il c.d. "pacchetto asilo di seconda generazione", che ha sostituito il precedente<sup>51</sup> e che comprende il Regolamento Dublino III, la direttiva

<sup>50</sup> Consiglio dell'Unione europea, *Migration – Implementation*, LIMITE doc no. 12730 – 16, 3 ottobre 2016.

<sup>51</sup> Il c.d. "Pacchetto asilo di prima generazione", comprendente la c.d. "Direttiva qualifiche" (n. 83/2004), la c.d. "Direttiva procedure" (n. 85/2005), la "Direttiva accoglienza" (n. 9/2003) e il Regolamento Dublino II, è stato modificato e sono stati adottati quattro nuovi strumenti legislativi, con l'obiettivo di gettare le basi del "Sistema europeo comune di asilo". La nuova "Direttiva qualifiche" ha visto la luce nel 2011 (Direttiva (UE) 95/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 dicembre 2011 recante norme sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno *status* uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta (rifusione), in *GUUE* L 337/2011, pp. 9 ss.). Tale direttiva è stata attuata con d.lgs. del 21 febbraio 2014, n. 18. In data 26 giugno 2013 sono state approvate la nuova "Direttiva procedure" (Direttiva (UE) n. 32/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello *status* di protezione internazionale (rifusione), in *GUUE*, L 180/2013 pp. 60 ss.) e la nuova "Direttiva accoglienza" (Direttiva UE n. 33/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale (rifusione), in *GUUE* L 180/2013, pp. 96 ss.), che sono state attuate nel nostro ordinamento con il d.lgs. 18 agosto 2015 n. 142, sul quale v. MORANDI, SCHIAVONE, *Analisi delle norme in materia di accoglienza dei richiedenti protezione internazionale e di procedura per il riconoscimento della protezione internazionale alla luce dell'entrata in vigore del d.lgs. 142/2015*, in *Diritto Immigrazione e Cittadinanza*, 2015(3-4), pp. 84-116; VIRZÌ, *La logica dell'accoglienza: un commento al d.lgs. n. 142/2015*, *ibid.*, pp. 117-141; SAVIO, *La nuova disciplina dell'accoglienza*, *ibid.*, pp. 142-161. Nella stessa data è stato approvato il Regolamento UE n. 604/2013, ovvero il c.d. "Dublino III" (Regolamento UE n. 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide (rifusione), in

c.d. “qualifiche” (n. 95/2011), la direttiva c.d. “procedure” (n. 32/2013) e la direttiva c.d. “accoglienza” (n. 33/2013), non si sono rivelate sufficienti e adeguate e, soprattutto, non sono state in grado di superare le aporie dell’attuale sistema contenute, in particolare, nel Regolamento Dublino. Il legislatore europeo, infatti, non ha voluto operare un taglio netto con il passato, eliminando il meccanismo in esso previsto che attribuisce la competenza a trattare la domanda di asilo allo Stato membro di primo arrivo<sup>52</sup>. I sistemi di accoglienza dei Paesi lungo i confini dell’UE, naturalmente più esposti alle ondate migratorie, sono ormai al collasso. L’applicazione rigorosa delle norme previste dal sistema Dublino, inoltre, rischia di ledere i diritti dei richiedenti asilo, in particolare il divieto di *refoulement*, quando questi ultimi sono rinviati verso Stati membri di primo arrivo che non sono in grado di offrire loro sostegno e protezione, come hanno messo in luce diverse sentenze della Corte europea dei diritti dell’uomo<sup>53</sup> e della Corte di Giustizia dell’Unione europea<sup>54</sup>.

Le istituzioni hanno pertanto cercato di avanzare alcune proposte di riforma, rimaste tuttavia lettera morta, volte a introdurre modifiche più incisive nel sistema Dublino<sup>55</sup>. Facendo seguito al fallimento e alla mancata adozione di tali proposte, il 4 maggio 2016<sup>56</sup> è stato presentato un nuovo pacchetto di riforme che, rispetto ai precedenti, ha un più ampio respiro ponendosi, insieme alla proposta di riforma del Regolamento n.

*GUUE*, L 180/2013, pp. 31 ss.). Su di esso v. PAPPALARDO, *Respingimenti in mare ed emergenza immigrazione: nuove prospettive nel sistema Dublino III*, in *Comunità Internazionale*, 2013, pp. 793-814.

<sup>52</sup> V. TSOUARDI, DE BRUYCKER, *EU asylum policy: In search of solidarity and access to protection*, Migration Policy Centre Policy Brief n. 6, 2015, reperibile al sito [www.migrationpolicycentre.eu](http://www.migrationpolicycentre.eu); BASILIEN-GAINCHE, *La norme et l’exception: l’effectivité en peril du droit d’asile en Europe*, in *Annuaire de Droit de l’Union Européenne*, 2013, pp. 3-29.

<sup>53</sup> V. tra le più significative Corte EDU, *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, *Hirsi Jamaa e altri c. Italia* e *Sharifi et al. c. Italia* (tutte citate *supra*, n. 26)

<sup>54</sup> V. *N.S., Abdullahi e Halaf* (tutte citate *supra*, n. 27).

<sup>55</sup> V. Comunicazione della Commissione europea, *Riformare il Sistema europeo comune di asilo e potenziare le vie d’accesso legali all’Europa*, COM (2016) 197, nella quale la Commissione aveva ipotizzato due possibili vie per introdurre tale riforma. La prima, definita meccanismo di equità correttiva, mirava a introdurre un meccanismo in grado di adeguare tale attribuzione in determinate circostanze, come nel caso di massicci afflussi. L’altra via per riformare Dublino, secondo la Commissione, poteva consistere nella creazione di un nuovo sistema di ripartizione delle domande di asilo nell’UE, basato su una chiave di distribuzione che riflettesse le dimensioni, la ricchezza e le capacità di assorbimento degli Stati membri in termini relativi. A differenza che nella prima opzione, la maggior parte dei richiedenti, al momento di presentare una domanda in qualsiasi Paese dell’UE, sarebbero direttamente assegnati, sulla base della chiave di distribuzione, a un altro Stato membro.

<sup>56</sup> COM (2016)270.

603/2013 (Eurodac)<sup>57</sup> e del Regolamento n. 439/2010, che istituisce l'Ufficio per il sostegno per l'asilo (EASO)<sup>58</sup>, come il primo passo verso la modifica dell'intero sistema europeo comune di asilo che è stata completata, in una seconda fase, il 13 luglio 2016, grazie alla presentazione delle proposte di rifusione della "Direttiva accoglienza"<sup>59</sup> e di trasformazione della "Direttiva qualifiche"<sup>60</sup> e della "Direttiva procedure"<sup>61</sup> in due regolamenti.

Anche se la trasformazione di direttive in regolamenti viene introdotta con l'intento dichiarato di utilizzare strumenti dotati di efficacia diretta, volti a creare una procedura uniforme di asilo in tutti gli Stati UE, in realtà l'obiettivo sotteso è quello di imbrigliare maggiormente la discrezionalità degli Stati membri, anche di quelli più generosi. In particolare, alcune delle proposte sul campo si inseriscono nel solco della recente politica europea tendente a "esternalizzare" le misure in materia migratoria, la cui sublimazione si è riscontrata, come si è visto, negli accordi Unione europea-Turchia del 17 marzo 2016 ed è stata confermata negli accordi conclusi dai singoli Stati membri, come nel caso del *Memorandum* Italia-Libia del 2 febbraio 2017. Nelle proposte di regolamento Dublino e di regolamento "procedure", infatti, si trovano gli stessi principi ispiratori dell'accordo con la Turchia per quanto concerne il potere di "screening" affidato al Paese di primo approdo, con il richiamo al concetto di Paese terzo sicuro e di Paese di origine sicuro come espediente per ridurre il numero dei possibili richiedenti asilo e per velocizzare le procedure per il riconoscimento dei diversi *status* di protezione.

Tra le proposte di modifica avanzate, è da dire che l'idea di estendere la nozione di familiare ai parenti stretti del richiedente, prevista nella proposta di "regolamento accoglienza", appare, invece, una modifica sicuramente degna di nota. Allo stesso modo, positivo appare il rafforzamento delle garanzie procedurali, relativamente al colloquio personale del richiedente, al diritto all'assistenza gratuita e al tutoraggio per i minori non accompagnati, contenute nella proposta di regolamento "procedure".

Tra le misure che fanno parte del pacchetto asilo, particolare attenzione merita la proposta di riforma del Regolamento Dublino, che è lo strumento la cui automatica applicazione ha comportato i problemi più

<sup>57</sup> COM (2016)272.

<sup>58</sup> COM (2016)271.

<sup>59</sup> COM (2016)465.

<sup>60</sup> COM (2016)466.

<sup>61</sup> COM (2016)467.

spinosi. Nella relazione iniziale<sup>62</sup> che precede la proposta, la Commissione evidenzia la necessità di riformare il sistema Dublino al fine di conseguire tre obiettivi principali: migliorare la capacità di determinare, in modo efficiente ed effettivo, un singolo Stato membro responsabile; assicurare l'equa ripartizione della responsabilità tra gli Stati (obiettivo, questo, nuovo perché non è mai stato inserito finora in nessuna proposta di riforma); scoraggiare i movimenti secondari fra gli Stati membri. Nonostante gli obiettivi siano ambiziosi e condivisibili, la Commissione tenta di raggiungerli preservando il sistema Dublino come "pietra angolare" dell'intero SECA, quindi mantenendo invariato il criterio dello Stato di primo ingresso. Tale criterio viene conservato e, anzi, risulta rafforzato dall'obbligo posto in capo al richiedente di formalizzare la domanda di asilo nello Stato di primo arrivo, a pena di un esame accelerato della stessa, ai sensi dell'art. 31 della "Direttiva procedure" (n. 2013/32/UE). Il criterio della competenza dello Stato di primo ingresso subisce, infine, un correttivo, in caso di afflusso spropositato di richiedenti asilo. È stato infatti introdotto un meccanismo che determina una redistribuzione automatica delle domande di asilo fra gli Stati dell'UE, basato sul modello contenuto nelle decisioni sul ricollocamento sopra analizzate.

Uno degli obiettivi principali della proposta è, infine, quello di scoraggiare i movimenti secondari e i rifugiati in orbita (persone rinviate da uno Stato all'altro senza mai vedere la propria domanda esaminata). È pertanto previsto che al richiedente, il quale si sposti senza autorizzazione da uno Stato membro all'altro, potranno essere negate le misure di accoglienza, tranne l'assistenza sanitaria d'urgenza, in tutti gli Stati membri a eccezione di quello in cui dovrebbe trovarsi in attesa della definizione della sua domanda.

## *6. Conclusioni*

Come si è visto, le misure adottate dall'Unione europea per far fronte alla crisi umanitaria si articolano in una serie di settori di intervento che vanno dalla messa in sicurezza delle frontiere, alla cooperazione con gli Stati terzi, ai piani di ricollocamento e reinsediamento dei richiedenti asilo fino alla riforma del sistema europeo comune di asilo (SECA). Tuttavia, i provvedimenti approvati o in corso di approvazione presentano limiti evidenti e, sicuramente, non rispondono alle caratteristiche dell'efficacia, sicurezza e umanità auspiccate. Essi si ispirano, infatti, a

<sup>62</sup> COM (2016)270, pp. 3-4.

una logica “difensiva” e di “contenimento” dei flussi migratori e contraddistinta dalla tendenza alla criminalizzazione dei migranti, alla messa in sicurezza delle frontiere e all’esternalizzazione dei controlli, affidati a Stati che non appartengono all’Unione, come la Libia e la Turchia. La politica europea di mero contenimento, tuttavia, non è in grado, da sola, di estirpare alla radice le cause dell’immigrazione e, dunque, di arginare l’afflusso di migranti nel medio e lungo termine. Anzi, essa produce effetti distorsivi contribuendo ad accrescere il circuito dell’immigrazione illegale e un diffuso senso di insicurezza.

Proprio all’interno della strategia “difensiva” dell’UE, sono state adottate, come si è visto, misure volte a mettere in sicurezza le frontiere esterne, che hanno portato all’istituzione della guardia di frontiera e costiera europea, al rafforzamento dei controlli alle frontiere esterne e alla creazione dei c.d. *hotspot*, in Grecia e in Italia, destinati al fotosegnalamento dei migrati per facilitare il ricollocamento degli stessi. Queste misure hanno una natura piuttosto ambigua: da un lato, infatti, il loro obiettivo è quello di contenere i flussi migratori, dall’altro mirano altresì a garantire maggiore sicurezza contro eventuali attentati terroristici. Tali provvedimenti sono sicuramente in linea con il paradigma securitario impresso all’immigrazione, che ha conosciuto il suo apogeo e la sua “legittimazione” in seguito agli attentati dell’11 settembre del 2001, quando le politiche migratorie sono state asservite all’obiettivo della lotta al terrorismo. Il fatto che gli autori degli attentati fossero stranieri ha fatto sorgere dubbi sulla sicurezza dei confini. E, come conseguenza, molti Stati, specialmente gli Stati Uniti e gli Stati membri dell’Unione europea, hanno adottato una serie di misure per rafforzarne la sicurezza<sup>63</sup>. Non stupisce quindi che ancora oggi, in un contesto in cui la minaccia terroristica è in continua e in rapida ascesa, le politiche migratorie continuino a essere asservite all’obiettivo della sicurezza. Un simile approccio spinge le istituzioni europee ad approvare misure ad ampio spettro, legate allo stesso tempo alla immigrazione, alle frontiere e a ragioni di sicurezza, confondendo però il fine specifico di ogni atto legislativo e anche il confine relativo a quale forma di intervento sia più giustificata in ciascun caso. In un’Unione europea vista come uno spazio di libertà, almeno dai cittadini europei, questi sviluppi appaiono paradossali: non solo i controlli alle frontiere si sono rafforzati e moltiplicati ma, allo stesso tempo, sono stati associati a una crescente sorveglianza generalizzata sul movimento all’interno e all’esterno dell’Unione. I dati personali

<sup>63</sup> WEINZIERL, LISSON, *Border Management and Human Right*, German Institute for Human Rights, 2007.

sono ora raccolti dall'Unione europea in virtù della legislazione sull'immigrazione e non riguardano più solo quelli di specifiche categorie di individui sospetti ma di tutti: dai cittadini degli Stati terzi ai cittadini europei<sup>64</sup>. I provvedimenti adottati, tuttavia, se da un lato hanno contribuito a rendere più sistematici i controlli e a promuovere il processo di integrazione nella gestione comune delle frontiere, obiettivo auspicato dall'art. 77 TFUE, dall'altro non hanno raggiunto l'auspicato risultato di un contenimento dei flussi irregolari.

Come si è visto, un'altra strategia messa a punto per contrastare la crescente ondata migratoria è stata la scelta dell'Unione europea di "esternalizzare" le politiche migratorie e di controllo delle frontiere, ricorrendo alla cooperazione con Paesi terzi, come dimostrano, tra l'altro, l'accordo UE-Turchia del marzo 2016, di cui si è detto, e l'apprezzamento espresso dal Consiglio europeo nei confronti del *Memorandum* firmato dall'Italia con il Governo al-Serraj il 2 febbraio 2017. Il crescente afflusso di migranti ha infatti convinto le istituzioni europee della necessità di ripristinare il controllo operato in precedenza dai Paesi terzi affacciati sul Mediterraneo, incrementando la cooperazione con essi. Tuttavia, tale strategia, anche qualora dovesse consentire di recuperare, tramite lo Stato terzo, un certo grado di controllo sui flussi migratori, può produrre conseguenze molto gravi che gravano su tutti gli attori in gioco. L'Unione europea e/o i suoi Stati membri devono scontare costi di natura economica. Gli Stati terzi di transito, disposti a cooperare, devono accollarsi, per conto dei *partner* europei ma con risorse ben più limitate, i medesimi problemi di accoglienza ed eventuale rimpatrio di masse di migranti. I migranti, infine, "bloccati" in quei Paesi terzi di transito, scontano costi di natura umanitaria, derivanti da *standard* di tutela dei loro diritti fondamentali inevitabilmente molto inferiori rispetto al trattamento riservato loro nei Paesi europei. Le pesanti conseguenze della strategia europea di "esternalizzazione" dei controlli alle frontiere ne determina inevitabilmente un fallimento nel lungo periodo.

L'ultimo importante settore di intervento delineato dall'UE per uscire dalla crisi migratoria è la riforma del sistema europeo comune di asilo. Tuttavia, anche in questo caso, appare doveroso sottolineare che le proposte di modifica avanzate nel 2016 si assestano su posizione retrive e non riescono a superare le attuali aporie del sistema. Soffermandosi sul Regolamento Dublino, dal quale derivano la maggior parte degli attuali

<sup>64</sup> In argomento, v. DE CESARI, *L'evoluzione dell'ordinamento comunitario in materia di diritti delle persone fisiche*, in DE CESARI (a cura di), *Persona e famiglia*, Torino, 2008, pp. 229 ss.; MITSILEGAS, *Contrôle des étrangers, des passagers, des citoyens: surveillance e anti-terrorisme*, in *Culture&Conflicts*, 2005(58), p. 178.

problemi di intasamento dei sistemi di asilo dei Paesi di primo ingresso, si può dire che le riforme sul campo siano poche e non incisive. Nella proposta di Dublino IV, infatti, il criterio dello Stato di primo ingresso, stabilito per la determinazione dello Stato competente, continua a sopravvivere. E nonostante alcuni Stati stiano vivendo un'emergenza migratoria, con i sistemi di asilo ormai al collasso, anche la Corte europea nella recente sentenza del 26 luglio 2017, resa nel caso *Khadija Jafari e Zainab Jafari c. Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl*<sup>65</sup> ha ribadito l'intoccabilità di Dublino, affermando che resta ferma la competenza del primo Stato membro di ingresso anche di fronte alla pratica, messa in atto da alcuni Stati membri di primo arrivo, di "tollerare" il transito sul proprio territorio dei richiedenti asilo intenzionati a chiedere asilo in un altro Stato membro, perché tale forma di transito "autorizzato" non corrisponde a un visto.

Un altro aspetto critico della proposta "Dublino IV" è il meccanismo di ricollocazione previsto in caso di massiccio afflusso, il quale sembra destinato a fallire, al pari di quello regolato nelle decisioni sul ricollocaimento. Il meccanismo correttivo, infatti, si articola in un macchinoso *iter* denso di ostacoli.

Molte perplessità suscita, inoltre, l'idea di bloccare i movimenti secondari, e l'ipotesi di ricorrere addirittura a misure penalizzanti appare paradossale. Attualmente, le percentuali dei "trasferimenti Dublino" richiesti, accettati ed effettivamente eseguiti sono davvero esigue. A queste difficoltà, si aggiungono i tentativi di elusione dell'identificazione al momento dell'arrivo da parte dei migranti, al fine di sottrarsi all'applicazione delle regole di Dublino per poter raggiungere lo Stato membro desiderato. Alla base della volontà di fuggire dal Paese di primo arrivo non vi sono solo le peggiori condizioni di accoglienza che esso potrebbe riservare, quanto l'effetto secondario che deriva dalla coincidenza fra lo Stato competente a trattare la domanda di asilo, lo Stato responsabile della protezione e lo Stato di soggiorno del rifugiato. Infatti, per il richiedente asilo, una volta ottenuto lo *status* di rifugiato non vi è alcun diritto a risiedere in un altro Stato membro per stabilirvisi e ivi intraprendere un'attività lavorativa. Probabilmente, al posto di penalizzare i movimenti secondari, uno degli strumenti giuridici più efficaci per su-

<sup>65</sup> V. Corte giust., 26 luglio 2017, *Khadija Jafari e Zainab Jafari c. Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl*, causa C-646/16, non ancora pubblicata in *Racc.*, disponibile all'indirizzo <http://curia.europa.eu/>. Per approfondimenti, v. DI STASIO, *Il "Sistema Dublino" non è derogabile: note a margine della sentenza della Corte di giustizia del 26 luglio 2017, causa C-646/2016*, Jafari, in *Dirittifondamentali.it*, Fascicolo 2, 4 settembre 2017.

perare l'emergenza avrebbe potuto essere l'introduzione del principio della libera circolazione dei rifugiati, in modo da consentire a chiunque abbia ottenuto lo *status* di rifugiato in un Paese membro di godere del diritto di lavoro, di residenza e di assistenza in ogni altro Stato dell'Unione europea.

È allora evidente che la strategia “difensiva” e di contenimento messa a punto dall'UE è destinata a fallire. Essa, infatti, consegna la gestione dei flussi migratori alle organizzazioni criminali, incrementa il fenomeno della clandestinità e incentiva la frammentazione dell'area Schengen, in considerazione della tendenza dei Paesi membri di transito o di destinazione finale a compensare le inefficienze dei sistemi di controlli alle frontiere esterne con il ripristino dei controlli alle frontiere interne.

A una strategia “difensiva”, volta a preservare l'area Schengen, dovrebbe subentrare una politica che al contenimento dei flussi affianchi una regolamentazione degli stessi, che secondo la Dichiarazione di New York del 19 settembre 2016 contribuisca a renderli “sicuri, ordinati e regolari”. Come suggerito anche nel *Migration Compact*<sup>66</sup> presentato nel 2016 dal governo italiano, ma al quale è stata data scarsa rilevanza in Europa, due dovrebbero essere le linee di intervento: creare maggiori “*legal migration opportunities*” per i c.d. “migranti economici” e istituire vie di accesso legali in Europa per i richiedenti asilo.

Per quanto concerne il primo aspetto, l'Unione europea e i governi nazionali dovrebbero iniziare a regolare l'immigrazione economica in modo realistico e sostenibile, nella consapevolezza che la gestione dell'afflusso regolare e programmato di lavoratori stranieri è meno complessa e onerosa dell'accoglienza e dell'integrazione in via “emergenziale” dei migranti che giungono per vie illegali.

Per quanto riguarda il secondo aspetto, come si diceva, è necessario superare le criticità dell'attuale sistema: da un lato, il Regolamento Dublino finisce per accollare ai Paesi di primo ingresso il peso maggiore in termini di gestione dei flussi; dall'altro, il blocco della libera circolazione dei rifugiati non ne consente una naturale distribuzione sul territorio europeo. Per porre rimedio a queste criticità bisognerebbe creare un vero sistema europeo comune di protezione internazionale, con una procedura

<sup>66</sup> Il 21 aprile 2016, il nostro Governo ha presentato, per mezzo di una missiva indirizzata al Presidente del Parlamento europeo, una proposta legislativa all'Unione europea denominata “*Migration Compact*”, al fine di ridurre i flussi lungo la rotta del Mediterraneo attraverso nuove intese con i Paesi di origine e di transito, in particolare quelli africani, da finanziare con strumenti innovativi come i *bond UE-Africa*, cioè titoli finanziari volti a facilitare l'accesso di questi Paesi ai mercati finanziari, in sinergia con la Banca centrale europea e altre organizzazioni internazionali. V. <http://www.governo.it/sites/governo.it/files/LetteraRenzi.pdf>.

unica di trattazione della domanda, una redistribuzione dei richiedenti effettiva, non emergenziale e basata sulle reali capacità di accoglienza dei richiedenti, e istituire canali di accesso legali in Europa, tramite per esempio la creazione di visti umanitari<sup>67</sup>.

<sup>67</sup> Sul tema dell'istituzione di "canali umanitari" tramite la creazione di visti umanitari si rinvia a: DI STASIO, *La crisi del "Sistema Europeo Comune di Asilo" (SECA) fra inefficienze del sistema Dublino e vacuità del principio di solidarietà*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2017, pp. 241 ss.

# THE TRUST FUND FOR AFRICA: AN EMERGENCY TOOL TO ADDRESS THE ROOT CAUSES OF IRREGULAR MIGRATION?

Francesco AGNELLO\*

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. The “Union trust funds for external actions”. – 3. EU Trust Fund for Africa and its strong international character. – 4. Other peculiarities of the TFA. – 5. Purported advantages of the Trust Fund for Africa: a critical analysis. The leverage effect. – 6. Pooling of resources. – 7. Stronger political visibility for the EU. – 8. Research, data gathering and analysis. – 9. Costs of promptness and flexibility. – 10. Busan core principles for effective development cooperation: ownership and partnership. – 11. Transparency: the role of the European Parliament. – 12. Focus on results – some intrinsic contradictions: emergency approach vs. addressing the root causes. – 13. Overall objectives vs. limited funds. – 14. Cooperation for development vs. addressing migration flows. – 15. From structural contradictions to crucial concerns: development, migration and policy coherence for development. – 16. Concluding remarks.

## *1. Introduction*

On 12 November 2015, during the Valletta Summit on migration, 25 EU Member States, the European Commission on behalf of the EU, and two non-EU countries signed an agreement establishing the “European Union Emergency Trust Fund for stability and addressing root causes of irregular migration and displaced persons in Africa” (hereinafter ‘the TFA’, or ‘the Trust Fund’)<sup>1</sup>. This financial instrument – which promises, in line with its title, to address the root causes of irregular migration, while at the same time providing an emergency response – appears to be very ambitious; it has been presented as both a key element of EU external policy and a model for future action in the field of development cooperation.

\* PhD, Policy Advisor – European Parliament, EFDD. The opinions expressed in this article are those of the author alone and do not represent the official position of the European Parliament.

<sup>1</sup> From 27 October 2017, also Croatia joined the Trust fund as donor, together with the original signatory States.

What is the nature of this new tool? What is its scope? How does it address the root causes of migration? Does it pursue this goal through development assistance, or rather through counter-migration and border control policies? Will it be effective? In addition, why create a new financial instrument to achieve this goal?

This article begins by considering the nature of EU trust funds (Section 2), and of the TFA in particular (Sections 3 and 4). Sections 5 to 8 consider different aspects of the added value supposedly brought by the establishment of the Trust Fund. Sections 9 to 11 deal with the ‘cost’ of flexibility and rapidity – two of the core values of the TFA – in terms of respect for the Busan principles for effective development cooperation. The contradictions intrinsic to the TFA that emerge from this analysis are considered in detail in Sections 12 to 14. Section 15 is devoted to an analysis of whether the TFA has been conceived primarily to address the root causes of the contingent emergency, in line with policy coherence for development (PCD) and with a view to the eradication of poverty, or whether development funds are in fact being diverted to other policies in order to finance migration management and border control. Section 16 is devoted to some concluding remarks.

## 2. The “Union trust funds for external actions”

“Union trust funds for external actions” are a new financial instrument in the EU external policy toolbox, established by the new Financial Regulation (hereinafter also ‘the EUFR’)<sup>2</sup>.

Article 187 of the EUFR, under Title IV on “External Actions”, empowers the Commission to create and manage *ad hoc* financial instruments of this sort, pooling contributions from the EU ‘and other donors’ ‘for emergency, post-emergency or thematic actions’ in the field of external action<sup>3</sup>.

In accordance with the rules laid down in Article 187, trust funds can be created ‘under an agreement concluded with other donors’<sup>4</sup> for a

<sup>2</sup> Regulation (EU, Euratom) No 966/2012 of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012 on the financial rules applicable to the general budget of the Union and repealing Council Regulation (EC, Euratom) No 1605/2002 (OJ L 298, 26.10.2012, p. 1).

<sup>3</sup> On EU trust funds, in general, see HAUCK, KNOLL, HERRERO CANGAS, *EU Trust Funds – Shaping more comprehensive external action?*, in *European Centre for Development Policy Management*, Briefing Note no. 81, 2015, pp. 1 ss.

<sup>4</sup> Art. 187(1) of the EUFR.

limited duration<sup>5</sup>, and must comply with the principles of subsidiarity<sup>6</sup> and complementarity<sup>7</sup>. Every fund must be administrated by a board chaired by the Commission in order to ‘ensure the representation of the donors, and of the non-contributing Member States as observers’<sup>8</sup>.

On the international stage, the use of multi-donor trust funds dates back at least as far as the 1980s. These funds ‘have recently become the standard financing modality for delivering aid in coordinated international responses in fragile and post-conflict environments and complex emergencies’<sup>9</sup>. At international level, this tool has been used to respond to major humanitarian crises, such as those caused by the earthquake in Haiti of January 2010 and the Indian Ocean tsunami of December 2004<sup>10</sup>.

The instrument provided for in Article 187 of the EUFR empowers the EU to promote, create and manage its own trust funds, pooling funds from the EU budget together with sources made available by different external donors, in order to provide a more flexible and effective contribution in the most challenging situations faced by the EU in the field of external action. In the past, the EU was only able to donate to trust funds created and administrated by others<sup>11</sup>.

Aside from the TFA, three EU trust funds have been created to date: the European Trust Fund for the Central African Republic, known as the ‘Bêkou Trust Fund’<sup>12</sup>; the EU Regional Trust Fund in response to the Syrian crisis, known as the ‘Madad Fund’<sup>13</sup>; and the EU Trust Fund for Colombia<sup>14</sup>.

<sup>5</sup> Art. 187(5).

<sup>6</sup> Art. 187(3)(a).

<sup>7</sup> Art. 187(3)(b).

<sup>8</sup> Art. 187(4).

<sup>9</sup> See HAUCK, KNOLL, HERRERO CANGAS, *EU Trust funds*, cit., p. 2.

<sup>10</sup> *Ibidem*. For a more detailed analysis, see BANTEKAS, *Trust Funds under International Law. Trustee Obligations of the United Nations and International Development Banks*, The Hague, 2009.

<sup>11</sup> According to the latest available data, the EU is currently contributing a total of EUR 4 693 billion to 112 non-EU multi-donor trust funds, of which 53 % is administered by the World Bank, 34 % by UN agencies, and 11 % by others (see European Commission, 31 December 2016, ‘Information note on multi-donor trust funds supported by the European Union’, Directorate-General for International Cooperation and Development – EuropeAid).

<sup>12</sup> Commission Decision C(2014)5019 of 11 July 2014 on the establishment of the European Union Trust Fund for Central African Republic, ‘Bêkou EU Trust Fund’; Constitutive Agreement establishing the European Union Trust Fund for the Central African Republic, the ‘Bêkou EU Trust Fund’, and its internal rules of 15 July 2014. Available at: [https://ec.europa.eu/europeaid/sites/devco/files/ca-car-bekou-20140715\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/europeaid/sites/devco/files/ca-car-bekou-20140715_en.pdf).

<sup>13</sup> Commission Decision C(2014)9615 of 10 December 2014 on the establishment of

### 3. EU Trust Fund for Africa and its strong international character

The Agreement establishing the TFA (hereinafter ‘the Constitutive Agreement’) was signed on 12 November 2015<sup>15</sup>, following the Commission decision adopted on 20 October of the same year<sup>16</sup>. This Constitutive Agreement is a ‘mixed treaty’ in nature, having been signed by 25 Member States, the Commission on behalf of the EU, and two non-EU countries<sup>17</sup>.

Furthermore, the TFA has not been created directly under Article 187 of the Financial Regulation, or under the EU budget. Instead, ‘the Trust Fund is established under the European Development Fund’<sup>18</sup>. For this reason, both the Commission decision and the Constitutive Agreement refer not to Article 187 of the EUFR, but rather to Article 42 of Council Regulation No 2015/323<sup>19</sup>, the financial regulation applicable to the 11<sup>th</sup> European Development Fund (EDF).

This article acts as a ‘bridging provision’, making Article 187 of the EUFR also applicable within the framework of the 11<sup>th</sup> EDF.

a European Union Regional Trust Fund in response to the Syrian crisis, ‘the Madad Fund’; Constitutive Agreement establishing the European Union Regional Trust Fund in response to the Syrian crisis, ‘the Madad Fund’, and its internal rules, as amended on 16 March 2016. Available at: <https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/sites/near/files/neighbourhood/countries/syria/madad/20160526-revised-madad-fund-constitutive-agreement.pdf>.

<sup>14</sup> Commission Implementing Decision C(2016)1653 of 22 March 2016 on the establishment of a European Union Trust Fund for Colombia; Constitutive Agreement establishing the European Union Trust Fund for Colombia, and its internal rules of 12 December 2016. Available at: [https://ec.europa.eu/europeaid/sites/devco/files/eu-colombia-trust-fund-signed\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/europeaid/sites/devco/files/eu-colombia-trust-fund-signed_en.pdf).

<sup>15</sup> Agreement establishing the European Union emergency Trust Fund for stability and addressing root causes of irregular migration and displaced persons in Africa, and its internal rules. Available at: [https://ec.europa.eu/trustfundforafrica/sites/euetfa/files/constitutive\\_agreement\\_en\\_plus\\_signatures\\_to\\_date\\_2.pdf](https://ec.europa.eu/trustfundforafrica/sites/euetfa/files/constitutive_agreement_en_plus_signatures_to_date_2.pdf). The Agreement was amended on March 2017 to add three new beneficiary countries to the original list: Côte d’Ivoire, Ghana and Guinea.

<sup>16</sup> Commission Decision C(2015)7293 of 20 October 2015 on the establishment of a European Union Emergency Trust Fund for stability and addressing root causes of irregular migration and displaced persons in Africa.

<sup>17</sup> Switzerland and Norway are party to the Agreement, while Cyprus and Greece, of the Member States, are not. Croatia joined the Trust fund at a later stage, by signing on 27 October 2017 a donor contribution certificate.

<sup>18</sup> Recital 14 of the Constitutive Agreement.

<sup>19</sup> Council Regulation (EU) No 2015/323 of 2 March 2015 on the financial regulation applicable to the 11th European Development Fund (OJ L 58, 3.3.2015, p. 17).

The EDF, in turn, is an intergovernmental fund created outside the EU budget, even if mostly administrated by the Commission<sup>20</sup>. The first EDF having been established in 1958, it is the oldest common instrument created by the Member States in the policy area of official development assistance (ODA)<sup>21</sup>. The EDF is now<sup>22</sup> the tool used to implement financial development assistance within the framework of the Cotonou Agreement<sup>23</sup>, an international treaty concluded between 78 States belonging to the African, Caribbean and Pacific Group of States (ACP countries)<sup>24</sup>, the EU and its Member States.

Every EDF is established by the Member States through a different international agreement, which needs to be ratified by all of them if it is to enter into force<sup>25</sup>. Through these treaties, the Member States establish their total voluntary contributions for a multi-year period, following the adoption of a multiannual financial framework, annexed to the Cotonou Agreement, by the joint ACP-EU Council of Ministers<sup>26</sup>, establishing the maximum amount of resources available for financial development assistance under the ACP-EU partnership for a given number of years.

In summary, the TFA has been established through an *international agreement* under the 11<sup>th</sup> EDF, which in turn was created through *another*

<sup>20</sup> The EDF is partly administrated by the European Investment Bank (EIB) through the Investment Facilities.

<sup>21</sup> An overview of the EDF is provided in D'ALFONSO, *European Development Fund – Joint development cooperation in the EU budget: out or in?*, Bruxelles, 2014.

<sup>22</sup> As of the 9<sup>th</sup> EDF.

<sup>23</sup> Partnership agreement between the members of the African, Caribbean and Pacific Group of States of the one part, and the European Community and its Member States, of the other part, signed in Cotonou on 23 June 2000 (OJ L 317, 15.12.2000, p. 3).

<sup>24</sup> The African, Caribbean and Pacific Group of States is an international organisation created under the Georgetown Agreement in 1975. It is composed of 79 African, Caribbean and Pacific States (48 countries in sub-Saharan Africa, 16 in the Caribbean and 15 in the Pacific). All of them except Cuba, are signatories to the Cotonou Agreement.

<sup>25</sup> For this reason, for example, the Internal Agreement governing the 11<sup>th</sup> EDF, signed in June 2013 and published in the Official Journal of the EU in August 2013 (OJ L 210, 6.8.2013, p. 1), entered into force only on 1 March 2015. Council Decision 2013/759/EU of 12 December 2013 (OJ L 335, 14.12.2013, p. 48) established transitional EDF management measures from 1 January 2014 until the entry into force of the 11<sup>th</sup> EDF – the so-called 'Bridging Facility'. The agreement establishing the 11<sup>th</sup> EDF was concluded 'between the Representatives of the Governments of the Member States of the European Union, meeting within the Council' and is classified as an 'internal agreement'; it was published in the International Agreements section of the Official Journal (OJ L 210, 6.8.2013, p. 1).

<sup>26</sup> The most recent through Decision No 1/2013 of the ACP-EU Council of Ministers (2013/321/EU) of 7 June 2013 (OJ L 173, 26.6.2013, p. 67).

*er international agreement* and is financed through voluntary contributions from Member States, within the framework of *a third treaty*, the Cotonou Agreement<sup>27</sup>.

As regards the fund's resources, almost EUR 2.3 billion come from the EDF, EUR 655.5 million from the EU budget<sup>28</sup>, and EUR 391.1 million have been pledged by Member States and non-member countries<sup>29</sup>.

The fact that the TFA is based on instruments legally classified as international agreements and that its resources largely come from outside the EU budget raises doubts as to whether it is strictly speaking an *ad hoc* financing instrument for EU external action, or in fact a 'standard' international multi-donor trust fund created outside the EU system, even if managed by the European Commission<sup>30</sup>. Space limitations preclude deeper analysis of this matter here.

All this makes the TFA fascinating and extremely complex, but also problematic. Incidentally, the fund's strong international character is not its only unique feature. Other specific characteristics of the Trust Fund for Africa will be addressed in the next section.

#### 4. Other peculiarities of the TFA

As the third of four EU trust funds established to date, the TFA dif-

<sup>27</sup> It should be noted that, of the other EU trust funds, the Békou Trust Fund was also created under the EDF.

<sup>28</sup> Recital 14 of the Constitutive Agreement states: 'Other instruments, in particular the Development Cooperation Instrument (DCI), the European Neighbourhood Instrument (ENI), the Instrument contributing to Stability and Peace (IcSP), the European Instrument for Democracy and Human Rights (EIDHR) and Regulation (EC) No 1257/96 of 20 June 1996 concerning humanitarian aid (Article 2(d)) may contribute to the Fund, in accordance with the conditions set out therein, and in accordance with the ceilings set by the 2014-2020 multiannual financial framework'.

<sup>29</sup> The latest available data (updated on 19 February 2018) can be found on the TFA website at: [https://ec.europa.eu/trustfundforafrica/content/trust-fund-financials\\_en](https://ec.europa.eu/trustfundforafrica/content/trust-fund-financials_en). The contributions received from Member States and other donors amount to EUR 340.9 million.

<sup>30</sup> The complex architecture of the trust fund system gives rise to uncertainty as to the legal basis of the Commission Decision of 20 October 2015. Indeed, when establishing a trust fund under Art. 187 of the EUFR, the Commission is adopting an implementing decision based on a legislative act, the Financial Regulation. However, in its Decision establishing the TFA, the Commission acts under Art. 42 of the financial regulation applicable to the 11<sup>th</sup> EDF (Council Regulation (EU) 2015/323 of 2 March 2015 (OJ L 58, 3.3.2015, p. 17)), adopted within the above-mentioned framework. In the Decision references, the Commission makes only a generic reference to this article and to the TFEU. Unfortunately, space limitations preclude further analysis on this respect here.

fers considerably from its counterparts in at least two aspects: geographical scope and thematic focus.

With regard to the first consideration, it should be noted that the TFA covers at least 24 countries across three large African regions<sup>31</sup>. This sets it apart from the other trust funds, which cover a single country or a small number of states. The Bêkou Trust Fund benefits the Central African Republic; the EU Trust Fund for Colombia focuses solely on Colombia; and the Madad Fund focuses predominantly on the four countries bordering Syria that are hosting the majority of refugees from that country: Lebanon, Turkey, Jordan and Iraq.

The fact that such a large number of countries will be eligible for assistance under the TFA is a direct result of the objective of this fund. Article 2.1 of the Constitutive Agreement states:

The overall objective and purpose of this Trust Fund shall be to address the crises in the regions Sahel and the Lake Chad, the Horn of Africa, and the North of Africa. It will support all aspects of stability and contribute to better migration management as well as addressing the root causes of destabilisation, forced displacement and irregular migration, in particular by promoting resilience, economic and equal opportunities, security and development and addressing human rights abuses<sup>32</sup>.

This is a complex and ambitious objective. It could in fact be argued that it is a series of goals rather than a single objective.

The activities proposed to achieve these objectives are set out in Annex I to the Constitutive Agreement<sup>33</sup> and range from creating employment opportunities to supporting improvements in overall governance, by promoting conflict prevention, addressing human rights abuses and enforcing the rule of law; from capacity-building in support of security and development, to law enforcement, border management and the prevention of radicalisation and extremism; from supporting resilience in terms of food security and the wider economy to environmental sustain-

<sup>31</sup> Art. 2.2 of the amended Constitutive Agreement stipulates that the countries eligible for assistance are, in the Sahel Region and Lake Chad area: Burkina Faso, Cameroon, Chad, Côte d'Ivoire, the Gambia, Ghana, Guinea, Mali, Mauritania, Niger, Nigeria and Senegal; in the Horn of Africa: Djibouti, Eritrea, Ethiopia, Kenya, Somalia, South Sudan, Sudan, Tanzania and Uganda; and in the North of Africa: Algeria, Egypt, Libya, Morocco and Tunisia. Furthermore, 'African neighbours of these countries could also benefit, on a case by case basis, from projects with a regional dimension in order to deal with the regional migration flows and related challenges' (Art. 2.2(d) of the Agreement).

<sup>32</sup> See also Art. 1.2 of the Commission Decision of 20 October 2015.

<sup>33</sup> See Art. 2.2 of the Constitutive Agreement.

ability; and from improving migration management ‘in all its aspects’ to contributing to the reintegration of returnees, and so on.

In short, the TFA seeks to achieve a huge range of complex goals that vary from strictly migration-related issues to structural problems affecting development in general. Furthermore, it seeks to do so over an extremely broad spectrum of problematic countries.

Is an “emergency trust fund” the most suitable means to achieve these goals? Could these objectives not be achieved by means of the ordinary development instruments? Why has a trust fund been established?

##### *5. Purported advantages of the Trust Fund for Africa: a critical analysis. The leverage effect*

Given the overall objective(s) pursued by the EU and the donor States, it is unclear as to why they opted for the creation of a trust fund. According to Article 187(3)(b) of the Financial Regulation, trust funds

should not be created if they merely duplicate other existing funding channels or similar instruments without providing any additionality.

The Commission itself clearly describes the added value supposedly provided by the creation of a trust fund, in Recital 10 of its Decision on the establishment of the TFA: this tool should *leverage* contributions from EU Member States and other donors; allow for the *pooling* of resources from various EU funding sources; provide the EU with *stronger political visibility*, by demonstrating its capacity to develop a solid collective response to those challenges; ensure a greater degree of coordination and a more integrated and comprehensive approach based on increased *research, data gathering and analysis*; and act as a *swift and flexible instrument* to enable immediate and concrete action.

In short, the TFA should provide for the pooling of resources, the leveraging of new contributions, flexible and rapid action, increased visibility for the EU, and better coordination when dealing with the so called “migration crisis”. Does the TFA achieve this in reality?

First of all, it is clear that the TFA has not produced the *leverage* effect that the Commission expected (or rather claimed). At present, only EUR 391.1 million have been pledged by States. If it is true that EDF funds come directly from Member States and are not channelled into the EU budget, then they cannot be considered a result of the leverage effect of the TFA, since they have already been committed by Member States:

these funds were simply moved from the EDF expenditure procedure to the new TFA when it was created.

Moreover, of the EUR 391.1 million newly committed by States, only EUR 12.8 million have come from non-EU countries, i.e. from Switzerland and Norway.

This cannot be considered a “leverage effect”, especially if we consider that contributions from external donors were expected to match the amount originally pledged by the EU, namely EUR 1.8 billion<sup>34</sup>. If this were the goal, only 21.7 % of the expected funds from external sources have been pledged, and only 3.27 % of the sums pledged by donors have come from non-EU countries. It should be noted that Member States have no duty either to contribute to the Trust Fund or to pledge a minimum amount.

Finally, it should be emphasised that these data refer to the contributions *pledged*. According to the latest available data, the contributions *received* from states amount to EUR 340.9 million<sup>35</sup>.

These concerns were echoed by the European Parliament in its resolution entitled ‘EU Trust Fund for Africa: implications for development and humanitarian aid’ (hereinafter ‘the Corrao resolution’), adopted by a huge majority in Strasbourg on 13 September 2016 and based on a report by the Member of the European Parliament Ignazio Corrao<sup>36</sup>. Indeed, in paragraph 1 of the resolution, Parliament

regrets the fact that to date Member States’ contributions have remained too low, amounting only to a small fraction of the Union contribution and are thus far from reaching the official commitment

and stresses that ‘promises and commitments must translate into action’.

Rather than the desired leverage effect, the TFA would appear to have produced a sort of “*reverse leverage*” effect. Each donor or pool of donors that pledges the relatively small sum of EUR 3 million acquires the right to vote on the Strategic Board<sup>37</sup> and in the Operational Commit-

<sup>34</sup> As early as 30 October 2015, in their *Letter to the Heads of State and Government of the European Union*, Donald Tusk, Xavier Bettel and Jean-Claude Juncker strongly encouraged Member States to match the EUR 1.8 billion in EU funding. The letter is available at: <http://www.statewatch.org/news/2015/nov/eu-refugees-letter-Tusk-Bettel-Juncker.pdf>.

<sup>35</sup> The latest available data (updated on 19 February 2018) can be found on the TFA website at: [https://ec.europa.eu/trustfundforafrica/sites/euetfa/files/donor\\_1.pdf](https://ec.europa.eu/trustfundforafrica/sites/euetfa/files/donor_1.pdf).

<sup>36</sup> Texts adopted, P8\_TA(2016)0337.

<sup>37</sup> Art. 5.5.1 of the Constitutive Agreement.

tee<sup>38</sup> and can therefore influence the overall strategy of the TFA and the selection of each individual project<sup>39</sup>. Votes are not weighted according to the amount pledged. Furthermore, once a project has been approved, it is often implemented by one of the national development agencies<sup>40</sup>. In short, by pledging a relatively small amount, a government is able to... leverage huge amounts of funds from the EDF and the EU budget, influencing their precise destination and directly implementing specific projects.

### 6. Pooling of resources

The TFA does, however, seem to have succeeded in *pooling resources* – another way in which it was forecast to add value<sup>41</sup>: a good proportion of its financial resources consists of contributions from different EU budget lines, as well as from the EDF. According to the latest available figures (mentioned above), of a total of EUR 3.35 billion, EUR 2.28 billion have come from the EDF and EUR 655.5 million from different EU budget funding instruments.

Nonetheless, the overall nature of this pooling operation raises questions. At a glance, it is evident that the vast majority of the funds pooled into the TFA have been transferred from instruments devoted to ODA, such as the EDF and the Development Cooperation Instrument (DCI)<sup>42</sup>. In short, the TFA is primarily built on ODA-able funds. This means that, in the best-case scenario – i.e., if the Trust Fund resources go directly towards financing development assistance in ODA-recipient countries – we are merely witnessing the transfer of funds already earmarked for development assistance from one tool to another. Nonetheless, there is a

<sup>38</sup> Art. 6.1.1(c)(i) of the Constitutive Agreement.

<sup>39</sup> Furthermore, in accordance with Art. 3.2.2(c) of the Constitutive Agreement, donors that individually contribute less than the threshold of EUR 3 million are entitled to one vote on the Trust Fund Board and voting rights in the Operational Committee as part of a group of donors, if their total contribution exceeds this threshold.

<sup>40</sup> According to “The Emergency Trust Fund for stability and addressing root causes of irregular migration and displaced persons in Africa. 2016 Annual Report” (hereinafter ‘2016 Annual Report’), published on 24 March 2017 and available at [https://ec.europa.eu/europeaid/eu-trust-fund-africa-2016-annual-report\\_en](https://ec.europa.eu/europeaid/eu-trust-fund-africa-2016-annual-report_en), 58 % of the funds implemented during the first year of activity were managed by development agencies (p. 46). At present, no report has been published for the year 2017.

<sup>41</sup> See also recital 18 of the Constitutive Agreement.

<sup>42</sup> EDF assistance is 90 % DAC-able, while DCI funds are 100 % DAC-able (see *infra* n. 107 and related text).

risk that these funds could be diverted away from development cooperation to different ends, such as border control and counter-migration policies, as asserted in the Corrao resolution<sup>43</sup>, among other sources. We will return to this point at the end of this study: the answer to this concern is highly dependent on the *real* objectives of the TFA<sup>44</sup>. At this point in the analysis, it is enough to underline that the “mere” shifting of funds from different instruments to the TFA (i.e. the *pooling* itself) is not without consequences: these funds are diverted away from the original purpose for which they were pledged, undermining long-term development strategy, benefiting a different set of countries and jeopardising policy coherence for development.

### 7. Stronger political visibility for the EU

Stronger political visibility for the EU is not only one of the aspects of the added value of the TFA, as outlined in its Constitutive Act. It is also one of the substantive conditions to which the creation of an EU trust fund is subject, in accordance with Article 187 of the Financial Regulation<sup>45</sup>. As regards the TFA, this condition has clearly been met.

From the very beginning, the TFA has been used effectively to increase the political visibility of EU external action on migration. In the Valletta Action Plan, as well as in the political declaration adopted during the Summit on Migration<sup>46</sup> held some days after the adoption of the Decision establishing the TFA, the Trust Fund is presented as the main tool to foster stability and address the root causes of irregular migration and displaced persons in Africa<sup>47</sup>. Similarly, in the communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council and the European Investment Bank on establishing a new Partnership Framework with third countries under the European Agenda on Migration (hereinafter ‘Partnership Framework’)<sup>48</sup>, the TFA is presented as a key and innovative tool – together with the Madad Fund and the Fa-

<sup>43</sup> See, in particular, paras 10, 11, 18 and 19 of the Corrao resolution.

<sup>44</sup> See Section 15 of this study.

<sup>45</sup> Art. 187(3)(b) of the EUFR.

<sup>46</sup> Both documents, as well as the other documents related to the Valletta Summit on migration, are available on the Council website, at: <http://www.consilium.europa.eu/en/meetings/international-summit/2015/11/11-12/>.

<sup>47</sup> See p. 2 of the political declaration and pp. 1-2 of the Action Plan.

<sup>48</sup> COM(2016)0385, 7 June 2016.

cility for Refugees in Turkey – whose pattern will be replicated when delivering the compacts outlined in the Partnership Framework<sup>49</sup>.

Furthermore, the activities financed through the TFA are very well publicised by means of a webpage, updated regularly<sup>50</sup> and complete with figures, interactive maps on project delivery and up-to-date information. Short articles outline some of the achievements of the projects financed through the TFA. The first Annual Report published by the Commission is complete and detailed, and includes a list of the projects financed during the first year of activity and exhaustive data on funding sources. In short, the EU is investing a great deal of energy in the TFA and wants to invest even more in trust funds in general in the future: trust funds are mentioned in strategic documents on development, such as the new European Consensus on Development, signed on 7 June 2017<sup>51</sup>, and Regulation (EU) 2017/1601 of the European Parliament and of the Council of 26 September 2017 establishing the European Fund for Sustainable Development (EFSD), the EFSD Guarantee and the EFSD Guarantee Fund<sup>52</sup>.

The new financial tool has also been used by donor States, especially those most affected by migration flows, to shape public opinion by demonstrating that governments are taking concrete action to address the root causes of irregular migration and displacement of persons. This tool is also a means to show that the EU as a whole is deeply committed to the same goal and that it is deploying EU money promptly and on a large scale.

In any case, Article 187(3) of the EUFR defines this requisite in a more comprehensive way: EU visibility is strictly linked with managerial advantages, and trust funds ‘should not be created if they merely duplicate other existing funding channels or similar instruments without providing any additionality’.

From a general point of view, it has been observed that, in recent years, the EU has adopted ‘budgetary responses to the “refugee crisis” in Europe’, also because ‘announcing funding initiatives is proving to be a

<sup>49</sup> See pp. 4, 9 and 10 of the new Partnership Framework.

<sup>50</sup> See <https://ec.europa.eu/trustfundforafrica/>.

<sup>51</sup> See joint statement by the Council and the representatives of the governments of the Member States meeting within the Council, the European Parliament and the Commission entitled ‘The new European Consensus on Development: “Our world, our dignity, our future”’ (OJ C 210, 30.6.2017, p. 1).

<sup>52</sup> OJ L 249, 27.9.2017, p. 1.

powerful symbolic and communicative tool for the Commission'<sup>53</sup>. In doing so, in fact, the Commission 'reassure[s] member states, third countries and the general public that "management" actions and their "implementation" are taking place'<sup>54</sup>. Has the TFA met the conditions set out in Article 187(3) of the EUFR, or is it better described as an example more of this 'budgetary response to the "refugee" crisis'? This question will be addressed in Sections 14 and 15. For the time being, suffice it to say that any additionality provided by the TFA does not lie in its supposed leverage effect (which has not been achieved), nor in the pooling of its resources, since, as noted above, in the best-case scenario 'pooling' simply implies the re-labelling of existing funds.

#### 8. Research, data gathering and analysis

According to the Commission decision, another way in which the TFA should generate added value is through closer coordination and a more integrated and comprehensive approach based on increased research, data gathering and analysis.

An overall approach based on research, data and analysis is of course very welcome, since it implies reasoned project selection, based on data gathering and testing and, above all, a long-term perspective<sup>55</sup>.

Concrete and important steps have been taken in this direction, as demonstrated by the Commission's 2016 Annual Report on the TFA's activity. A results framework was developed during the TFA's first year of operation. This framework 'serves as a guiding tool for the identification and formulation of programmes and their logical frameworks and as a basis for further monitoring and evaluation [by categorising] each priority area of intervention into high-level indicators and expected results'<sup>56</sup>.

Moreover, an IT monitoring platform has been created, which will enable the mapping of project-level indicators within the results frame-

<sup>53</sup> DEN HERTOOG, *EU Budgetary Responses to the 'Refugee Crisis'. Reconfiguring the Funding Landscape*, in *CEPS Papers in Liberty and Security in Europe*, 2016, p. 14. On the symbolic roles of funding, see BEZES, SINÉ, *Gouverner (par) les finances publiques*, Paris, 2011.

<sup>54</sup> *Ibidem*, p. 1.

<sup>55</sup> The European Parliament, too, has welcomed the research component of the TFA and called for the long-term perspective of the projects financed through the fund to be guaranteed (see paragraph 25 of the Corrao resolution).

<sup>56</sup> 2016 Annual Report, p. 15.

work. Finally and most importantly, two ‘research and evidence facilities’ – one for the Horn of Africa window and one for the Sahel and North Africa window – have been established, in order to ‘conduct analyses and research on the drivers and dynamics of the root causes of instability, insecurity, irregular migration and forced displacement’<sup>57</sup>.

The TFA Strategic Orientation Document also devotes considerable attention to research and evidence-based targeting activities, when outlining the principles and criteria that will guide the implementation of the general strategy<sup>58</sup>.

In short, it is clear from the Annual Report and the Strategic Orientation Document that a concrete effort has been made to develop effective and innovative approaches with regard to evidence-based identification, monitoring and evaluation.

Nonetheless, it is not so clear whether these tools will be of any use when it comes to the TFA itself. Indeed, while they were being developed and in the initial stages of implementation, a significant proportion of the TFA’s resources had been already allocated: according to the Annual Report, ‘in just a year, a total of 106 projects worth EUR 1 589 million have been approved’<sup>59</sup>.

For these reasons, even though the data gathered and analyses carried out through these tools will hopefully be of use within future development frameworks, it would appear that they may only be of marginal help in orienting the TFA Board and Operational Committee.

Interestingly, this is the result of an intrinsic contradiction between two of the core aspects of the “added value” of the TFA, as outlined in recital 10 of the Commission decision on the establishment of the Trust Fund: either this instrument can ‘deliver immediate and concrete results’, or it can ensure an ‘approach based on greater research, data gathering and analysis’.

In fact, this incongruity is merely an indication of a deeper contradiction running through the whole instrument: the contradiction between an emergency approach – short-term, by definition – and a long-term perspective. This and other structural contradictions will be addressed in Sections 12 to 15, below.

<sup>57</sup> *Ibidem*, p. 5.

<sup>58</sup> Commission Strategic Orientation Document on the European Union Emergency Trust Fund for stability and addressing root causes of irregular migration and displaced persons in Africa, p. 10. One of the ‘principles of intervention’ expressly states: ‘Strong research and analysis is central to understanding the context and ensuring that interventions have a positive impact’.

<sup>59</sup> 2016 Annual Report, p. 4. See also pp. 49 ff.

### 9. Costs of promptness and flexibility

The contradiction discussed in the last section is one of the “costs” of promptness and flexibility. Unfortunately, it is not the only one.

The promise to ‘provide the EU and its Member States with a swift and flexible instrument to deliver immediate and concrete results in sensitive and rapidly changing fragile situations’<sup>60</sup> has clearly been fulfilled: during the first year of activity of the TFA 106 projects were launched, and others followed during 2017. This appears all the more significant if compared with the average duration of procedures within the framework of the traditional instrument: up to two years could be needed to approve a project financed under the EDF<sup>61</sup>.

However, what is the price that must be paid to reach these standards? The procedures through which projects are selected and carried out raise some key concerns.

In accordance with Part II of the Constitutive Agreement, the overall TFA strategy is adopted and reviewed by the Trust Fund Board<sup>62</sup>, while the actions financed through the TFA are examined and approved by the Operational Committee<sup>63</sup>, which is also responsible for supervising their implementation<sup>64</sup> and assessing the effectiveness of the internal control system<sup>65</sup>. Donors send proposals for actions to the Manager of the TFA<sup>66</sup>, who submits them to the Operational Committee for approval<sup>67</sup>.

Furthermore, in accordance with Article 6.6.1 of the Agreement, actions worth less than EUR 10 million may be approved by the Manager alone, without any prior authorisation from the Operational Committee. The Manager simply has to inform the Committee once the decision has been made.

<sup>60</sup> Recital 10 of the Commission decision of 20 October 2015.

<sup>61</sup> CASTILLEJO, *The European Union Trust Fund for Africa: A Glimpse of the Future for EU Development Cooperation*, Bonn, 2016, p. 19. See also 2016 Annual Report, p. 12.

<sup>62</sup> Art. 5.2(a) of the Constitutive Agreement. This article also stipulates that the Board has the capacity, among others, to adjust the geographical and thematic scope of TFA activities, including with the creation of a new geographical window (5.2(b)); issue strategic guidelines (5.2(c)); and decide whether and under what conditions donors other than the Member States can contribute (5.2(e)).

<sup>63</sup> Art. 6.3(a).

<sup>64</sup> Art. 6.3(b).

<sup>65</sup> *Ibidem*.

<sup>66</sup> Art. 6.6.2.

<sup>67</sup> Art. 6.6.4.

What does this mean in practice? First of all, that there are no calls for the submission of project proposals or applications, nor is there any external input from civil society, NGOs, experts or local authorities. Projects are proposed by donors. Article 6.6.3 of the Agreement opens up the possibility of calling on expertise in the field to identify potential actions in liaison with local authorities, international and non-governmental organisations, openly referring, *inter alia*, to ‘any qualified person or international civil society’. Nonetheless, it also clearly states that ‘preference will be given to the expertise of the European Commission, EU Member States and other donors’. This means that, in practice, candidate projects always come from donor or Commission proposals.

The Manager – i.e. a member of the staff of the European Commission<sup>68</sup> – can either directly approve the proposed project (if it is worth less than EUR 10 million) or pass it on to the Operational Committee. The Committee is a body composed of representatives of the donors having pledged at least EUR 3 million<sup>69</sup> and chaired by a representative of the Commission.

In summary, the projects proposed by donors, where not directly approved by the Commission, must be approved by a body composed of those same donors and chaired by the Commission. These projects are selected within the framework of an overall strategy that, in turn, has been agreed by the Commission and the European External Action Service and granted final approval by the Trust Fund Board. This body, too, is made up of donors and chaired by the Commission.

Finally, who implements the projects proposed by donors, and approved by the Commission and the donors, within the framework of an overall strategy agreed by the Commission and the donors? The Commission and the donors, preferably Member States, of course...!<sup>70</sup>

Article 10 of the Agreement states:

delegated cooperation with Member States shall be the preferred option of implementation where the principles of economy, efficiency and effective-

<sup>68</sup> Art. 7.1 of the Constitutive Agreement.

<sup>69</sup> Art. 6.1.1(b). Art. 6.1.1(c) states that donors having pledged less than EUR 3 million can ‘pool’ their contributions in order to reach this threshold and achieve collective representation in the Committee.

<sup>70</sup> Art. 6.6.5 may be taken to mean that changes in the funds allocated to an individual action, if not exceeding 20 % of the maximum allocation of the individual action, do not need to be approved by the Operational Committee and could be put in place by the Manager directly. This is true also for changes in the funds allocated to a work programme (i.e. a group of actions approved under the Trust Fund in accordance with art. 6.3(a) of the Agreement).

ness can be clearly demonstrated. Delegated cooperation with other donors will also be considered.

This seems a commendable option, especially since it ‘avoid[s] duplicating structures on the ground while making the best use of donors’ expertise and ensuring European Union visibility’<sup>71</sup>. Nonetheless, if we look at the overall procedure, from the selection of general priorities to the implementation of each individual project, it is easy to see that each phase of the procedure is monopolised by donor States, with input from the Commission. This raises a number of concerns.

First of all, what role do eligible countries play (*principle of ownership*)? Secondly, is there any room for the involvement of regional and international organisations (*principle of inclusive partnership*)? Thirdly, is there any room for democratic scrutiny by civil society or democratically elected institutions (*principle of transparency and accountability*)? Finally, what is the real development objective pursued by the TFA (*focus on results*)?

In practice, is the TFA in line with the Busan principles for effective development cooperation, the Cotonou Agreement and the European Consensus on Development?

At first glance, it seems that the Busan principles have been sacrificed in favour of a swifter and more flexible tool.

#### *10. Busan core principles for effective development cooperation: ownership and partnership*

The Busan principles hold that effective development cooperation should be inspired by ownership of development priorities by developing countries, inclusive development partnerships, transparency and accountability to each other, and a focus on results<sup>72</sup>.

These principles have been endorsed by the EU and its Member States, were renewed during the Second High-Level Meeting of the Global Partnership for Effective Development Cooperation in Nairobi in 2016, and have been included in the main texts governing EU actions for development, such as both the first and the new European Consensus on

<sup>71</sup> Art. 10 of the Constitutive Agreement.

<sup>72</sup> See para. 11 of the Busan Partnership agreement, drawn up at the Busan High Level Forum on Aid Effectiveness of December 2011.

Development<sup>73</sup>. The same principles are reflected in the text of the Cotonou Agreement<sup>74</sup>.

As regards ownership:

Partnerships for development can only succeed if they are led by developing countries, implementing approaches that are tailored to country-specific situations and needs<sup>75</sup>.

The TFA does not seem to be coherent with this principle. Its overall strategy and all its specific activities are decided by donors and the Commission, without any prior consultation with the recipient countries. This is far removed from the co-management spirit of the Cotonou Agreement.

Article 5.1.3 of the Constitutive Agreement entitles the Chair of the Board to invite representatives of other third parties. Similarly, representatives of the authorities of eligible countries with a stake in issues on the agenda may be invited as observers to the meetings of the Operational Committee. So far, there is little evidence that interested governments, local authorities or members of civil society have played an incisive role in shaping the Trust Fund, or have influenced the allocation of funds from the EDF. In any case, these relaxed rules would not seem to be sufficient to fulfil the requirement of ownership and partnership<sup>76</sup>.

As regards the principle of inclusive partnership, the EU has made progress in ensuring that all stakeholders and voices are involved in development processes to a sufficient extent. Inclusive and democratic

<sup>73</sup> See, *inter alia*, Section 4.3, and in particular para. 113, of the joint statement on the new European Consensus on Development.

<sup>74</sup> See Art. 2, for example.

<sup>75</sup> Para. 11(a) of the Busan Partnership agreement. This principle is outlined in the Cotonou Agreement as one of its 'fundamental principles' (Art. 2). The first interinstitutional Consensus on Development, signed on 20 December 2005 (in force when the TFA was created), lists ownership among the 'common principles' to which the EU is committed (see Article 4.1 of the joint statement by the Council and the representatives of the governments of the Member States meeting within the Council, the European Parliament and the Commission entitled 'European Union development policy: "the European Consensus"' (OJ C 46, 24.2.2006, p. 1)). According to the new Consensus, ownership is one of the 'principles and values guiding development action' (Section 1.3, in particular para. 18, of the new Consensus).

<sup>76</sup> HAUCK, KNOLL, HERRERO CANGAS, *EU Trust funds*, cit., make the following criticism: 'Compared to the formal co-management rule underpinning the Cotonou Agreement and the EDF, the governance arrangement for the Africa Trust Fund allows for less oversight and a loss of formal control by partners, potentially with a loss of ownership on how these funds are spent' (p. 10).

multi-stakeholder dialogue and mechanisms created for this purpose have been institutionalised at country level, and environment frameworks have been developed to maximise the contributions of civil society organisations (CSOs) to effective development cooperation.

With regard to the TFA, it is hoped that local authorities and CSOs will be involved in the executive phase of project implementation. Again, however, the procedures regulating the TFA leave little room for consultation of these entities at any stage, from the adoption of the overall strategy to the implementation of projects. The sole exception is outlined in Article 6.6.3 of the Constitutive Agreement, under which the Manager can decide to consult local authorities and international and non-governmental organisations with the agreement of the Operational Committee<sup>77</sup>.

The European Parliament has shared these concerns. In the Corrao resolution – of which paragraphs 14 to 17 are devoted to the ‘role of civil society, NGOs, local authorities and international organisations’ – Parliament called for respect for the principle of ownership and stressed that

local government bodies, local civil society, NGOs and international organisations should be strongly involved in the planning, implementation and evaluation phases of the [TFA]<sup>78</sup>,

calling on the Commission to ‘clarify and formalise the consultation procedures with these stakeholders’<sup>79</sup>.

In essence, neither recipient States nor members of civil society were consulted before the decision was made to create this tool and define its priorities, which seems very far from being ‘aligned with the priorities and policies set out by developing countries’<sup>80</sup>.

<sup>77</sup> As regards relevant regional organisations, Art. 6.1.2(c) of the Constitutive Agreement stipulates that representatives of the Economic Community of West African States (ECOWAS), the West African Economic and Monetary Union (UEMOA), the Economic Community of Central African States (ECCAS), the Economic and Monetary Community of Central Africa (CEMAC), the Intergovernmental Authority on Development (IGAD), the East African Community (EAC), the Union for the Mediterranean and the League of Arab States (as well as relevant sub-regional organisations, for window A) may be invited as observers to the meetings of the Operational Committee, where they have a stake in the issues on the agenda.

<sup>78</sup> Para. 15 of the Corrao resolution.

<sup>79</sup> *Ibidem*.

<sup>80</sup> Para. 11(b) of the Busan Partnership Agreement.

In conclusion, the TFA was designed to be a swift and flexible tool. However, rapidity and flexibility are achieved to the detriment of ownership and inclusive partnerships, two of the fundamental principles that should be guiding EU development cooperation.

### *11. Transparency: the role of the European Parliament*

As regards the principle of transparency, this analysis has already made reference to the communicative tools developed by Trust Fund staff, ranging from the minutely detailed 2016 Annual Report to the constantly updated website. These effective tools ensure high *ex post* transparency.

Right from the beginning, however, the TFA has been characterised by its complete lack of *ex ante* transparency, with regard to both its adoption and the selection of projects.

In order to ensure prompt operationalisation, the tool was created without any prior consultation of civil society, the European Parliament, national parliaments or democratic fora. Its objectives and methodology, the value and origin of its resources, identification of the recipient countries: none of these aspects were discussed in a transparent manner. Neither the Commission decision nor the Constitutive Agreement mention the European Parliament: the original plans for the Trust Fund made no room whatsoever for the European Parliament in TFA processes.

Whether Parliament should have a role in the implementation of projects conceived under the 11<sup>th</sup> EDF is up for discussion. Nonetheless, there are some powerful arguments in favour of its involvement.

First of all, in accordance with the Busan principles, accountability to citizens, organisations and other stakeholders is ‘critical to delivering results’<sup>81</sup>. The *ex post* dissemination of information would not seem consistent with the principles of transparency and accountability as outlined in the Busan Partnership agreement and endorsed by the EU and its Member States. Information on, for example, the overall strategy developed by the Board and the principles guiding the decision to finance individual projects should be made available to citizens and civil society in advance. Parliament’s involvement in this “European Trust Fund” seems the simplest way to inform EU public opinion and civil society in a clear and thorough manner.

<sup>81</sup> Para. 11(d) of the Busan Partnership agreement.

Furthermore, it is worth remembering that a certain amount of funds has been channelled into the TFA from the EU budget. This should represent sufficient grounds for the involvement of the European Parliament, which, together with the Council, acts as the budgetary authority of the EU. For the same reason, Parliament could at the very least have been consulted and involved in the procedure that led to the establishment of the TFA.

The European Parliament itself made explicit reference to these aspects in the Corrao resolution. After deploring its lack of involvement in the establishment of the TFA<sup>82</sup>, and the lack of clarity and transparency surrounding funding criteria and the amount of funding available for civil society<sup>83</sup>, Parliament outlined two ways in which it should be involved in the management of the Trust Fund. It called firstly for an invitation to participate in the Strategic Board of the TFA<sup>84</sup>, and secondly for regular and comprehensive reporting to Parliament on the use of the funds concerned<sup>85</sup>, at least once every six months<sup>86</sup>.

The Corrao resolution had the intended effect. Following its adoption, the Council, Parliament and the Commission issued a joint statement on the TFA, in the context of the 2017 budget conciliation, and on 8 February 2017 Commissioner Oettinger addressed a letter to the Chair of the Committee on Budgets of the European Parliament, committing the Commission to delivering a monthly report to Parliament on the state of implementation of the TFA, and the Chair of the Strategic Board to inviting two representatives of Parliament to participate in the Board's meetings. The fact that Parliament is now receiving reports and its representatives are duly invited to meetings should be regarded as an important achievement. Nonetheless, as discussed above, most of the funds had already been committed in 2016 and some of the most important decisions are still taken at the level of the Operational Committee.

<sup>82</sup> Para. 28 of the Corrao resolution.

<sup>83</sup> Para. 27.

<sup>84</sup> Para. 5.

<sup>85</sup> Paras. 19, 26 and 28.

<sup>86</sup> Para. 29.

12. *Focus on results – some intrinsic contradictions: emergency approach vs. addressing the root causes*

Last but not least, in accordance with the Busan Principles and the Addis Ababa Action Agenda<sup>87</sup>, development cooperation should have ‘a lasting impact on eradicating poverty and reducing inequality’<sup>88</sup>.

Poverty reduction and, in the long term, eradication is also a ‘central objective of ACP–EC cooperation’, pursuant to Article 19 of the Cotonou Agreement<sup>89</sup>, as well as being the ‘primary objective’ of EU development cooperation policy in accordance with Article 208 of the TFEU.

Is the eradication of poverty also the main goal of the TFA? Or are its main goals the management of migration flows and border control? To answer this fundamental question, certain dichotomies inherent to the TFA need to be addressed.

The TFA seems to be characterised by significant structural contradictions that have influenced every stage in its evolution, from its creation to its final phase of operation.

The first ontological contradiction is apparent from the name of this financial tool: the European Union Emergency Trust Fund for stability and addressing the root causes of irregular migration and displaced persons in Africa.

The TFA defines itself as an *emergency* tool, but at the same time declares its intention to address the *root causes* of irregular migration and displaced persons in Africa. In other words, there is an intrinsic incongruity between the “emergency” nature of the instrument itself and its self-proclaimed objective of addressing a widespread, complex, and longstanding structural problem. In practice, the TFA is officially intended as a means to address not a huge epiphenomenal migration crisis, but rather the fundamental issues from which the crisis has emerged as a secondary effect.

Other contradictions emerge as corollaries from this initial key inconsistency: the contradiction between the TFA’s limited duration (four years)<sup>90</sup>, and its aim of addressing a structural problem; the express mention of the intent to ‘provide a short and medium-term response to the

<sup>87</sup> See para. 1 of the Addis Ababa Action Agenda of the Third International Conference on Financing for Development, adopted by the UN General Assembly at its 99<sup>th</sup> plenary meeting, held on 27 July 2015.

<sup>88</sup> Para. 11(b) of the Busan Partnership agreement.

<sup>89</sup> See also Art. 1 – ‘Objectives of the Partnership’.

<sup>90</sup> Recital 20 and Art. 17.2.1(d) of the Constitutive Agreement stipulate that the TFA shall be established for a limited period, i.e. up to 31 December 2020.

challenges of the regions<sup>91</sup>, and its key long-term goal; and the contradiction between swift and flexible action (a tool designed to provide a rapid response in an emergency situation), and action based on data analysis and research evidence (a methodology that implies a long-term perspective). Similarly, as mentioned above, its procedures, which are designed to be as swift as possible, are inconsistent with the main principles of development cooperation. The TFA governing bodies are acting in an emergency situation, and in the face of the migration crisis there is no time to take action consistent with addressing the structural problem of the eradication of poverty.

### 13. Overall objectives vs. limited funds

The second structural contradiction lies in the dichotomy between the TFA's stated goal (addressing the root causes of irregular migration and displacement of persons in Africa) and the resources made available under this financial tool.

Member States, other donors and the EU have pooled EUR 3.35 billion into the TFA (originally EUR 1.8 billion) to address the root causes of migration in Africa. In absolute terms, this is not a negligible amount. Nevertheless, this sum appears vastly disproportionate to the goal pursued, even when we consider that it refers to pledges made and not contributions received.

To put this in perspective, collective EU ODA amounted to EUR 75.5 billion in 2016<sup>92</sup>, ODA to Africa from the European Commission amounted to EUR 31 billion in the period 2014-2020<sup>93</sup>, and Member States devote EUR 20 billion per year to Africa<sup>94</sup>.

This incongruity is all the more evident when comparing the TFA with the EU Facility for Refugees in Turkey, another financial tool created in the same period to address the external aspects of migration flows<sup>95</sup>. Through this Facility, the EU sets aside EUR 3 billion, for just

<sup>91</sup> Recital 20 of the Constitutive Agreement.

<sup>92</sup> Factsheet on the EU Emergency Trust Fund for Africa of 12 September 2017, p. 4. Available on the TFA webpage, [https://ec.europa.eu/trustfundforafrica/sites/euetfa/files/eu\\_emergency\\_trust\\_fund\\_for\\_africa\\_21-02-2018.pdf](https://ec.europa.eu/trustfundforafrica/sites/euetfa/files/eu_emergency_trust_fund_for_africa_21-02-2018.pdf).

<sup>93</sup> *Ibidem*.

<sup>94</sup> HERRERO CANGAS, KNOLL, *The EU Trust Fund for Africa: A new EU instrument to accelerate peace and prosperity?*, GREAT Insights Magazine, 2006, 5(1), p. 2.

<sup>95</sup> See Commission Decision of 10 February 2016 on the Facility for Refugees in Turkey amending Commission Decision C(2015)9500 of 24 November 2015 (OJ C 60, 16.2.2016, p. 3). For more information, see the communication from the Commission to

one country and within a shorter time period (2016-2017). A further EUR 3 billion will be mobilised up to the end of 2018 if the initial allocation is used in full and all commitments are respected<sup>96</sup>. Conversely, EUR 3.35 billion made available under the TFA are deemed to be sufficient to address the root causes of irregular migration and displacement of persons in Africa, by developing actions in 24 countries (and more besides, if we consider that recipient countries' neighbours may also benefit from the TFA)<sup>97</sup> within a timeframe of twice the length.

In short, TFA resources are vastly disproportionate to cover an overall framework of action for addressing the root causes of irregular migration and forced displacement.

#### *14. Cooperation for development vs. addressing migration flows*

The last – but probably most significant – contradiction lies in the dichotomy between development action and the mitigation of migration.

The idea at the heart of the TFA is that urgent action is required to curb the heavy migration flow from Africa to Europe by addressing the root causes of migration through development cooperation. Under this strategy, fostering the development of countries of origin and transit countries will help to resolve the crisis by tackling migration at its roots.

Nonetheless, addressing the root causes of illegal migration and forced displacement through development cooperation is something that can only be accomplished in the long term, if at all. Conversely, in the short and medium term, social and economic development, whether or not the result of economic aid, tends to stimulate rather than reduce migration flows.

Several studies on the migration/development nexus, conducted from the 1990s on, show that the relationship between migration and development is neither linear nor inversely proportional<sup>98</sup>. In short, in con-

the European Parliament and the Council on the First Annual Report on the Facility for Refugees in Turkey of 2 March 2017 (COM(2017)0130). For updated figures, see the official website of the EU Facility for Turkey, at: [https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/news\\_corner/migration\\_en](https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/news_corner/migration_en).

<sup>96</sup> See new Partnership Framework, p. 4.

<sup>97</sup> See Art. 2.2(d) of the Constitutive Agreement.

<sup>98</sup> According to some authors, the migration-development nexus can be better understood if other elements, such as security, are also taken into account. Ninna N. Sørensen affirms: 'Migration, development and security are integrally linked but habitually studied in "pairs" related to the geopolitical concern at hand: migration–security when concerned with national and regional policy agendas of the global North; migration–development

trast to the mainstream narrative favoured by the media and political spheres, migration is far from being a linear function of development. At best, there would appear to be an inverted-U relationship (so called “migration hump”<sup>99</sup>) between income in countries of origin and income in countries of destination.

Both those who have analysed the empirical relationship between development and migration using bilateral, state-by-state national-level data, and those who have used “gravity models” to analyse the nexus have reached this conclusion<sup>100</sup>.

Indeed,

empirical and theoretical evidence strongly suggests that economic and human development increases people’s capabilities and aspirations and therefore tends to coincide with an increase rather than a decrease in emigration, at least in the short to medium term<sup>101</sup>.

More drastically,

rather than absolute poverty, a certain level of socio-economic development, combined with relative deprivation in the form of global inequality in development opportunities, seems to be the most important cause of migration<sup>102</sup>.

Economic migration tends to decrease only further down the line, when the wage spread between countries of origin and destination countries has reduced significantly<sup>103</sup>. Other authors maintain that de-

when concerned with the problems (and possible solutions) for the migrant-producing global South; and security–development when concerned with complex policy problems in countries emerging from violent conflict’ (SØRENSEN, *Revisiting the Migration–Development Nexus: From Social Networks and Remittances to Markets for Migration Control*, in *International Migration*, 2012, 50(3), p. 62).

<sup>99</sup> The expression ‘migration hump’ seems to have been coined by Philip L. Martin, in 1993 (MARTIN, *Trade and Migration: NAFTA and Agriculture*, Washington D.C., 1993).

<sup>100</sup> For a general overview, see LETOUZÉ, PURSER, RODRÍGUEZ, CUMMINS, *Revisiting the Migration-Development Nexus: A Gravity Model Approach*, Human Development Research Paper no. 44, 2009, pp. 7 ff.

<sup>101</sup> DE HAAS, *Turning the tide? Why development will not stop migration*, in *Development and Change*, 2007, p. 819.

<sup>102</sup> DE HAAS, *International migration, remittances and development: myths and facts*, in *Third World Quarterly*, 2005, p. 1271.

<sup>103</sup> The extent to which migration flows decrease in the long run is variable; depending from several factors, according to “gravity models”: see LETOUZÉ, PURSER, RODRÍGUEZ, CUMMINS, *Revisiting the Migration-Development Nexus*, cit., pp. 9 ff.

velopment does not help reduce migratory flows in the long run either<sup>104</sup>.

In any case,

in the poorest countries, especially (such as the sub-Saharan African countries which are the target of much international aid), any take-off development is likely to lead to accelerating take-off emigration for the coming decades, which is the opposite of what 'development instead of migration' policies implicitly or explicitly aim to achieve<sup>105</sup>.

The question is as follows: has the TFA been designed to address the *root causes* of irregular migration and displaced persons in Africa through development cooperation and, in so doing, boost migration flows in the short- and medium-term? Or is it intended to address the migration flow crisis in the short term, diverting funds originally earmarked for development towards border control and repatriations?

*15. From structural contradictions to crucial concerns: development, migration and policy coherence for development.*

The analysis carried out in the previous sections casts doubt on the added value of the TFA and identifies some of the intrinsic contradictions of a tool proposed in key EU documents as a new model for future EU action in the field of development and migration management.

<sup>104</sup> Among others, GLICK SCHILLER, FAIST, *Introduction: migration, development and social transformation*, in *Social Analysis*, 2009, 53(3), affirm that, at present, there is still very weak evidence that 'economic development will eventually reduce emigration, although there will be an increase ("migration hump" or s-shaped migration curve) in the short and middle term' (p. 6). DE HAAS, in *International migration, remittances and development*, cit., lists among the 'seven migration myths that are prevalent in public discourses' the ideas that 'development policies, development assistance and trade liberalisation are an effective "remedy" against migration' (p. 271) as well as the assumption that 'states are able to "manage", largely control or stop migration' (pp. 1279-1280). The same author, in *Turning the tide?*, cit., drastically affirms: 'South-North migration is an outflow of the progressive incorporation of societies in wider, often global, economic, political and social contexts, as well as increases in wealth and access and exposure to education, information and images, which increase both the capabilities and aspirations to migrate [...]. Assuming continued globalization and global economic integration, there is little cause to expect a general decrease in mobility and migration. Migration will, in all likelihood, remain an intrinsic feature of our world' (p. 838).

<sup>105</sup> DE HAAS, *Turning the tide?*, cit., pp. 837.

These doubts and contradictions are not of a purely theoretical nature. Rather, they raise serious concerns as to the real goals pursued through the TFA. In the light of the analysis carried out in the previous sections, it is time to revisit the key question posed earlier in the text: has the TFA primarily been established to address the root causes of the contingent emergency, in line with PCD and with a view to the eradication of poverty? Or are development funds in fact being diverted to other policies in order to finance migration management and border control?

The emergency nature of the instrument, its duration, the express reference in the Constitutive Agreement to a short- and medium-term approach, the rapidity of disbursement, the value of the resources allocated, the framework within which the instrument has been launched and the emphasis placed on it in key documents on migration policies: all of this would appear to show that the main aim of the Trust Fund is to address the migration crisis and not its root causes; or, in other words, to increase the visibility of action taken by national governments and the EU in the context of the migration crisis.

This is not without consequences, in particular when taking into consideration the original destination of the funds pooled in the TFA. As noted above, the TFA's resources have largely come from the EDF, the DCI and other ODA-able sources. These are instruments primarily or totally devoted to development aid, and there is therefore a clear risk that these funds could be diverted away from development cooperation towards different goals, such as border control and counter-migration policies, as has been suggested by, among others, the European Parliament, in its Corrao resolution<sup>106</sup>.

Given that expenditure will need to comply with ODA reporting requirements, the risk that ODA-able sources could be used for other purposes is in fact low. However, a chain of more insidious risks exists, endangering overall EU development strategy, its coherence and its primary end.

Firstly, not every aid activity conforming to OECD Development Assistance Committee norms (i.e. that is DAC-able) is *in se* able to contribute to sustainable development or eradicate poverty. An example would be useful here: if a large amount of TFA resources is devoted to enhancing recipients' capacity to ensure functioning civil registries, or to buying fingerprint scanners or biometric technology, it is questionable whether this expenditure is contributing to sustainable development in that country or to eradicating poverty, even though it is clearly DAC-

<sup>106</sup> See paras. 11, 18, 19 and 32 of the Corrao resolution.

able. An analysis of the brief descriptions of the projects already approved, as outlined in the first Annual Report, seems to substantiate this fear<sup>107</sup>.

Secondly, the “mere” shifting of funds from a different instrument to the TFA (i.e. the *pooling* itself) is not without consequences: these resources have been diverted away from the original purpose for which they were intended, thereby undermining long-term development strategy. Indeed, excepting the funds drawn from the EDF reserve and those newly pledged by States, all the other funds, drawn from the 11<sup>th</sup> EDF and EU budget lines, have been dedicated to different long- and medium-term EU development strategies<sup>108</sup>. In short, funds are being diverted away from long-term policy objectives to short-term emergency projects (or rather to the quest for visibility).

Thirdly, through the TFA, ODA-able funds are being diverted from instruments covering a larger number of countries to the benefit of a smaller number which have been selected for being migrant countries of origin and transit<sup>109</sup> and are not necessarily the least developed. This is not coherent with the criteria for allocating EU development aid, which prioritise low-income and least developed countries<sup>110</sup>. Similarly, when these funds come from Regional Indicative Programmes, their use remains strictly bound to that specific territorial scope; nonetheless, only States covered under the TFA can benefit from this aid<sup>111</sup>: all the other States that could in principle benefit under the Regional Programmes are excluded, regardless of which are most in need of development assistance.

<sup>107</sup> According to the study *Misplaced Trust: Diverting EU Aid to Stop Migration. The EU Emergency Trust Fund for Africa*, published in September 2017 by LEMANSKA, GRINDATTO, VOITZWINKLER for Global Health Advocates, for instance, three quarters of the funds allocated in Niger under the TFA have gone towards migration management and governance (p. 8).

<sup>108</sup> According to the European Parliament, this could be, to a certain extent, ‘in breach of the financial rules’, and furthermore ‘jeopardises the success of long-term Union policies’ (para. 2 of the Corrao resolution).

<sup>109</sup> This seems to be the overall thrust of recital 3 of both the Constitutive Agreement and the Commission Decision (identical in both texts). See also pp. 3 and 4 of the Strategic Orientation Document.

<sup>110</sup> This concern is shared by the European Parliament (see paras. 12 and 13 of the Corrao Resolution) as well as by some NGOs (among others see LEMANSKA, GRINDATTO, VOITZWINKLER, *Misplaced Trust*, cit., p. 17). Arts. 2 and 84 to 87 of the Cotonou Agreement take the same view.

<sup>111</sup> Including, of course the African neighbours of the countries listed in Art. 2.2(a) to (c) of the Constitutive Agreement, but only under the conditions listed in Art. 2.2(d).

Finally, there are serious indications that not only in practice is priority given to projects with a strong migration management perspective<sup>112</sup>, but also that development aid can be heavily conditional on effective counter-migration policy implemented by recipient countries. This is what emerges when reading between the lines of the Commission decision and the Constitutive Agreement<sup>113</sup>, as well as the TFA Strategic Orientation Document<sup>114</sup>. Most importantly, the new Partnership Framework under the European Agenda on Migration makes this approach explicit, establishing it as the foundation of the new EU policy on migration.

The Framework repeatedly stresses the need for overall EU external action to ‘be guided by the ability and willingness of the [partner] countries to cooperate on migration management, notably in effectively preventing irregular migration and readmitting irregular migrants’<sup>115</sup>; it also outlines a model for cooperation, involving,

for each partner country, the development of a mix of positive and negative incentives, the use of which should be governed by a clear understanding that the overall relationship between the EU and that country will be guided in particular by the ability and willingness of the country to cooperate on migration management<sup>116</sup>.

In order to develop this kind of cooperation, the new Partnership Framework proposes that the pattern of the TFA – as well as of the Madad Fund and the Facility for Refugees in Turkey – be replicated throughout EU external action policy<sup>117</sup>.

The Council, for its part, welcomed ‘the introduction of the more-for-more principle’ and conditionality on readmission<sup>118</sup>, identifying the TFA within this framework as one of the ‘appropriate instruments’

<sup>112</sup> Among others, Art. 2.2(d) of the Constitutive Agreement states that ‘African neighbours of these countries could also benefit, on a case by case basis, from projects with a regional dimension’, but only ‘in order to deal with the regional migration flows and related challenges’. See also the brief descriptions of the projects already approved, published in the 2016 Annual Report (pp. 50 ff.), and the Global Health Advocates analysis (LEMANSKA, GRINDATTO, VOITZWINKLER, *Misplaced Trust*, cit., pp. 8 ff.).

<sup>113</sup> For the prioritisation of projects with a strong migration management perspective, see para. 2 of Annex I to the Constitutive Agreement.

<sup>114</sup> See Strategic Orientation Document, pp. 3-4, 8-9 and 12-13.

<sup>115</sup> See new Partnership Framework, p. 6.

<sup>116</sup> *Ibidem*, p. 17.

<sup>117</sup> *Ibidem*, pp. 9-10.

<sup>118</sup> Press release No. 711/15 of the Council of the European Union of 8 October 2015 entitled ‘Council conclusions on the future of the return policy’, para. 12.

through which to fund cooperation on readmission and the reintegration of returnees<sup>119</sup>.

Under the new Partnership Framework, ‘the full range of policies and EU external relations instruments have to be brought to bear’ and must be based on ‘a mix of positive and negative incentives’<sup>120</sup>. The use of these incentives ‘should be governed by a clear understanding that the overall relationship between the EU and [each partner] country will be guided in particular by the ability and willingness of the country to cooperate on migration management’<sup>121</sup>.

This new approach, modelled on the TFA, clearly implies the re-prioritisation of development funding and the instrumentalisation of development policy. This also raises serious concerns as to the potential impact of these policies on human rights, when containing migratory flows involves cooperating with countries that tolerate or commit serious violations of fundamental rights<sup>122</sup>. Furthermore, it risks seriously undermining EU policy coherence for development and contravening Article 208 of the TFEU and Article 19 of the Cotonou Agreement.

Poverty eradication, rather than migration management, should be the driver of development policy. Countering illicit migration flows could constitute a legitimate policy aim for the EU and its Member States, but this goal should not be pursued by diverting funds intended for development cooperation, thereby undermining PCD<sup>123</sup>.

Nonetheless, development policy in its most recent form, as conceived by the EU and its Member States, seems to be moving in the opposite direction. In launching *inter alia* the TFA, the Valletta Action Plan clearly states that ‘the EU, its Member States and associated countries will step up efforts to mainstream migration into their development cooperation’<sup>124</sup>. In addition, the new Partnership Framework clearly explains:

Increasing coherence between migration and development policy is important to ensure that development assistance helps partner countries manage migration more effectively, and also incentivises them to effectively cooperate on readmission of irregular migrants. Positive and negative in-

<sup>119</sup> *Ibidem*, para. 4.

<sup>120</sup> New Partnership Framework, p. 6.

<sup>121</sup> *Ibidem*, p. 17.

<sup>122</sup> With reference to the TFA, the European Parliament expressed these concerns in para. 33 of the Corrao resolution.

<sup>123</sup> *Ibidem*, paras. 23, 27 and 33.

<sup>124</sup> See Valletta Action Plan, p. 1.

centives should be integrated in the EU's development policy, rewarding those countries that fulfil their international obligation to readmit their own nationals, and those that cooperate in managing the flows of irregular migrants from third countries, as well as those taking action to adequately host persons fleeing conflict and persecution. Equally, there must be consequences for those who do not cooperate on readmission and return.

In practice, the concept of PCD itself has been turned on its head: it is not migration policy that must be oriented towards development, but rather development policies that must be used to improve migration management.

The TFA and trust funds in general have become important tools in this new strategy, at a time when the EU must rethink its development policy: the Cotonou Agreement will expire in 2020, while the new European Consensus on Development, which contains reference to trust funds, was signed in June 2017<sup>125</sup>.

## 16. Concluding remarks

In conclusion, the Trust Fund for Africa – established in somewhat of a rush and under pressure from public opinion, during the Valletta Summit on migration – is a political instrument, conceived to respond to a political crisis, through political means. Accordingly, in creating the tool, important issues such as those implied by its legal complexity, the internationally agreed Busan principles on development effectiveness, PCD and even Article 208 of the TFEU have been hastily set aside (raising a great number of questions), and an emphasis has been put on visibility for EU and Member State action. This approach has generated some deep-rooted contradictions, intrinsic to the TFA itself.

Given its political nature, the TFA has been used as an opportunity to draw attention to the action taken: rapid delivery of results has been a determining factor when selecting projects, but their implementation has not been quite so swift<sup>126</sup>.

In short, the TFA represents a remarkable example of what has been called *experimental governance*<sup>127</sup>, part of the 'EU budgetary response'

<sup>125</sup> See para. 80 of the new European Consensus on Development.

<sup>126</sup> This is what has been denounced also by development agencies, according to LEMANSKA, GRINDATTO, VOITZWINKLER, *Misplaced Trust*, cit. (p. 9).

<sup>127</sup> DEN HERTOOG, *EU Budgetary Responses*, cit., p. 14. According to den Hertog, experimental governance 'is generating issues concerning existing rules and accountabil-

to the migration crisis. This approach is characterised by the announcement of ‘new funding’ (often simply diverted from different long-term actions, and not always deployed when newly pledged), the search for flexibility in selecting projects and spending funds (with very little or no control on the part of the European Parliament or civil society), and strong communication and visibility for the EU and its Member States. This technique is even more apparent in the case of the TFA, where a strong emphasis has been placed on ‘EU action’, despite the fact that, for the reasons expressed, *stricto sensu* the EU is only involved indirectly.

Visibility, rapidity and flexibility are of course positive aspects and should be implemented in future EU external development action, as lessons learned from the TFA. Nonetheless, these results cannot be achieved at the expense of the fundamental principles and values of development cooperation and the EU itself, including the Busan principles, PCD, Article 208 of the TFEU and Article 19 of the Cotonou Agreement, where relevant. A structural reform of development cooperation assistance is required post-Cotonou, with a view to the “budgetisation” of the EDF, swifter procedures, a long-term perspective based on data gathering and research, and increased involvement of the European Parliament and civil society. Above all, it should be clear that border control and migration management cannot be primarily financed by means of development funds and that, in any case, development can only ‘contribute in the long term to *normalising* migratory flows’, rather than eliminate them<sup>128</sup>. Unfortunately, it seems that the wind is blowing in the opposite direction. Hard times are in store for development policy.

ity’, in particular ‘the rules and objectives governing the existing EU funds’. For an example of experimental governance in relation to the ‘migration crisis’ in internal EU affairs, see CASOLARI, *Lo strano caso del Regolamento 2016/396, ovvero della fornitura di sostegno di emergenza all’interno dell’Unione ai tempi della crisi*, in TRIGGIANI, CHERUBINI, INGRAVALLO, NALIN, VIRZO (a cura di), *Dialoghi con Ugo Villani*, Bari, 2017, p. 519. On p. 530, the author explains how this approach could jeopardise respect for the rule of law.

<sup>128</sup> See Art. 13, para. 4 of the Cotonou Agreement.

# LA GESTIONE DEI FLUSSI MIGRATORI NEL QUADRO DELLE POLITICHE UE DI AIUTO ALLO SVILUPPO: CRITICITÀ E PARADOSSI

Federico FERRI\*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Gli aiuti europei allo sviluppo per la prevenzione dell’immigrazione irregolare. – 3. Prima questione: verso un ulteriore irrigidimento dei poteri degli Stati membri nelle politiche migratorie UE? – 4. Seconda questione: verso una progressiva restrizione dei diritti concernenti la protezione internazionale? – 5. Conclusioni.

## 1. Introduzione

*“Protecting the rights of migrants and refugees and improving their situation inside and outside the EU is at the heart of our European agenda [...]. We are also the largest development donor and work tirelessly to create a better future for migrants around the world”.*

Queste parole sono state estrapolate dalla Dichiarazione che la Commissione europea ha reso in occasione della “Giornata internazionale del migrante” del 2016<sup>1</sup>.

Lo scenario evocato dalla Commissione in corrispondenza di un evento talmente solenne sembra essere confortante e questo soprattutto per due ragioni. La prima è che, da quanto viene affermato, l’Unione europea, mossa da una comunione di intenti tra Stati membri, starebbe affrontando le questioni legate ai migranti anche negli Stati terzi di origine e attraverso l’allocazione di aiuti allo sviluppo. La seconda è che queste risorse sarebbero consistenti e, anzi, paiono essere quanto meno idonee a porre le basi per migliorare le condizioni di vita dei migranti “a casa loro” (per utilizzare un’espressione oggi in voga), eliminando le cause profonde delle migrazioni nei paesi che ricevono gli aiuti.

\* Assegnista di ricerca in Diritto europeo presso l’Università di Bologna.

<sup>1</sup> European Commission, Joint Statement on the occasion of International Migrant Day on 18 December, doc. STATEMENT/16/4440, del 16 dicembre 2016 ([http://europa.eu/rapid/press-release\\_STATEMENT-16-4440\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_STATEMENT-16-4440_en.htm)).

E se non fosse esattamente così? Se dietro agli aiuti europei allo sviluppo nel contesto della gestione dei flussi migratori si celassero interessi nazionali suscettibili di “contaminare” parte dell’impianto giuridico dello spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia, e non solo?

Ebbene, nel presente contributo si intende approfondire la relazione tra la politica di cooperazione allo sviluppo dell’Unione europea e la dimensione esterna delle politiche migratorie UE, con un’ enfasi progressivamente più marcata sul sistema europeo in materia di protezione internazionale. Più precisamente, dopo avere ricostruito il contesto giuridico e fattuale di riferimento, saranno trattati due argomenti: prima si prospetteranno le possibili alterazioni nell’equilibrio di poteri tra Unione e Stati membri che potrebbero derivare dalle nuove sinergie tra le politiche oggetto di indagine; in seguito, si discuteranno i profili giuridici di tale rapporto in merito ai diritti di protezione internazionale dei migranti negli Stati beneficiari degli aiuti allo sviluppo (per la gestione dei flussi migratori)<sup>2</sup>.

Si anticipa che l’analisi ruoterà attorno agli strumenti che contemplano aiuti a carattere non prettamente emergenziale, dunque ci si concentrerà sugli aiuti allo sviluppo e non sugli aiuti umanitari<sup>3</sup>; e nella categoria degli aiuti allo sviluppo saranno sussunte le risorse erogate direttamente dall’Unione e quelle provenienti dagli Stati membri grazie a forme di sostegno dell’Unione, tant’è vero che si userà prevalentemente l’espressione “aiuti europei” allo sviluppo. Quanto all’ambito spaziale, invece, l’attenzione sarà diretta al continente africano, con precipuo riferimento ad aree nelle quali tanto l’Unione europea quanto l’Italia stanno assumendo iniziative di cooperazione allo sviluppo tese a incidere sui fenomeni migratori.

## *2. Gli aiuti europei allo sviluppo per la prevenzione dell’immigrazione irregolare*

Negli ultimi tempi, si è assistito a una crescente commistione tra

<sup>2</sup> Con il presente lavoro ci si propone di dare seguito all’analisi sviluppata in FERRI, *Convergenza delle politiche migratorie e di cooperazione allo sviluppo dell’Unione europea e accordi con Stati terzi*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2016(3-4), pp. 39-69, muovendo però da una prospettiva differente e focalizzandosi su una relazione più specifica.

<sup>3</sup> Per questo, nel presente contributo non saranno discussi strumenti quali la celebre “Dichiarazione UE-Turchia” del 18 marzo 2016 (comunque analizzata altrove in questo stesso volume).

l'ormai consolidata dimensione esterna delle politiche migratorie dell'Unione europea<sup>4</sup> e uno specifico settore dell'azione esterna UE, vale a dire la cooperazione europea allo sviluppo, disciplinata dagli artt. 208 ss. TFUE<sup>5</sup>.

Ricordando che la politica europea di cooperazione allo sviluppo trova la sua espressione principale nell'Accordo di Cotonou del 2000 e che, dopo un'iniziale estensione agli Stati dell'area "Africa, Caraibi e

<sup>4</sup> L'affermazione e l'evoluzione della dimensione esterna delle politiche migratorie dell'Unione si evince dai contenuti di numerosi atti di diritto derivato UE di natura politico-programmatica, molti dei quali sono stati adottati tempo addietro e riprendono un'esigenza avvertita già all'epoca in cui lo "Spazio libertà, sicurezza e giustizia" era completamente assoggettato al metodo intergovernativo. Si veda, per esempio: Conclusions of the Presidency of the European Council, Edinburgh, 11-12 December, doc. SN 456/1/92 REV 1, del 12 dicembre 1992; Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo, Tampere, del 15 e 16 ottobre 1999; Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo, Siviglia, 21-22 giugno 2002, doc. 13463/02 POLGEN 52, del 24 ottobre 2002; Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo, Salonicco, 19-20 giugno 2003, doc. 11638/03 POLGEN 55, del 1° ottobre 2004; Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo, Bruxelles, 4-5 novembre 2004, doc. 14292/1/04 REV 1, dell'8 dicembre 2004; Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo, *Il programma dell'Aia: dieci priorità per i prossimi cinque anni Partenariato per rinnovare l'Europa nel campo della libertà, sicurezza e giustizia*, doc. COM(2005)184 def., del 10 maggio 2005; Comunicazione della Commissione, *Una strategia sulla dimensione esterna dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, doc. COM(2005)491 def., del 12 ottobre 2005; Conclusioni del Consiglio europeo, Bruxelles, 10-11 dicembre 2009, doc. EUCO 6/09, dell'11 dicembre 2009. Per contributi di dottrina sull'argomento, si segnalano, *ex multis*, BARBOU DES PLACES, *L'asile, un exemple de cohérence entre les volets interne et externe de l'ELSJ*, in FLAESCH-MOUGIN, ROSSI (dir.), *La dimension extérieure de l'espace de liberté, de sécurité et de justice de l'Union européenne après le Traité de Lisbonne [colloques, 4 mars 2011, à Bologne et 22 et 23 septembre 2011, à Rennes; organisés par l'Université de Bologne, l'Université de Rennes et l'Université libre de Bruxelles]*, Bruxelles, 2013, pp. 353-376; PASCOAU, *La politique migratoire de l'Union européenne: de Schengen à Lisbonne*, Clermont-Ferrand, 2010, pp. 488-500, BALZAQ, *The External Dimension of EU Justice and Home Affairs. Governance, Neighbours, Security*, Basingstoke, 2009, pp. 21-31; CARDWELL, *EU External Relations and Systems of Governance: The CFSP, Euro-Mediterranean Partnership and Migration*, London-New York, 2009, pp. 140-170; DE BRUYCKER, WEYEMBERGH, *The External Dimension of the European Area of Freedom Security and Justice*, in TELÒ (ed.) *The European Union and Global Governance*, London, 2009, pp. 210-229.

<sup>5</sup> Per approfondimenti sulla cooperazione allo sviluppo a livello internazionale ed europeo, si rinvia a VAN VOOREN, WESSEL, *EU External Relations Law: Text, Cases and Materials*, Cambridge, 2014, pp. 311-343; DANN, *The Law of Development Cooperation: A Comparative Analysis of the World Bank, the EU and Germany*, Cambridge, 2013; BROMBERG, *Don't Mess with the Missionary Man! On the Principle of Coherence, the Missionary Principle and the European Union's Development Policy*, in CARDWELL (ed.), *EU External Relations Law and Policy in the Post-Lisbon Era*, The Hague, 2012, pp. 181-198; SAPUTELLI, *La cooperazione allo sviluppo e la cooperazione economica e finanziaria con i paesi terzi*, in *Le politiche dell'Unione*, vol. III, fa parte di MANGIAMELI (a cura di), *L'Ordinamento europeo*, Milano, 2008, pp. 1045-1094.

Pacifico” (“ACP”), con l’avvento dell’ultima programmazione finanziaria dell’Unione è stata circoscritta in prevalenza al continente africano, gli intrecci tra la dimensione esterna delle politiche migratorie UE e gli aiuti europei allo sviluppo in via di principio non dovrebbero sorprendere<sup>6</sup>. Invero, tale sovrapposizione si pone in linea con la logica della clausola “diritti umani e democrazia”, che ispira, sulla scorta dei principi fissati dagli artt. 21 TUE e 205 TFUE, la quasi totalità degli accordi internazionali dei quali l’Unione è parte; inoltre, l’accostamento di una politica a vocazione assistenziale all’origine dei fenomeni migratori può dirsi aderente alla nuova concezione antropocentrica che lo sviluppo (sostenibile) ha assunto nel diritto internazionale<sup>7</sup>.

Senonché, a seguito del perdurante incremento dei flussi migratori dovuto alle rivolte occorse in vari Stati nordafricani e mediorientali dal 2011, il legame tra aiuti europei allo sviluppo e dimensione esterna delle politiche migratorie UE si è polarizzato a ridosso della prevenzione

<sup>6</sup> In effetti, non si tratta neppure di un’autentica novità “post Lisbona”. L’andamento in esame è desumibile all’interno del noto “Approccio globale” in materia di migrazione: cfr. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, *Priorità d’azione per rispondere alle sfide dell’immigrazione. Prima iniziativa presa dopo la riunione di Hampton Court*, doc. COM(2005)621 def., del 30 novembre 2005. Cfr. anche Comunicazione della Commissione europea, *L’approccio globale in materia di migrazione un anno dopo: verso una politica europea globale della migrazione*, doc. COM(2006)735 def., del 30 novembre 2006; Comunicazione della Commissione europea, *Rafforzare l’approccio globale in materia di migrazione: aumentare il coordinamento, la coerenza e le sinergie*, COM(2008)611 def., dell’8 ottobre 2008 (in particolare, p. 2); Comunicazione della Commissione europea, *Potenziare l’impatto della politica di sviluppo dell’Unione europea: un programma di cambiamento*, doc. COM(2011)637 def., del 13 ottobre 2011 (in particolare p. 13). Discorso analogo per il cosiddetto “Consenso europeo”: cfr. Dichiarazione comune del Consiglio e dei rappresentanti dei governi degli Stati membri riuniti in sede di Consiglio, del Parlamento europeo e della Commissione sulla politica di sviluppo dell’Unione europea: «Il consenso europeo» (2006/C 46/01), del 20.12.2005, in GUUE n. C 46, del 24 febbraio 2006. p. 1 ss.

<sup>7</sup> Ci si riferisce, in particolare, al programma d’azione adottato dall’Assemblea generale delle Nazioni Unite in relazione ai nuovi obiettivi per lo sviluppo sostenibile. V. Assemblea generale, *Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development*, UN doc. A/RES/70/1, 25 September 2015, punto 29. Si veda, analogamente, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Proposta relativa a un nuovo consenso europeo in materia di sviluppo. Il nostro mondo, la nostra dignità, il nostro futuro*, doc. COM(2016)740 def., del 22 novembre 2016, punti 56-57. In sintesi, gli aiuti allo sviluppo a favore di Stati arretrati sono caldeggiati anche al fine di ridurre le cause che inducono molti individui ad abbandonare forzatamente il loro paese di origine per giungere in altri Stati come irregolari o richiedenti protezione internazionale: si ricorda l’evento *High-Level Dialogue on International Migration and Development*, promosso dall’Organizzazione internazionale per le migrazioni nel 2013 (<http://unofficeny.iom.int/high-level-dialogue-international-migration-and-development>).

dell'immigrazione "irregolare", accezione che, come si dirà meglio oltre (Paragrafo 4), pare sottintendere una preventiva e impropria attribuzione di *status*. Essenzialmente, lo stanziamento di risorse per lo sviluppo di Stati (africani) dai quali proviene o transita un'elevata percentuale di migranti, generalmente in posizione vulnerabile e diretti verso Stati UE, ha preso a essere subordinato all'impegno dei governi locali nell'impedire le partenze degli irregolari. Siffatto disegno, quindi, fa sì che nel compromesso tra chi finanzia e chi riceve irrompano esigenze avvertite in misura significativa da molti Stati membri (e da vari Stati africani).

Attualmente, questo nuovo approccio si radica nell'"Agenda europea sulla migrazione", lanciata dalla Commissione nel maggio del 2015<sup>8</sup> all'indomani di una riunione straordinaria del Consiglio europeo<sup>9</sup>, e segna una svolta ulteriore verso un'esternalizzazione delle frontiere dell'Unione, da attuare con strumenti tipici dell'azione esterna: l'Agenda europea sulla migrazione prelude così al coinvolgimento attivo dei *partner*, che vengono con ciò chiamati a prevenire le migrazioni irregolari verso il territorio dell'Unione.

L'approccio sancito dalla Commissione si regge su un "quadro di partenariato" che trova attuazione per mezzo di "patti", ovvero strumenti ibridi di cooperazione politica per l'assunzione di impegni reciproci<sup>10</sup>. In pratica, il sistema introdotto dall'Agenda europea sulla migrazione fortifica la possibilità per l'Unione e gli Stati membri di adottare strumenti di varia natura, riconducibili a piattaforme regionali di dialogo aventi più ampia portata, quali il Processo di Rabat del 2006 (per l'Africa settentrionale, occidentale e centrale)<sup>11</sup> e il Processo di Khartoum del 2014 (per il Corno d'Africa e l'Africa mediterranea)<sup>12</sup>: questi ultimi, ancorché non obbligatori, rappresentano il retroterra di iniziative seguenti, che rispecchiano la scelta di incentivare taluni Stati africani ad assumere funzioni di controllo delle frontiere esterne dell'Unione, al

<sup>8</sup> Comunicazione della Commissione europea, *Agenda europea sulla migrazione*, doc. COM(2015)240 def., del 13 maggio 2015.

<sup>9</sup> Riunione straordinaria del Consiglio europeo, 23 aprile 2015 – dichiarazione (<http://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2015/04/23-special-euco-statement/>).

<sup>10</sup> Comunicazione della Commissione europea, *Sulla creazione di un nuovo quadro di partenariato con i paesi terzi nell'ambito dell'agenda europea sulla migrazione*, doc. COM(2016)385 def., del 7 giugno 2016.

<sup>11</sup> Il testo del documento di riferimento è disponibile alla seguente pagina: [https://www.iom.int/sites/default/files/our\\_work/ICP/RCP/fr\\_declaration\\_prog\\_rome\\_fin\\_al\\_27\\_11\\_2014.pdf](https://www.iom.int/sites/default/files/our_work/ICP/RCP/fr_declaration_prog_rome_fin_al_27_11_2014.pdf).

<sup>12</sup> Il testo del documento di riferimento è disponibile alla seguente pagina: <http://italia2014.eu/media/3785/declaration-of-the-ministerial-conference-of-the-khartoum-process.pdf>.

prezzo di aiuti europei allo sviluppo. La riprova di quanto si sostiene è rintracciabile tra le righe della Dichiarazione e, in maniera ancor più nitida, del Piano d'azione de La Valletta, adottati nel novembre 2015 alla fine di un vertice tra i Capi di Stato e di governo dei paesi UE e africani<sup>13</sup>.

Così, nel contesto che si sta definendo sono state perfezionate intese, spesso bilaterali, tra Stati africani, da una parte, e l'Unione europea e/o Stati membri, dall'altra. Va detto, comunque, che di regola l'Unione ha avallato gli strumenti di cui non è divenuta parte formale, come nel caso del *Memorandum* tra Italia e Libia<sup>14</sup>, pressoché contemporaneo alla Dichiarazione di Malta del febbraio 2017<sup>15</sup>.

Riassumendo, i rapporti venutisi a creare sono sostanzialmente di *soft law* e implicano il trasferimento di risorse a Stati come il Sudan, l'Eritrea, l'Etiopia, il Niger, il Gambia, la Libia e altri, e si prevede che gli emolumenti siano erogati su base pluriennale e con cadenza variabile, fatta salva la presa in carico, a opera dei beneficiari, del contenimento delle migrazioni irregolari<sup>16</sup>.

<sup>13</sup> Si vedano i seguenti testi: *Valletta Summit, 11-12 November 2015: Political Declaration* (in particolare il punto 7) e *Valletta Summit, 11-12 November 2015: Action Plan*, entrambi consultabili a questa pagina: <http://www.consilium.europa.eu/it/meetings/international-summit/2015/11/11-12/>. Cfr. anche MORGESE, *Recenti iniziative dell'Unione europea per affrontare la crisi dei rifugiati*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2015(3-4), pp. 1 ss.; NASCIBENE, *Verso un vertice internazionale ed europeo sull'immigrazione: quali prospettive?*, in *Eurojus.it*, 2015, disponibile alla pagina: <http://rivista.eurojus.it/verso-un-vertice-internazionale-ed-europeo-sull-immigrazione-quali-prospettive/>.

<sup>14</sup> *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* (<http://www.governo.it/sites/governoNEW.it/files/Libia.pdf>).

<sup>15</sup> Dichiarazione di Malta dei membri del Consiglio europeo sugli aspetti esterni della migrazione: affrontare la rotta del Mediterraneo centrale, del 3 febbraio 2017, consultabile alla pagina: <http://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2017/01/03-malta-declaration/>.

<sup>16</sup> Per maggiori dettagli sull'erogazione di risorse UE, si vedano: Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo e al Consiglio, *Prima relazione sui progressi compiuti relativamente al nuovo quadro di partenariato con i paesi terzi nell'ambito dell'agenda europea sulla migrazione*, doc. COM(2016)700, def., del 18 ottobre 2016, specialmente pp. 14-15; Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo e al Consiglio, *Seconda relazione sui progressi compiuti — Primi risultati tangibili del quadro di partenariato con i paesi terzi nell'ambito dell'agenda europea sulla migrazione*, doc. COM(2016)960 def., del 14 dicembre 2016, specialmente pp. 14-18.

### 3. Prima questione: verso un ulteriore irrigidimento dei poteri degli Stati membri nelle politiche migratorie UE?

Giunti a questo punto, è possibile iniziare ad addentrarsi nella duplice relazione tra l'approccio propugnato dall'Agenda europea sulla migrazione e le politiche migratorie dell'Unione europea.

La prima traiettoria da seguire ha come punto di partenza la sfera interna dell'Unione e copre le ricadute che possono verificarsi sull'unitarietà del quadro giuridico UE in tema di politiche migratorie a causa delle dinamiche tra cooperazione europea allo sviluppo e prevenzione dell'immigrazione irregolare.

Già, perché gli aggettivi «comune» o «integrato» sono alquanto ricorrenti in materia di politiche migratorie UE: limitandosi semplicemente agli artt. 77, co. 1, lett. c), 78, co. 1, e 79, co. 1, TFUE, letti sotto la lente dell'art. 3, co. 2, TUE, si evince l'intenzione degli Stati membri di assegnare all'Unione ampi poteri rispetto al passato. Eppure, a dispetto di ciò che recano le norme indicate, si registrano profonde divergenze tra Stati membri, che si estendono a molteplici aspetti delle politiche migratorie *lato sensu*. Come se non bastasse, nell'ultimo periodo le tensioni tra Stati membri si sono acuite fino a generare un clima di perdurante sfiducia reciproca tra Stati di arrivo/prima accoglienza e Stati di destinazione finale dei migranti. Dal punto di vista del diritto dell'Unione europea tale sfiducia tra Stati membri (o gruppi di Stati) ha condotto alla paralisi del principio di solidarietà, di fatto accantonato malgrado il disposto dell'art. 80 TFUE; in più, come efficacemente osservato in dottrina, nell'ambito delle politiche migratorie la solidarietà è stata interpretata solo in chiave economica, «lasciando ciascuno Stato a gestire le proprie frontiere esterne nell'interesse di tutti gli Stati UE»<sup>17</sup>.

Chiariti questi aspetti, non sorprende che la gestione dei flussi migratori sia stata significativamente “delegata” all'azione esterna UE, ove gli Stati membri vantano prerogative più solide e possono eludere o anticipare alcune delle barriere che incontrerebbero se il metodo comunitario potesse essere pienamente applicato. Ciò vale a maggior ragione se il settore dell'azione esterna di riferimento primario è la politica di cooperazione allo sviluppo, la quale, ai sensi degli artt. 4, co. 4, e 208 TFUE, è

<sup>17</sup> FAVILLI, *La responsabilità dei Governi degli Stati membri nella difficile costruzione di un'autentica politica dell'Unione Europea di immigrazione e di asilo*, in *Quaderni di SIDI Blog*, 2015, p. 199. Cfr. anche IPPOLITO, *La “tragedia” delle frontiere europee*, in *European Papers – European Forum*, 2016, pp. 660-662 ([http://europeanpapers.eu/en/system/files/pdf\\_version/EP\\_EF\\_2016\\_1\\_009\\_Francesca\\_Ippolito.pdf](http://europeanpapers.eu/en/system/files/pdf_version/EP_EF_2016_1_009_Francesca_Ippolito.pdf)).

soggetta a un parallelismo di competenze tra Unione e Stati membri. In altre parole, l'intersezione tra aiuti europei allo sviluppo e dimensione esterna delle politiche migratorie dell'Unione apre la via a soluzioni alternative rispetto alle iniziative che possono essere realizzate in forza degli artt. 77, 78 e 79 TFUE, facilitando giocoforza l'erosione di poteri sovranazionali a vantaggio degli Stati membri.

Ricollegandosi alle caratteristiche predominanti degli strumenti con cui l'Unione accetta, anche per il tramite di uno o più Stati membri, che siano veicolate risorse allo sviluppo verso determinati Stati terzi per ottenere come contropartita il blocco dei flussi migratori, ci si riesce a spiegare meglio come stia avvenendo questa alterazione degli equilibri di potere tra livelli.

Iniziative quali il Processo di Rabat, il Processo di Khartoum e le intese che vi fanno capo assumono la veste di accordi politici e, per l'effetto, informali, poiché sorgono svincolati dalle regole dettate dal TFUE sulla conclusione di accordi internazionali da parte dell'Unione europea; tuttavia, sarebbe erroneo credere che l'"irritualità" di questi strumenti rimanga fine a sé stessa.

Si segnala che gli strumenti di cooperazione UE allo sviluppo contenenti la condizionalità della prevenzione dell'immigrazione irregolare, non essendo congegnati come accordi internazionali tipici e giuridicamente vincolanti, mancano di un'esplicita base giuridica: sono i contenuti dei testi a rendere incontrovertibile il nesso con la cooperazione allo sviluppo. Oltretutto, tali strumenti sono il prodotto di negoziazioni nient'affatto trasparenti e di procedure rispetto alle quali il Parlamento europeo non ha alcun potere decisionale o consultivo; pertanto, vengono inibite le disposizioni *ex art. 218, co. 6, lett. a) e b)*<sup>18</sup>, con reazioni a catena sulla democraticità delle iniziative intraprese. In tal modo, tra l'altro, questi strumenti vengono sottratti all'applicazione dell'ultimo comma dell'art. 218 TFUE, che apre all'eventuale sindacato preventivo e vincolante della Corte di Giustizia dell'Unione europea sui testi di accordi internazionali negoziati dall'Unione; la circostanza non è certo trascurabile, dato che un ipotetico intervento dei giudici di Lussemburgo potrebbe come minimo portare all'enunciazione di orientamenti più nitidi.

<sup>18</sup> Non essendo menzionati nell'elenco contenuto alla lett. a) dell'art. 218, co. 6, TFUE, gli accordi UE di cooperazione e sviluppo rientrerebbero automaticamente nella categoria residuale definita alla lett. b) della medesima norma; quindi, l'adozione degli accordi di cooperazione allo sviluppo conclusi dall'Unione dipenderebbe dalla previa consultazione del Parlamento europeo.

Tutto questo accade anche perché le dinamiche tra politiche e settori che vengono in rilievo sono profondamente intrise di una concezione sempre più securitaria dell'immigrazione, cosa che spinge gli Stati membri dell'Unione a prediligere la definizione di impegni con paesi terzi passando per canali diplomatici anche quando si agisce formalmente sotto l'egida dell'Unione europea<sup>19</sup>.

Per altro verso, essendo in gioco la politica di cooperazione allo sviluppo, per gli Stati membri risulterà agevole un ricorso, per così dire, "di convenienza", all'art. 209, co. 2, seconda frase, che attribuisce agli Stati la competenza a concludere accordi in autonomia. A questa norma potrebbero tecnicamente essere ricondotti strumenti come le intese bilaterali scaturenti dai Processi di Rabat e Khartoum: per esempio, il *Memo-randum* Italia-Libia, appoggiato dall'Unione europea<sup>20</sup>. Insomma, gli Stati membri godrebbero di un margine di manovra sufficiente per declinare interessi individuali di controllo delle frontiere nelle iniziative esterne di sviluppo locale.

Logicamente, esaminando la questione nel suo complesso dalla prospettiva delle competenze sovranazionali, a risentirne non è unicamente la cooperazione europea allo sviluppo, che viene deviata dalla sua "missione" ufficiale, cioè la progressiva eliminazione della povertà, e sganciata dai principi guida dell'azione esterna; pure il processo di avvicinamento a politiche migratorie che siano davvero comuni, per l'appunto, non può che essere rallentato dall'interventismo talvolta autarchico degli Stati membri.

Forse, la cartina al tornasole della dissociazione tra teoria e pratica nei discorsi sulla guida dell'Unione nelle politiche migratorie UE, soprattutto se considerate nella loro dimensione esterna, è simboleggiata dalle linee di finanziamento più strategiche ai fini dell'attuazione dell'Agenda europea sulla migrazione. D'altronde, è proprio la Commissione ad affermare che:

«(i)l fine ultimo del quadro di partenariato è un impegno coerente e modulato in base al quale l'Unione e gli Stati membri agiscano in modo coordinato mettendo insieme strumenti e leve per instaurare partenariati (patti)

<sup>19</sup> Illustre dottrina ritiene che questo approccio sia portato avanti anche dalla Commissione e che esso debba essere visto come un «*executive privilege*» che mal si adatta con l'ordinamento *sui generis* dell'Unione europea, in quanto tipico degli ordinamenti statali: cfr. DE CAPITANI, *Politiche UE in materia di frontiere, migrazione e asilo sotto la Presidenza italiana del Consiglio dell'Unione (secondo semestre 2014)*, in *Eurojus*, 2015 (<http://rivista.eurojus.it/politiche-ue-in-materia-di-frontiere-migrazione-e-asilo-sotto-la-presidenza-italiana-del-consiglio-dellunione-secondo-semester-2014/>).

<sup>20</sup> Dichiarazione di Malta del 3 febbraio 2017, cit., punto 6, lett. j).

globali con i paesi terzi volti a gestire meglio la migrazione nel pieno rispetto dei nostri obblighi in termini di assistenza umanitaria e diritti umani. Per cambiare realmente le cose, occorre utilizzare tutte le politiche e tutti gli strumenti dell'UE nel campo delle relazioni esterne. Questo richiede un approccio diverso e nuove idee, combinando incentivi positivi e negativi e utilizzando tutti i mezzi di pressione e tutti gli strumenti. Ovviamente, per conseguire i nostri obiettivi dobbiamo essere pronti ad adattare la nostra programmazione in termini di relazioni bilaterali e finanziamenti»<sup>21</sup>.

Dunque, è anche osservando da vicino come vengono utilizzati questi strumenti di finanziamento che si può accertare come gli Stati membri abbiano optato per il rafforzamento dei propri poteri nelle politiche migratorie UE.

Ad esempio, il Fondo europeo di sviluppo (di seguito, "FES") è lo strumento con cui generalmente vengono finanziati i progetti di cooperazione allo sviluppo, ma non rientra nel bilancio UE ed è alimentato dagli Stati membri; comprensibilmente, la regolamentazione del FES è affidata a un apposito accordo tra Stati e la relativa gestione ricade in larga misura all'interno di una complessa rete di poteri condivisi tra livelli, con ruoli di primo piano per i governi nazionali. Ultimamente, poi, l'Unione si è dimostrata incline a canalizzare gli aiuti europei allo sviluppo anche attraverso fondi fiduciari, vale a dire strumenti del tutto eccezionali e prodromici alla catalizzazione di risorse di diversa provenienza. Emblematico è il nuovo Fondo fiduciario di emergenza per l'Africa, con dotazione iniziale di 1,8 miliardi di Euro<sup>22</sup>: il Fondo fiduciario per l'Africa risente fortemente dell'impronta dei singoli ordinamenti giuridici nazionali e attinge per quasi tre quarti del suo totale al FES, mentre le risorse rimanenti dovrebbero (il condizionale qui è d'obbligo) essere rappresen-

<sup>21</sup> COM(2016)385, cit., pp. 6-7.

<sup>22</sup> Si aggiungano anche i 3 miliardi di Euro previsti dallo Strumento per i rifugiati a favore della Turchia. Benché esso non si collochi formalmente tra gli strumenti di cooperazione allo sviluppo, l'importo indicato sarà suddiviso tra contributi degli Stati membri in diversa misura (per due terzi) e risorse del bilancio UE (per un terzo). Davanti a queste cifre, appare per lo meno singolare il confronto tra la vastità delle risorse allo sviluppo previste per le politiche migratorie nella loro dimensione esterna e l'ammontare dei principali fondi e programmi a impatto interno che la programmazione finanziaria 2014-2020 aveva riservato alla materia di protezione internazionale su un arco di sette anni (le risorse di AMIF e FSI nel loro complesso ammontano a circa 7 miliardi di Euro; e di questi, una quota importante riguarda il binomio "migrazione-sicurezza"). Tale paragone contribuisce a dare l'idea di come, nella visione dell'Unione europea, l'assistenza, l'accoglienza e l'integrazione a favore dei migranti in posizione vulnerabile debba cedere il passo alla prevenzione dell'immigrazione (irregolare?) già nei paesi di origine e transito.

tate da contributi statali<sup>23</sup>. Addirittura, da qualche mese è in corso la programmazione di un piano per gli investimenti eterni, rivolto principalmente all'Africa, che dovrebbe fare leva su un nuovo fondo europeo connesso al bilancio UE e gestito sì dalla Commissione, ma attraverso piattaforme regionali<sup>24</sup>.

Si intuisce che la pianificazione degli aiuti allo sviluppo, se ancillare alla prevenzione dell'immigrazione irregolare e formulata in questi termini, crea distorsioni all'interno del Quadro finanziario pluriennale dell'Unione europea e aumenta esponenzialmente le difficoltà nella tracciabilità dei flussi di denaro e il rischio di asservimento delle politiche migratorie UE a esigenze contingenti degli Stati membri: tornando al già citato *Memorandum* tra Italia e Libia, l'Unione ha genericamente affermato che sosterrà la cooperazione politica tra i due paesi, ma non è dato sapere come ciò avverrà. Giova fare presente che queste preoccupazioni sono state esternate a più riprese anche dal Parlamento europeo<sup>25</sup>.

Come si vede, l'(in)auspicato rinvigorismento dei poteri sovranazionali nelle politiche migratorie UE non trova confortanti riscontri fattuali nel *modus operandi* riferibile all'Agenda europea sulla migrazione, poiché l'ingerenza degli Stati membri è destinata ad avvertirsi oltremodo nella selezione delle priorità, nell'ammontare dei finanziamenti per ciascuna priorità, nonché nei tempi e nei modi dei trasferimenti delle risorse.

<sup>23</sup> Tuttavia, i contributi degli Stati membri sono stati a lungo esigui. Cfr. Relazione del Parlamento europeo sul Fondo fiduciario dell'UE per l'Africa: le implicazioni per lo sviluppo e gli aiuti umanitari, doc. A8-0221/2016, del 28 giugno 2016, punto 1.

<sup>24</sup> V. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni e alla Banca europea per gli investimenti, *Potenziare gli investimenti per la crescita e l'occupazione: verso la seconda fase del Fondo europeo per gli investimenti strategici e verso il piano europeo per gli investimenti esterni*, doc. COM(2016)581, del 14 settembre 2016, pp. 7-16, Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, relativo al Fondo europeo per lo sviluppo sostenibile (*European Fund for Sustainable Development, EFSD*) e che istituisce la garanzia dell'EFSD e il fondo di garanzia EFSD, doc. COM(2016)586 def., del 14 settembre 2016.

<sup>25</sup> Risoluzione del Parlamento europeo del 13 settembre 2016 sul Fondo fiduciario dell'UE per l'Africa: le implicazioni per lo sviluppo e gli aiuti umanitari, doc. (2015/2341(INI)), in particolare punto 5. Cfr. anche: DEN HERTOOG, *EU Budgetary Responses to the 'Refugee Crisis' Reconfiguring the Funding Landscape*, CEPS Paper in Liberty and Security in Europe No. 93, 2016 (<https://www.ceps.eu/system/files/LSE%20No%2093%20LdH%20on%20EU%20Budgetary%20Responses%20to%20the%20Refugee%20Crisis.pdf>); PRESTIANNI, *Le torbide basi economiche dell'esternalizzazione delle politiche di immigrazione e asilo dell'Unione europea in Africa*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2016(3-4), pp. 74-81; ARCI, documento di analisi, *Le tappe del processo di esternalizzazione del controllo alle frontiere in Africa, dal Summit della Valletta ad oggi*, 2016 ([http://www.integrationarci.it/wp-content/uploads/2016/06/sternalizzazione\\_docanalisiARCI\\_IT.pdf](http://www.integrationarci.it/wp-content/uploads/2016/06/sternalizzazione_docanalisiARCI_IT.pdf)).

4. *Seconda questione: verso una progressiva restrizione dei diritti concernenti la protezione internazionale?*

Le anomalie procedurali degli strumenti di cui si discute fanno da cornice a contenuti solitamente indecifrabili e questo vale sia per i rapporti dei quali l'Unione è parte effettiva, sia per quelli riguardanti singoli Stati membri<sup>26</sup>: l'influsso degli Stati membri nel processo di inclusione della prevenzione dell'immigrazione irregolare all'interno della politica europea di cooperazione allo sviluppo denuncia un alto grado di opacità anche in merito agli impegni che gli Stati *partner* stanno accogliendo e agli effetti che ne potranno discendere.

In particolare, è lecito interrogarsi sulle sorti dei diritti dei migranti in partenza o in transito da quegli Stati *partner* e domandarsi quali ripercussioni giuridiche rischino di verificarsi sulla loro persona in virtù dell'approccio suggellato con l'Agenda europea sulla migrazione e le successive attuative. Al riguardo, uno degli aspetti da monitorare con più urgenza è l'impatto sui diritti legati alla protezione internazionale di numerosi individui: ciò costituisce la seconda questione da approfondire nel presente contributo.

A differenza di quanto avvenuto nel paragrafo precedente, la seconda questione implica il definitivo trasferimento del centro gravitazionale dell'analisi nella sfera esterna dell'Unione; nondimeno, la disamina muove da considerazioni sulla politica di immigrazione, perché prima di procedere conviene indugiare rapidamente sulla nozione di migrante irregolare, per l'esattezza di migrante irregolare "*ab origine*".

Il punto nodale è che, sebbene gli Stati membri detengano cospicui poteri in merito all'ingresso degli stranieri entro i rispettivi confini, nel diritto UE non vi sono fondamenti certi per l'attribuzione dello *status* di irregolare a chi non abbia ancora attraversato le frontiere esterne dell'Unione<sup>27</sup>; per giunta, è doveroso precisare che lo *status* di rifugiato

<sup>26</sup> Ad esempio, il Processo di Khartoum è stato oggetto di un'interrogazione che il Parlamento europeo ha rivolto alla Commissione, anche se la risposta del Commissario Avramopoulos è risultata alquanto vaga: l'interrogazione parlamentare e la risposta sono consultabili alle seguenti pagine: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+WQ+E-2015-004123+0+DOC+XML+V0//IT>; <http://www.europarl.europa.eu/sides/getAllAnswers.do?reference=E-2015-004123&language=IT>. Cfr. anche RESLOW, *An Incompetent Actor? Assessing EU External Migration Policy*, in *European Foreign Affairs Review*, 2015, pp. 491-492, accessibile alla pagina: <http://www.kluwerlawonline.com/abstract.php?area=Journals&id=EERR2015041>.

<sup>27</sup> Per ulteriori considerazioni, v. CELLAMARE, *Lezioni su la disciplina dell'immigrazione irregolare nell'Unione europea*, Torino, 2011, pp. 14-16, MUNARI, *Controllo dei flussi migratori tra obblighi dell'Unione europea e rapporti bilaterali*

è «preesistente al suo riconoscimento ed esistente fino a prova contraria»<sup>28</sup>. Perciò, con l'Agenda europea sulla migrazione si sta verificando un'anticipazione della condizione di irregolarità del migrante: è come se il migrante proveniente dai (o transitante per i) paesi terzi che ricevono aiuti economici per salvaguardare le frontiere UE venisse automaticamente presunto irregolare. Lo si capisce anche dalla frequente attitudine, nel linguaggio delle istituzioni UE, a riferirsi perfino a situazioni di «illegalità», aspetto che ha suscitato disapprovazione nel sistema delle Nazioni Unite<sup>29</sup>.

Questo scenario non può che destare perplessità. Si ritiene che la condizionalità degli aiuti europei allo sviluppo per tutelare la dimensione esterna delle politiche migratorie UE, nella fattispecie della politica di immigrazione, si possa scontrare con i presupposti giuridici della protezione internazionale. È quanto meno controverso negare aprioristicamente qualsivoglia distinzione tra migranti, dando per assodata l'irregolarità del migrante prima che questi sia partito<sup>30</sup>; e a tale proposito, ci si sente di escludere che l'Unione possa di per sé assorbire meccanicamente prerogative nazionali ed esercitarle nella sua sfera esterna per far sì che l'art. 78 TFUE (che assoggetta la politica UE in materia di protezione internazionale all'esigenza di offrire «uno *status* appropriato a qualsiasi cittadino di un paese terzo che necessita di protezione internazionale») si pieghi a interessi particolari meglio garantiti dall'art. 79 TFUE, come il controllo sul volume di ingresso dei «migranti economici».

La prevenzione della migrazione irregolare che gli Stati destinatari di aiuti allo sviluppo sono chiamati ad assicurare per conto dell'Unione, lungi dal costituire un legittimo esercizio di poteri sovranazionali, assomiglia, semmai, a un orpello da utilizzare per svuotare di contenuto situazioni giuridiche soggettive basilari della protezione internazionale. Il risultato è che a numerosi individui sarà impedito di fare valere una serie di diritti riconosciuti pressoché universalmente e che peraltro possono essere invocati anche da chi si sia introdotto irregolarmente in uno Stato

dell'Italia, in TRIGGIANI (a cura di), *Europa e Mediterraneo: le regole per la costruzione di una società integrata: XIV Convegno SIDI, Bari 18-19*, cit., pp. 276-277.

<sup>28</sup> DE PASQUALE, *Respingimenti, rimpatri e asilo: la tutela dei migranti irregolari nell'UE*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2010, p. 33.

<sup>29</sup> Cfr., ad esempio, CRÉPEAU, *Report of the Special Rapporteur on the human rights of migrants*, UN doc. A/HRC/29/36, 8 May 2015, in particolare il punto 72, ove si afferma che i migranti in posizione irregolare non sono, in quanto tali, penalmente responsabili di un crimine.

<sup>30</sup> Ci si rifà anche alle osservazioni di più ampio respiro contenute in PALM, *Did 2016 Mark a New Start for EU External Migration Policy, or Was It Business as Usual?*, IAI Working Papers, 2016, pp. 5-6 (<http://www.iai.it/sites/default/files/iaiwpl633.pdf>).

membro dell'Unione: su tutti, il diritto di presentare una domanda di asilo o di protezione alternativa e il diritto a che la richiesta sia compiutamente esaminata<sup>31</sup>. Preme poi rimarcare che l'interessato, ai sensi del diritto UE applicabile, non può nemmeno depositare una richiesta di protezione internazionale fuori dal territorio dell'Unione, se intende ricevere protezione internazionale al suo interno. Di conseguenza, per Unione e Stati membri diventa ancora più semplice aggirare i diritti di protezione internazionale di molti migranti.

Pertanto, l'erogazione di risorse allo sviluppo per esternalizzare le frontiere entra in rotta di collisione, oltre che con l'essenza stessa della politica *ex art.* 208 TFUE<sup>32</sup>, con le più importanti norme di diritto internazionale e dell'Unione europea in materia di asilo e, più in generale, di protezione internazionale: basti pensare, ovviamente, alla Convenzione di Ginevra del 1951 e al Protocollo del 1967 relativo alla *status* di rifugiato; oppure, è sufficiente scorrere il testo dell'art. 78 TFUE, dell'art. 18 della Carta dei diritti fondamentali e delle disposizioni chiave delle direttive "qualifiche" e "*status*"<sup>33</sup>. Del pari, così facendo l'Unione prende le distanze da solidi indirizzi della Corte di giustizia dell'Unione europea e della Corte europea dei diritti dell'uomo, entrambe storicamente proclivi ad accordare precedenza al sistema di garanzie dello straniero nell'alveo della protezione internazionale<sup>34</sup>.

<sup>31</sup> Per approfondimenti su altri diritti dei migranti irregolari già presenti in territorio UE (e sullo stato di attuazione di tali diritti), cfr. BORRACETTI, *La prima assistenza ai migranti in arrivo tra diritti fondamentali e zone franche*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2014(2), pp. 13-33.

<sup>32</sup> Cfr. anche FAVILLI, *La responsabilità*, cit., p. 204.

<sup>33</sup> Direttiva 2004/83/CE del Consiglio, del 29 aprile 2004, recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta, in GUUE L 304/12-23, del 30 settembre 2004; Direttiva 2011/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, recante norme sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta, in GUUE L 337/9-26, del 20 dicembre 2011.

<sup>34</sup> Si vedano, ad esempio, MUNARI, *Lo status di rifugiato e di richiedente protezione temporanea. La visione europea del «diritto di Ginevra»*, in AMADEO, SPITALERI (a cura di), *Le garanzie fondamentali dell'immigrato in Europa*, Torino, 2015, pp. 47-69; MORI, *Le politiche relative all'asilo e all'immigrazione tra garanzie giurisdizionali e ragioni della politica*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2016, p. 104, CASOLARI, *Il diritto di asilo*, in MANZINI, LOLLINI (a cura di), *Diritti fondamentali in Europa: un casebook*, Bologna, 2015, pp. 241-269, DE PASQUALE, *Respingimenti, rimpatri*, cit., pp. 26-29 e pp. 40-42.

Spostandosi ora su un piano più pratico, è appena il caso di spendere alcune parole sugli Stati terzi che ricevono aiuti allo sviluppo dall'Unione europea per occuparsi della prevenzione dell'immigrazione irregolare.

Non è difficile accorgersi che molti dei paesi coinvolti dall'Unione presentano enormi lacune strutturali in tema di tutela dei diritti fondamentali, lacune che immancabilmente affliggono la condizione di un alto numero di esseri umani. Alcuni esempi possono aiutare a comprendere meglio il contesto in cui si situa l'attuazione della condizionalità imposta dall'Unione con gli aiuti allo sviluppo.

Prendendo in esame il Processo di Khartoum, tra i vari "interlocutori" vi sono Stati tradizionalmente esclusi dal dialogo con l'Unione europea a causa di regimi dittatoriali e delle sistematiche violazioni dei diritti fondamentali da questi perpetrate, anche nei confronti dei migranti in partenza o in transito e soprattutto in spregio al principio di *non-refoulement*<sup>35</sup>. Nonostante ciò, l'Unione europea, stimolata in misura considerevole anche dall'Italia<sup>36</sup>, ha promesso o destinato ai governi di quei paesi risorse "vincolate" all'esercizio di attività di prevenzione delle migrazioni irregolari. Passando poi all'area del Sahel, l'attenzione non può che essere diretta alla Libia, a oggi uno dei *partner* più importanti

<sup>35</sup> Solo per fare alcuni esempi, la Corte penale internazionale ha emesso due mandati d'arresto nei confronti del Presidente della Repubblica sudanese, Omar Al Bashir, per numerosi crimini internazionali (cfr. International Criminal Court, *Case Information Sheet*, doc. ICC-PIDS-CIS-SUD-02-005/17\_Eng, del 6 aprile 2017, disponibile al seguente indirizzo: <https://www.icc-cpi.int/darfur/albashir/Documents/AlBashirEng.pdf>). Di recente, deportazioni di stranieri, ivi compresi rifugiati eritrei, sono state documentate da organizzazioni umanitarie, a riprova del fatto che la prevenzione dell'immigrazione irregolare "affidata" al Sudan sta dando luogo a effetti umanamente e giuridicamente aberranti (cfr., per es., il seguente resoconto di *Human Rights Watch*: <https://www.hrw.org/news/2016/05/30/sudan-hundreds-deported-likely-abuse>). Un caso frequente, più volte denunciato dall'Alto commissariato delle Nazioni Unite (UNHCR) per i rifugiati, è dato dalla violazione del principio di *non-refoulement* che il Sudan commette quando respinge richiedenti asilo e rifugiati eritrei nel loro paese d'origine (si rinvia, per es., ai comunicati UNHCR contenuti alle seguenti pagine: <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/search?page=search&docid=4e2ec8a36&query=1974%20Sudanese%20Asylum%20Act>, [http://europa.eu/rapid/press-release\\_MEMO-17-135\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-17-135_en.htm)), a sua volta al centro di critiche costanti per quanto riguarda gli insufficienti *standard* nazionali di protezione dei diritti fondamentali (si veda, per es., il recente rapporto di *Amnesty International* intitolato *Eritrea: Submission to the United Nations Human Rights Committee*, 2017).

<sup>36</sup> Sul ruolo propulsivo dell'Italia nel Processo di Khartoum, si veda la seguente pagina: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_MEMO-15-6026\\_it.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-15-6026_it.htm); v. anche COSLOVI, STOCCHIERO, *Il possibile contributo del Processo di Khartoum ad un nuovo migration compact con l'Etiopia*, Centro studi di politica internazionale, 2016, p. 7 ss., disponibile alla seguente pagina: [http://www.cespi.it/sites/default/files/documenti/cespi\\_processo\\_di\\_khartoum\\_e\\_compact\\_etiopia\\_finale.pdf](http://www.cespi.it/sites/default/files/documenti/cespi_processo_di_khartoum_e_compact_etiopia_finale.pdf).

dell'Italia. Malgrado le intese concluse per farne uno dei garanti del blocco alle migrazioni irregolari, la Libia non è neanche parte della Convenzione di Ginevra e rifugge gli obblighi internazionali imposti agli Stati nei confronti di richiedenti asilo e rifugiati<sup>37</sup>. Ne derivano tre ulteriori problematiche.

Da un lato, stante la prassi succintamente descritta, è arduo sostenere che gli Stati terzi da coinvolgere in base all'Agenda europea sulla migrazione soddisfino davvero i requisiti dell'art. 38 della Direttiva 2013/32/UE<sup>38</sup>, potendo così essere qualificati come paesi sicuri; inoltre, l'Unione starebbe paradossalmente supponendo che siano migranti economici individui che, al contrario, avrebbero sovente titolo per beneficiare a tutti gli effetti della protezione sussidiaria o temporanea, se non addirittura dello *status* di rifugiato<sup>39</sup>.

D'altro canto, gli strumenti con i quali l'Unione europea permette il trasferimento di risorse per lo sviluppo di Stati terzi chiamati ad anticipare la gestione delle frontiere UE, qualora la controparte sia uno Stato incline alla commissione di violazioni dei diritti fondamentali, producono palesi cortocircuiti anche con riferimento ai principi che governano l'azione esterna dell'Unione, alla necessità di promuovere all'esterno i valori dell'Unione (art. 3, co. 5, TUE), ivi compresi i diritti fondamentali (art. 2 TUE), nonché agli obiettivi di sviluppo delle Nazioni Unite, che

<sup>37</sup> Le Nazioni Unite hanno messo dettagliatamente in luce gli abusi compiuti in Libia ai danni di migranti (si veda, in particolare, United Nations Support Mission in Libya, Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, *"Detained and Dehumanised": Report on Human Rights Abuses on Migrants in Libya*, del 13 dicembre 2016, disponibile alla pagina: [http://www.ohchr.org/Documents/Countries/LY/DetainedAndDehumanised\\_en.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Countries/LY/DetainedAndDehumanised_en.pdf)). Subito prima della firma del *Memorandum* tra Italia e Libia, inoltre, anche la Commissione europea non ha esitato a riferire che "(c)onditions in the centres where migrants are held are unacceptable and fall short of international human rights standards" (si rinvia al seguente indirizzo: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_MEMO-17-135\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-17-135_en.htm)). Anche per queste ragioni il Memorandum Italia-Libia del febbraio 2017 è stato criticato: si veda, per es., E. BORSACCHI, *The Malta Declaration and the Italy – Libya Memorandum: a troubled relationship with external partners in migration*, in *International Law Blog*, 14 marzo 2017 (<https://aninternationallawblog.wordpress.com/2017/03/>).

<sup>38</sup> Direttiva 2013/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale (rifusione), in GUUE L 180/60-95, del 29 giugno 2013. Sul punto, sono interessanti anche le critiche riguardanti la posizione della Turchia, che però esula dal presente contributo, in quanto la Dichiarazione del 18 marzo 2016 non ha propriamente a oggetto aiuti allo sviluppo: cfr. FAVILLI, *La Cooperazione UE-Turchia per contenere il flusso dei migranti e richiedenti asilo: obiettivo riuscito?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, pp. 413-415.

<sup>39</sup> Si segnalano anche le considerazioni rese in FAVILLI, *La responsabilità*, cit., p. 202.

informano la cooperazione europea allo sviluppo, come si desume dall'art. 208, co. 3, TFUE<sup>40</sup>.

Infine, assegnando funzioni di controllo a Stati africani in relazione alla gestione dei flussi migratori, l'Unione contribuisce a indebolire il sistema di libera circolazione che vige nella Comunità Economica degli Stati dell'Africa Occidentale (spazio "ECOWAS").

## 5. Conclusioni

L'approfondimento degli spunti emersi dal tema selezionato permette di risolvere con apprezzabile certezza il dubbio manifestato nell'introduzione del presente contributo. La parziale sovrapposizione tra politica UE di cooperazione allo sviluppo e la dimensione esterna delle politiche migratorie europee in un'ottica di prevenzione delle migrazioni irregolari cela al suo interno una preoccupante deriva antiggiuridica che non ha nulla a che vedere con le intenzioni normalmente esternate dall'Unione.

Le incursioni dei poteri nazionali nelle politiche migratorie UE "via cooperazione allo sviluppo", soprattutto se spronate da incalzanti tensioni politico-sociali verso i migranti in un'epoca di attacchi terroristici di matrice islamica, finiranno per produrre effetti collaterali dentro e fuori l'Unione: dall'abbandono di qualsiasi modello di politica comune su immigrazione e asilo (in un momento storico in cui vi sarebbe bisogno di tutt'altro), allo sviamento delle finalità di più politiche UE, all'introduzione surrettizia di ostacoli all'esercizio dei diritti dei migranti. Ecco perché l'attuale paradigma della giustapposizione tra aiuti europei allo sviluppo e prevenzione delle immigrazioni irregolari sta acquisendo l'immagine di un freno per il processo di integrazione europea e di un "cavallo di Troia" per i diritti di protezione internazionale dei migranti provenienti da molti Stati *partner*.

Resta inteso che l'associazione tra politica di cooperazione allo sviluppo e dimensione esterna delle politiche migratorie dell'Unione non è di per sé da stigmatizzare, al contrario; è però limitante pensare che si tratti di una combinazione necessariamente vincente<sup>41</sup> ed è imprescindi-

<sup>40</sup> L'Unione comunque non è nuova a concludere accordi internazionali in simili contesti. Un esempio ulteriore è rappresentato dagli accordi commerciali con il Marocco aventi a oggetto il territorio occupato del Sahara occidentale, dove si trovano i campi profughi della popolazione Saharawi. Per maggiori informazioni sull'argomento, cfr. BALBONI, LASCHI (a cura di), *The European Union approach towards Western Sahara*, Bruxelles, 2017.

<sup>41</sup> Si veda, ad esempio, l'opinione di CRÉPEAU, Relatore speciale delle Nazioni Uni-

bile che l'Unione riveda i meccanismi che contribuiscono a definire questa relazione.

Segnatamente, gli aiuti allo sviluppo non dovrebbero servire a sostenere azioni tese a presumere, per ragioni di comodo, l'irregolarità dei migranti, ma a favorire l'apertura di canali migratori legali e sicuri<sup>42</sup>, obiettivo sinora ampiamente trascurato; è perciò indispensabile che Unione e Stati membri riorientino le priorità dell'incidenza degli aiuti allo sviluppo sulle migrazioni. A ciò sarà bene aggiungere l'istituzione di procedure più trasparenti per la conclusione degli accordi multilivello di cooperazione allo sviluppo, affinché l'allocazione delle risorse sia subordinata, in ogni suo passaggio, alla promozione e al rispetto dei diritti fondamentali, inclusi quelli dei migranti in posizione vulnerabile<sup>43</sup>. Per di più, nell'economia della riforma del sistema (comune?<sup>44</sup>) europeo di asilo, sarà molto importante ripensare le categorie entro le quali vengono classificati i migranti, onde evitare di dare per scontato che molti di essi siano per forza migranti economici. Infine, l'Unione dovrà rispondere a due necessità accessorie e collegate a quanto appena rilevato: rendere più stringenti i requisiti che uno Stato terzo deve possedere per potere essere qualificato come paese sicuro, superando nel frattempo l'assunto tale per cui può avere diritto a ottenere uno *status* di protezione internazionale solo chi proviene da un paese insicuro, e creare almeno i presupposti per dare concreta attuazione alla disciplina sulla protezione temporanea fissata dalla Direttiva 2001/55/CE, costantemente pregiudicata dall'esiguo livello di solidarietà tra Stati membri<sup>45</sup>.

te sui diritti dei migranti: <http://www.euractiv.fr/section/aide-au-developpement/news/le-developpement-accentue-les-migrations-affirme-un-rapporteur-de-l-onu/>.

<sup>42</sup> Cfr. anche *Open Letter to the peoples of Europe, the European Union, EU Member States and their representatives on the Justice and Home Affairs Council*, (<http://barbara-spinelli.it/wp-content/uploads/open-letter1.pdf>).

<sup>43</sup> Direzione generale delle Politiche esterne dell'Unione europea, *Migrants in the Mediterranean: Protecting Human Rights*, 2015, pp. 13-16, 27-34 e 58 ([http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/535005/EXPO\\_STU\(2015\)535005\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/535005/EXPO_STU(2015)535005_EN.pdf)).

<sup>44</sup> La domanda, a dire il vero, è retorica. Si rinvia alle considerazioni di: MUNARI, *The Perfect Storm on EU Asylum Law: The Need to Rethink the Dublin Regime*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, pp. 517-547; ADINOLFI, *Riconoscimento dello status di rifugiato e della protezione sussidiaria: verso un sistema comune europeo?*, in TRIGGIANI (a cura di), *Europa e Mediterraneo*, cit., pp. 237-266.

<sup>45</sup> Direttiva 2001/55/CE del Consiglio, del 20 luglio 2001, sulle norme minime per la concessione della protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati e sulla promozione dell'equilibrio degli sforzi tra gli Stati membri che ricevono gli sfollati e subiscono le conseguenze dell'accoglienza degli stessi, in GUUE, L 212/12-23, del 7 agosto 2001. Si condividono le osservazioni avanzate in FAVILLI, *La responsabilità*, cit., p. 199.

TERZA SESSIONE

**LE MIGRAZIONI DAL PUNTO DI VISTA  
DEI SOGGETTI PRIVATI**

*Le rotte dei migranti*



# LA NUOVA GUARDIA COSTIERA E DI FRONTIERA EUROPEA E I VECCHI PROBLEMI DI TUTELA DEI DIRITTI UMANI FONDAMENTALI

Martina GUIDI\*

SOMMARIO: 1. Brevi premesse. – 2. La nuova Agenzia europea per le frontiere e l'obbligo primario di rispetto dei diritti umani. – 3. Il controllo interno ed esterno sul rispetto dei diritti fondamentali. – 4. Il meccanismo di denuncia individuale delle violazioni dei diritti fondamentali. – 5. Il riparto di responsabilità tra Frontex *plus ultra* e gli Stati membri nella gestione delle frontiere esterne. – 6. Riflessioni conclusive.

## 1. *Brevi premesse*

Il rafforzamento dei controlli alle «frontiere esterne dell'Unione europea», intese come quella parte delle frontiere degli Stati membri che separano il loro territorio da quello di Stati terzi, è noto per essere stato concepito fin dall'origine come una misura compensativa rispetto all'abolizione dei controlli alle frontiere «interne», come un necessario corollario della libera circolazione delle persone nello «Spazio di libertà, sicurezza e giustizia». La sorveglianza della frontiera esterna ha un triplice scopo: impedire l'attraversamento non autorizzato e fermare coloro che attraversano irregolarmente le frontiere, rintracciare la criminalità transfrontaliera (traffico di migranti e tratta di esseri umani, ma anche terrorismo internazionale), prevenire minacce per la sicurezza interna, l'ordine pubblico e la salute negli Stati membri.

La gestione di questo settore sembra, ormai da qualche anno, inestricabilmente condizionata dalle difficoltà del sistema comune di asilo originato dagli ingenti flussi «misti» di migranti e richiedenti protezione internazionale in alcuni Stati membri. Rispetto a queste difficoltà l'esigenza di garantire maggiore sicurezza e una sorveglianza più efficace alle frontiere è risultata la priorità realmente condivisa, tanto che si è giunti piuttosto rapidamente a un convergente consenso da parte degli

\* Docente di diritto internazionale e diritto dell'Unione europea presso LUISS Guido Carli e Università telematica Giustino Fortunato.

Stati membri su alcune misure di protezione dello «spazio Schengen», tra le quali l'istituzione di una «nuova» Guardia di Frontiera e Costiera Europea (GFCE d'ora in poi) con poteri rafforzati di controllo sulle persone in entrata alle frontiere esterne, al fine di proteggere lo spazio europeo di libera circolazione<sup>1</sup>.

Sembra opportuno dissipare fin da subito un equivoco che può sorgere dalla definizione usata nel regolamento (UE) 2016/1624 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 settembre 2016 relativo alla guardia di frontiera e costiera europea<sup>2</sup>. In realtà, non si è istituita una vera e propria guardia europea, nel senso di corpo *ad hoc* alle dipendenze dell'Unione, bensì la GFCE è composta dall'Agenzia europea della guardia di frontiera e costiera («Frontex») e dalle autorità nazionali degli Stati membri preposte alla gestione delle frontiere, comprese le guardie costiere nella misura in cui svolgono compiti di controllo di frontiera<sup>3</sup>.

Si è piuttosto provveduto a un ampliamento del mandato di Frontex, ulteriore rispetto a quello operato con il regolamento del 2011, e all'attribuzione formale del nuovo *status* di Agenzia della Guardia di frontiera e costiera dell'Unione europea, con il compito di garantire una gestione europea integrata ed efficace delle frontiere esterne. La nuova Agenzia<sup>4</sup>, che potremmo chiamare *Frontex plus ultra*<sup>5</sup>, è stata dotata di

<sup>1</sup> Nella prassi recente è emerso in maniera lampante quanto il controllo delle frontiere esterne sia di estrema importanza per tutti gli Stati membri dell'UE e per i paesi associati al sistema Schengen di libera circolazione. Essendo, come è noto, stati aboliti i controlli permanenti alle frontiere interne dei paesi Schengen, quelli ai confini esterni svolgono un ruolo essenziale per garantire la sicurezza interna. La salvaguardia dello spazio Schengen dipende infatti dalla qualità della sorveglianza e l'efficacia dei controlli eseguiti dai paesi alle frontiere esterne dell'UE. In ciò risiede la ragione per cui ogni Stato membro è chiamato a provvedere alla gestione delle frontiere esterne nel proprio interesse e nell'interesse comune di tutti gli Stati (così art. 5, regolamento 2016/1624, che esamineremo nel dettaglio *infra* par. 5).

<sup>2</sup> Pubblicato nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea del 16 settembre 2016, serie L 251, pp. 1-76, questo regolamento modifica il regolamento (UE) 2016/399 del Parlamento europeo e del Consiglio e abroga il regolamento (CE) n. 863/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, il regolamento (CE) n. 2007/2004 del Consiglio e la decisione 2005/267/CE del Consiglio.

<sup>3</sup> Si tratta di una *legal fiction*, a *fake European Border and Coast Guard*, secondo DE BRUYCKER, *The European Border and Coast Guard: A New Model Built on an Old Logic*, in *European Papers*, 2016, n. 2, pp. 559-569.

<sup>4</sup> Le agenzie dell'UE sono organismi, istituiti con atti delle istituzioni europee, ai quali vengono affidati compiti di diversa natura: tecnica, scientifica, consultiva, operativa, di sostegno e coordinamento dell'azione delle autorità statali in specifici settori. In questi termini VILANI, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Bari, 2017, pp. 140-142, il quale elenca le numerose agenzie attualmente esistenti e ne delinea i caratteri distintivi.

<sup>5</sup> La nuova Agenzia mantiene la denominazione FRONTEX, già utilizzata per iden-

una maggiore quota di personale permanente e squadre «di riserva» da dispiegare rapidamente in caso di emergenza; ad essa è affidato il compito di «monitorare efficacemente l'attraversamento delle frontiere esterne e di affrontare le sfide migratorie e le potenziali minacce future a tali frontiere», anche attraverso poteri rafforzati per le operazioni di rimpatrio degli stranieri irregolari.

Tra i poteri attribuiti a Frontex *plus ultra* merita, in particolare, segnalare che nelle operazioni alle frontiere marittime esterne è consentita l'adozione di misure coercitive nei confronti delle navi intercettate (fermo, visita a bordo, ispezione e sequestro), che dovrebbero essere soggette alla sovranità dello Stato di cui battono bandiera, e delle persone a bordo (ispezione, fermo, arresto, rimpatrio). Siffatte misure, così come l'eventuale inadempimento rispetto agli obblighi di assistenza e soccorso a qualunque nave o persona in pericolo in mare e la violazione del divieto di uso delle armi o di trasferimento delle persone fermate in un luogo determinato, possono determinare ingerenze profondamente incisive nei diritti fondamentali delle persone coinvolte.

L'obiettivo dichiarato della “nuova” GFCE, a norma del regolamento 2016/1624, non consiste soltanto nel gestire efficacemente l'attraversamento delle frontiere esterne e affrontare le sfide migratorie e le potenziali minacce future a tali frontiere, ma anche fornire un contributo nella lotta contro la criminalità grave di dimensione transfrontaliera, quale il terrorismo internazionale, al fine di garantire un livello elevato di sicurezza interna nell'Unione<sup>6</sup>. Viene inoltre richiamata la generalizzata esigenza di salvaguardare la libera circolazione delle persone all'interno dello “spazio europeo”, nel concreto perseguimento della gestione securitaria dello stesso. Il pieno rispetto dei diritti fondamentali è presentato quale necessario “contesto di riferimento” entro il quale la GFCE deve muoversi per raggiungere i suddetti obiettivi.

Da qui originano due domande principali cui ci proponiamo di ri-

tificare l'antecedente Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne, istituita dal regolamento (CE) n. 2007/2004. Tuttavia, essa è sicuramente dotata di poteri e competenze ulteriori rispetto alla cosiddetta Frontex *plus*, come è stata definita l'operazione, poi ribattezzata *Triton*, che, nelle intenzioni originarie, avrebbe dovuto sostituire *Mare nostrum* a partire dal novembre 2014 nel pattugliamento del Mar Mediterraneo (limitatamente alle acque territoriali degli Stati membri) sotto l'egida dell'Unione europea. Malgrado il nome Frontex *plus* possa far pensare a un mandato accresciuto, in realtà in quell'occasione vi fu soltanto un aumento della disponibilità di mezzi aerei e navali, il rafforzamento delle relazioni con i Paesi di transito e la creazione di un coordinamento tra Stati membri, Paesi di origine e UNHCR.

<sup>6</sup> Così nel considerando n. 2 di tale regolamento.

spondere nel presente contributo<sup>7</sup>. Il «pieno rispetto dei diritti fondamentali», compreso il principio di *non refoulement*<sup>8</sup>, espressamente previsto nel regolamento istitutivo della GFCE è sottoposto a qualche meccanismo di controllo? A chi è imputabile la responsabilità di eventuali violazioni dei diritti poste in essere durante le operazioni (compresi i rimpatri) della Guardia stessa o in conseguenza di esse?

L'oggetto del presente contributo è dettato dall'esigenza di rispondere a siffatti quesiti. Non potranno perciò essere approfondite altre tematiche molto delicate ed interessanti, introdotte o parzialmente modificate nel regolamento 2016/1624, quali le aumentate competenze e risorse di Frontex *plus ultra* per fornire sostegno operativo agli Stati membri «in prima linea»<sup>9</sup>, la riserva di reazione rapida per gli interventi di emergenza con condivisione obbligatoria di risorse statali<sup>10</sup>, le valutazioni preventive della vulnerabilità degli Stati membri ad opera della stessa Frontex<sup>11</sup> e il sostegno nelle operazioni di rimpatrio<sup>12</sup>.

<sup>7</sup> Spunti critici su alcune delle questioni che sono affrontate nel presente contributo, ma con riferimento alla disciplina previgente, sono stati elaborati da CAGGIANO, *Attività e prospettive di intervento dell'Agenzia Frontex nel Mediterraneo*, in TRIGGIANI (a cura di), *Europa e Mediterraneo: le regole per la costruzione di una società integrata*, Napoli, 2010, pp. 403-427; LIGUORI, RICCIUTI, *Frontex ed il rispetto dei diritti umani nelle operazioni congiunte alle frontiere esterne dell'Unione europea*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2012, pp. 539-567; PASCOUAT, SCHUMACHER, *Frontex and the Respect of Fundamental Rights: From Better Protection to Full Responsibility*, in *European Policy Centre, Policy Brief*, 3 giugno 2014, disponibile online ([www.epc.eu](http://www.epc.eu)).

<sup>8</sup> In proposito v. GIANELLI, *Il carattere assoluto dell'obbligo di non-refoulement: la sentenza Saadi della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2008, pp. 449-456, e LANG, *Il divieto di refoulement tra CEDU e Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in AMADEO, SPITALERI (a cura di), *Le garanzie fondamentali dell'immigrato in Europa*, Torino, 2015, pp. 209-243.

<sup>9</sup> La definizione utilizzata dalla Commissione rievoca tristemente (e inopportuna-mente, a mio parere) il linguaggio bellico. Nella prima relazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo e al Consiglio sulle attività volte a rendere pienamente operativa la guardia di frontiera e costiera europea, COM(2017) 42 def. del 25.1.2017, sono stati inclusi tra gli Stati «in prima linea» la Grecia, l'Italia, la Bulgaria e i Balcani occidentali (Croazia e Ungheria). A partire dalla Terza relazione sulle attività volte a rendere pienamente operativa la guardia di frontiera e costiera europea, COM(2017) 219 def. del 2.5.2017 a tali Stati è stata aggiunta anche la Spagna.

<sup>10</sup> Per alcuni spunti di riflessione in proposito v. IPPOLITO, *La "tragedia" delle frontiere europee*, in *European Papers, Insight*, 9 maggio 2016, disponibile online, pp. 1-12, spec. pp. 8-10.

<sup>11</sup> Ai sensi del regolamento 2016/1624, a Frontex *plus ultra* è affidato il compito svolgere una valutazione della vulnerabilità, basata su criteri oggettivi, per verificare la capacità e la preparazione degli Stati membri a fronteggiare minacce e sfide alle loro frontiere esterne (art. 8, par. 1, lett. b), specialmente per quelli che devono fronteggiare sfide specifiche e sproporzionate, con eventuali ripercussioni immediate alle frontiere

## 2. La nuova Agenzia europea per le frontiere e l'obbligo primario di rispetto dei diritti umani

Le domande da cui trae spunto questo contributo nascono spontanee dinanzi alle numerose critiche mosse nei confronti di Frontex per la mancanza di trasparenza e di qualsivoglia assunzione di responsabilità nei numerosi episodi di violazioni dei diritti umani in danno dei migranti parte di flussi misti (composti sia da aventi diritto alla protezione internazionale sia da migranti “economici” irregolari)<sup>13</sup>. Critiche in questo senso sono state più volte avanzate non solo da parte di ONG operanti a tutela dei diritti umani<sup>14</sup>, ma anche dal Mediatore (o difensore civico) europeo<sup>15</sup> e dal Parlamento europeo<sup>16</sup>.

esterne e conseguenze successive sul corretto funzionamento dello spazio Schengen. Tale valutazione dovrebbe riguardare fra l'altro la disponibilità di attrezzature, infrastrutture, dotazione di bilancio e risorse finanziarie degli Stati membri, personale dotato di adeguata preparazione e competenza, necessarie ai fini del controllo di frontiera, e piani di emergenza per gestire eventuali crisi alle frontiere esterne (art. 13, paragrafi 2 e 3). È opportuno che gli Stati membri adottino misure per ovviare alle carenze e le vulnerabilità eventualmente rilevate nella valutazione. Ove necessario, il direttore esecutivo, in consultazione con lo Stato membro interessato, formula una raccomandazione che stabilisce le necessarie misure che lo Stato membro interessato *dovrebbe* adottare nonché il termine entro il quale attuare tali misure (v. art. 13, par. 6). Se le misure necessarie non sono adottate entro il termine stabilito, il direttore esecutivo riferisce la questione al consiglio di amministrazione e ne informa la Commissione. Il consiglio di amministrazione adotta, su proposta del direttore esecutivo, una decisione vincolante, che stabilisce le misure necessarie che lo Stato membro interessato *deve* adottare, nonché il termine entro il quale attuare tali misure (art. 13, par. 8).

<sup>12</sup> A detta della Commissione europea, il ritmo delle operazioni di rimpatrio organizzate da Frontex *plus ultra* ha continuato a intensificarsi nel corso dell'anno 2017. Secondo gli ultimi dati resi noti dalla stessa Commissione, in totale, tra il 1° gennaio e il 31 luglio, Frontex ha fornito sostegno a 193 operazioni di rimpatrio di cittadini di paesi terzi, in cui sono stati rimpatriati 8608 cittadini di paesi terzi irregolarmente soggiornanti (Quinta relazione sulle attività volte a rendere pienamente operativa la guardia di frontiera e costiera europea, COM(2017) 467 def. del 6.9.2017). Inoltre dal 7 gennaio 2017 sono disponibili per le operazioni tre nuove riserve di osservatori, scorte ed esperti per i rimpatri forzati, i cui compiti operativi e responsabilità giuridiche non sono ancora stati chiariti, nonostante nella Quarta relazione operativa, COM(2017) 325 def. del 13.6.2017, e nella Quinta relazione già citata, la Commissione avesse chiesto a Frontex di definirli immediatamente e con la massima urgenza.

<sup>13</sup> Primo fra tutti si contesta il mancato rispetto del divieto di respingimento, diretto e indiretto.

<sup>14</sup> Vedi in proposito l'ampio contributo di VITIELLO, *La cooperazione operativa tra Frontex e i paesi terzi nel contrasto all'immigrazione irregolare*, in CHERUBINI (a cura di), *Le migrazioni in Europa: UE, Stati terzi e migration outsourcing*, Roma, 2015, pp. 163-219.

<sup>15</sup> V. *Letter from the European Ombudsman to the Frontex concerning his draft re-*

Per comprendere meglio le ipotesi in cui possono rilevarsi effettivamente violazioni dei diritti delle persone coinvolte, occorre innanzitutto chiarire quali siano le fonti giuridiche di riferimento, invocabili a tutela di siffatti diritti. Indubbio parametro di legittimità delle operazioni della GFCE (compresi i rimpatri) – così come, in generale, della sua condotta – è la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Di volta in volta, a seconda del caso specifico e delle autorità di cui si contesta la condotta, occorre verificare se la Carta possa essere invocata dinanzi ai giudici nazionali o alla Corte di giustizia per garantire una sua applicazione sistematica e una tutela effettiva dei diritti ivi previsti, specialmente in favore delle persone richiedenti asilo, delle donne e dei minori non accompagnati, delle vittime di tratta internazionale.

Alcuni strumenti internazionali di cui siano parte gli Stati membri, ma non l'Unione europea, possono essere vincolanti anche per le istituzioni, organi e organismi (comprese le agenzie) dell'UE in virtù del richiamo ad opera dei Trattati istitutivi o di atti di diritto derivato (tra cui lo stesso regolamento 2016/1624). Ciò vale, in particolare, con riferimento alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo<sup>17</sup>, ma anche ad altre fonti di diritto internazionale pertinenti, nell'ambito delle attività della GFCE disciplinate nel nuovo regolamento istitutivo, quali la Conven-

*commendation* del 9 aprile 2013 sul caso OI/5/2012/BEH-MHZ (deciso il 12 novembre 2013), nella quale il Mediatore raccomanda a Frontex di rafforzare la salvaguardia dei diritti fondamentali, chiarendo le circostanze e la misura in cui l'Agenzia si considera responsabile delle eventuali violazioni di tali diritti nell'ambito delle proprie attività, definendo inoltre le modalità di tutela dei dati personali dei migranti intercettati e meccanismi di riparazione delle violazioni commesse.

<sup>16</sup> Con la risoluzione del 29 aprile 2015, sulle recenti tragedie nel Mediterraneo e sulle politiche dell'UE in materia di migrazione e asilo, 2015/2660(RSP), punto 1, il Parlamento europeo ha sollecitato l'Unione europea e gli Stati membri ad adoperarsi il più possibile onde ridurre la perdita di vite umane in mare. Di conseguenza, l'Unione e gli Stati membri costieri, come l'Italia, hanno condotto una nutrita serie di operazioni coordinate di ricerca e soccorso («SAR») o di controllo delle frontiere aventi il medesimo scopo, spesso unitamente a Frontex. Si trattava di operazioni disciplinate dal regolamento (UE) n. 656/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, recante norme per la sorveglianza delle frontiere marittime esterne nel contesto della cooperazione operativa coordinata dall'Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione europea (GU 2014, L 189, pag. 93).

<sup>17</sup> Tuttavia, soltanto qualora le violazioni dei diritti lamentate siano riconducibili a operazioni delle guardie di frontiera condotte “sotto il comando e controllo” di uno Stato membro, dunque siano imputabili alla sua responsabilità, gli individui potranno rivolgersi alla Corte di Strasburgo per ottenere tutela sulla base della sua ampia giurisprudenza in proposito (*in primis* la sentenza *Hirsi*), dopo aver esperito i rimedi giurisdizionali nazionali.

zione di Ginevra del 1951 relativa allo *status* di rifugiato e il suo Protocollo del 1967<sup>18</sup> (accanto agli obblighi derivanti dal principio generale di non respingimento e connessi all'accesso alla protezione internazionale), la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo, la Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna, la Convenzione di Tokyo relativa alle infrazioni e a determinati altri atti compiuti a bordo di aeromobili, la Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare, la Convenzione internazionale per la salvaguardia della vita umana in mare, la Convenzione internazionale sulla ricerca e il salvataggio marittimo.

Viene tuttavia precisato nel regolamento 2016/2014 che la sua applicazione non incide sulla ripartizione delle competenze tra l'Unione e gli Stati membri, a norma dei Trattati istitutivi, né sugli obblighi degli Stati membri sanciti da convenzioni internazionali, quali la Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare, la Convenzione internazionale per la salvaguardia della vita umana in mare, la Convenzione internazionale sulla ricerca e il salvataggio marittimo, la Convenzione internazionale per la prevenzione dell'inquinamento causato da navi, la Convenzione sulle norme relative alla formazione della gente di mare, al rilascio dei brevetti e alla guardia e altri pertinenti strumenti marittimi internazionali<sup>19</sup>. Nello specifico, conformemente al diritto dell'Unione e alle convenzioni richiamate, l'Agenzia ha il compito di assistere gli Stati membri nello svolgimento di operazioni di ricerca e soccorso al fine di proteggere e salvare vite, ogniquale volta e ovunque ciò sia richiesto.

Il regolamento UE 2016/1624 effettivamente contiene molte novità improntate a una maggiore severità dei controlli sugli Stati membri "di frontiera" e molta attenzione agli aspetti securitari, ma – sulla carta – anche alle esigenze di tutela dei diritti umani fondamentali e di rispetto del diritto internazionale e dell'Unione europea rilevante (specialmente negli interventi lungo la rotta marittima). L'Agenzia dichiara di contribuire attivamente all'applicazione continua e uniforme della legislazione dell'Unione, compreso l'*acquis* dell'Unione in materia di diritti fondamentali, a tutte le frontiere esterne dell'Unione<sup>20</sup>. In molti casi si tratta per lo più di obblighi generici e programmatici. In questo senso è prevista anche la collaborazione con l'Agenzia europea per i diritti fondamentali a norma dell'art. 52 del nuovo regolamento istitutivo.

<sup>18</sup> Strumenti espressamente richiamati all'art. 34, par. 1, del regolamento in esame.

<sup>19</sup> Così nel considerando n. 45 del regolamento in esame.

<sup>20</sup> Art. 6, par. 3, del regolamento in esame.

In numerose disposizioni si richiama il rispetto dei diritti fondamentali<sup>21</sup>, «compreso il principio di non respingimento», e la conformità dell'operato della GFCE al diritto dell'Unione e al diritto internazionale pertinente, quasi come una formula di stile. È espressamente previsto, ad esempio, all'art. 21, par. 4, che

«Nello svolgimento dei loro compiti e nell'esercizio delle loro competenze, i membri delle squadre *rispettano pienamente i diritti fondamentali*, compreso l'accesso alle procedure di asilo, e la dignità umana [...] essi non discriminano le persone in base al sesso, alla razza o all'origine etnica, alla religione o alle convinzioni personali, alla disabilità, all'età o all'orientamento sessuale» (corsivo aggiunto).

Per facilitare ciò, a norma dell'art. 36, Frontex assume specifici oneri formativi del personale coinvolto a proposito delle fonti giuridiche applicabili alle attività operative della GFCE:

«L'Agenzia adotta le iniziative necessarie per assicurare che tutte le guardie di frontiera e gli altri membri del personale degli Stati membri che fanno parte delle squadre della guardia di frontiera e costiera europea, come anche il personale dell'Agenzia, abbiano ricevuto, una formazione sul pertinente diritto dell'Unione e internazionale, *compresi i diritti fondamentali*, l'accesso alla protezione internazionale e, se del caso, la ricerca e il soccorso, prima di partecipare alle attività operative organizzate dall'Agenzia. [...] L'Agenzia crea e sviluppa un programma comune di base per la formazione delle guardie di frontiera e offre formazione a livello europeo per gli istruttori delle guardie di frontiera nazionali degli Stati membri, *anche in materia di diritti fondamentali*, di accesso alla protezione internazionale e per quanto riguarda il pertinente diritto del mare. Il programma comune di base mira a promuovere gli standard più elevati e le migliori prassi nell'attuazione della normativa dell'Unione in materia di gestione delle frontiere. L'Agenzia redige il programma co-

<sup>21</sup> Ad esempio, ai sensi dell'art. 18, par. 4, lett. a, avviene «nel pieno rispetto dei diritti fondamentali, la fornitura di assistenza nella selezione (*screening*) dei cittadini di paesi terzi che arrivano alle frontiere esterne, comprese l'identificazione e la registrazione di tali cittadini e la raccolta di informazioni dai medesimi (*debriefing*), nonché, se richiesto dallo Stato membro, il rilevamento delle loro impronte digitali e la comunicazione di informazioni circa lo scopo di tali procedure» ad opera delle squadre della GFCE, delle squadre europee di intervento per il rimpatrio e degli esperti del personale dell'Agenzia nel contesto delle squadre di sostegno. «Le squadre di sostegno per la gestione della migrazione comprendono, ove necessario, personale specializzato in materia di protezione dei minori, tratta di esseri umani, protezione contro le persecuzioni di genere e/o diritti fondamentali.» (*ibidem* par. 5).

mune di base previa consultazione del forum consultivo e del responsabile dei diritti fondamentali» (corsivo aggiunto).

Per evitare un'eccessiva pedanteria, non sembra opportuno riportare le numerose disposizioni in cui siano richiamati i diritti fondamentali. In generale, ai sensi del successivo art. 34:

«La guardia di frontiera e costiera europea garantisce la tutela dei diritti fondamentali nell'esecuzione dei suoi compiti a norma del presente regolamento in conformità del pertinente diritto dell'Unione, in particolare la Carta, il diritto internazionale pertinente, compresi la convenzione del 1951 relativa allo status di rifugiati e il suo protocollo del 1967, così come degli obblighi inerenti all'accesso alla protezione internazionale, in particolare il principio di non respingimento».

Nell'esecuzione dei propri compiti la GFCE è specificamente tenuta ad apprestare un'ampia tutela del principio di non respingimento, sia diretto che indiretto, provvedendo affinché nessuno sia sbarcato, obbligato a entrare o condotto in un paese, o altrimenti consegnato o riconsegnato alle autorità dello stesso, in violazione del principio di non respingimento, o in un paese nel quale sussista un rischio di espulsione o di rimpatrio verso un altro paese in violazione di detto principio. Nello stesso contesto delle proprie attività essa deve tener conto delle particolari esigenze dei minori, dei minori non accompagnati, delle persone con disabilità, delle vittime della tratta di esseri umani, delle persone bisognose di assistenza medica, delle persone bisognose di protezione internazionale, delle persone in pericolo in mare e di chiunque si trovi in una situazione di particolare vulnerabilità. Una specifica attenzione in tutte le attività della GFCE va dedicata ai diritti dei minori, in modo da garantire sempre il loro interesse superiore, secondo quanto disposto dall'art. 34, par. 3, del regolamento in esame.

A questi fini è emersa nella prassi precedente alla riforma del regolamento istitutivo l'esigenza di sviluppare un codice di condotta applicabile a tutte le operazioni di controllo di frontiera coordinate da Frontex e da tutti coloro che prendono parte alle attività dell'Agenzia. In esso, a norma dell'art. 35 del nuovo regolamento, vanno stabilite procedure intese a «garantire i principi dello Stato di diritto e il rispetto dei diritti fondamentali, con particolare attenzione nel caso delle persone vulnerabili, compresi i minori<sup>22</sup>, i minori non accompagnati e altre persone vul-

<sup>22</sup> Considerando n. 38: Conformemente agli strumenti di diritto internazionale come la convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo, ai sensi del presente regolamento si deve considerare minore la persona di età inferiore ai diciotto anni. L'interesse superiore del minore deve essere considerato preminente nelle attività dell'Agenzia.

nerabili, come anche delle persone che chiedono protezione internazionale».

È stato elaborato anche uno specifico «codice di condotta per il rimpatrio dei rimpatriandi», che descrive procedure *standard*, dirette a semplificare l'organizzazione delle operazioni e degli interventi di rimpatrio e a garantire che essi si svolgano in maniera umana e nel pieno rispetto dei diritti fondamentali, quali segnatamente la dignità umana, la proibizione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti, il diritto alla libertà e alla sicurezza e il diritto alla protezione dei dati personali e la non discriminazione<sup>23</sup>. Si tiene anche conto, in particolare, dell'obbligo degli Stati membri di prevedere un sistema di monitoraggio efficace dei rimpatri forzati di cui all'art. 8, par. 6, della direttiva 2008/115/CE<sup>24</sup>, e della strategia in materia di diritti fondamentali.

L'Agenzia, per quanto riguarda i rimpatri, svolge compiti di coordinamento e assistenza tecnico-operativa agli stati membri «nel rispetto dei diritti fondamentali e dei principi generali del diritto dell'Unione e del diritto internazionale, compresi gli obblighi in materia di protezione dei rifugiati e i diritti dei minori» (art. 27, par. 1, regolamento 2016/1624). Gli Stati membri partecipanti e l'Agenzia provvedono affinché il rispetto dei diritti fondamentali, il principio di non respingimento e l'uso proporzionato dei mezzi coercitivi siano garantiti durante l'intera operazione di rimpatrio (art. 28, par. 3). Delle implicazioni per i diritti fondamentali e dei rischi che tali operazioni comportano è tenuto conto nel «piano di rimpatrio», che definisce nel dettaglio gli aspetti organizzativi e procedurali dell'operazione di rimpatrio collettivo, concordati dal direttore esecutivo di Frontex e dagli Stati membri partecipanti. Qualora l'Agenzia nutra preoccupazioni circa il rispetto dei diritti fondamentali relativamente a un'operazione di rimpatrio, essa comunica tali preoccupazioni agli Stati membri partecipanti e alla Commissione (art. 28, par. 7), ma

<sup>23</sup> Cfr. raccomandazione (UE) 2017/2338 della Commissione, del 16 novembre 2017, che istituisce un manuale comune sul rimpatrio che le autorità competenti degli Stati membri devono utilizzare nell'espletamento dei compiti connessi al rimpatrio (pubblicata nella GU L 339, del 19.12.2017, pp. 83-159).

<sup>24</sup> A questi fini almeno un rappresentante di uno Stato membro e un osservatore del rimpatrio forzato, facente parte del gruppo istituito ai sensi dell'art. 29 del regolamento 2016/1624 o del sistema nazionale di monitoraggio dello Stato membro partecipante, sono presenti durante l'intera operazione di rimpatrio fino all'arrivo nel paese terzo di rimpatrio. L'Agenzia, previa consultazione con il responsabile dei diritti fondamentali, costituisce infatti, ai sensi dell'art. 29 sopra citato, una riserva di osservatori del rimpatrio forzato provenienti dagli organismi competenti, che svolgono attività di monitoraggio del rimpatrio forzato ai sensi dell'art. 8, par. 6, della direttiva 2008/115/CE e che sono stati formati conformemente all'art. 36 del nuovo regolamento.

non si fa cenno alle eventualità che potrebbero conseguire da una siffatta comunicazione.

A proposito di strategie, codici di condotta e simili strumenti “volontari”, si può rilevare che essi sono di per sé assimilabili al *soft law* per quanto riguarda i loro effetti<sup>25</sup>. In questo contesto occorre tuttavia tener presente la pronuncia del Tribunale, proprio in un ricorso contro Frontex<sup>26</sup>, la quale considera in una certa misura vincolanti anche atti (nel caso specifico orientamenti) che non possono essere qualificati quali norme di diritto. L'amministrazione è infatti tenuta a rispettare tali atti, secondo il Tribunale, poiché essi prevedono norme di condotta indicative della prassi da seguire da cui l'amministrazione non può discostarsi, in un caso particolare, senza fornire ragioni compatibili con il principio di parità di trattamento. Infatti, adottando siffatte norme di condotta e annunciando con la loro pubblicazione che saranno applicate ai casi ad esse riconducibili, l'istituzione europea in questione si autolimita nell'esercizio del suo potere discrezionale e non può discostarsi da tali norme. In caso contrario, l'istituzione – o l'organismo – in questione potrebbe essere sanzionata per violazione dei principi generali del diritto, quali la parità di trattamento o la tutela del legittimo affidamento. Non si può quindi escludere che, in presenza di talune condizioni e a seconda del loro contenuto, alcune norme di *soft law* dotate di una portata generale possano produrre effetti giuridici<sup>27</sup>.

Per quanto riguarda le operazioni congiunte alle frontiere esterne, in particolare, è previsto che il direttore esecutivo di Frontex e lo Stato membro ospitante, in consultazione con gli Stati membri partecipanti, concordino un piano operativo che definisce nel dettaglio gli aspetti organizzativi e procedurali dell'operazione congiunta. Esso copre tutti gli aspetti considerati necessari per la realizzazione dell'operazione congiunta, fra cui una descrizione dei compiti e delle responsabilità, anche per quanto riguarda il rispetto dei diritti fondamentali (par. 3, lett. d),

<sup>25</sup> Per una panoramica relativa al valore del *soft law* internazionale a tutela dei diritti umani, v. SCALESE, *Some Remarks on Soft Law and Human Rights*, in *Dialoghi con Ugo Villani*, Bari, 2017, pp. 371-380.

<sup>26</sup> Sentenza del Tribunale (sez. impugnazioni), *Kari Wahlström c. Frontex*, causa T-653/13 P, sentenza del 18 settembre 2015, punto 61, nell'ambito di un ricorso promosso da un agente temporaneo per l'annullamento di una sentenza del Tribunale della funzione pubblica dell'Unione europea.

<sup>27</sup> Nello stesso senso anche la sentenza della Corte di giustizia, *Dansk Rørindustri e altri c. Commissione*, cause riunite C-189/02 P, C-202/02 P, da C-205/02 P a C-208/02 P e C-213/02 P, sentenza del 28 giugno 2005, punti 209-211, e Tribunale, *Monaco c. Parlamento*, causa T-92/96, sentenza del 9 luglio 1997, punto 46.

nonché uno schema di relazioni e valutazioni contenente i parametri per la relazione di valutazione, anche per quanto riguarda la protezione dei diritti fondamentali (par. 3, lett. i). Il piano operativo è vincolante per l'Agencia, lo Stato membro ospitante e gli Stati membri partecipanti, ai sensi dell'art. 16, par. 3.

Nell'ambito della cooperazione tecnica e operativa tra Stati membri e paesi terzi, che Frontex agevola ed incoraggia ai sensi dell'art. 54, viene sottolineato l'obiettivo di promuovere le norme europee in materia di gestione delle frontiere e di rimpatrio, anche con riferimento alla protezione dei diritti fondamentali e al principio di non respingimento. Il pieno rispetto dei diritti fondamentali nel corso delle operazioni in un paese terzo nell'ambito delle quali i membri delle squadre disporranno di poteri esecutivi, o nel caso in cui altre attività in paesi terzi lo richiedano, è garantito dall'«accordo sullo status». Si tratta di un accordo che, ai sensi del par. 4 dell'articolo in esame, l'Unione conclude con il paese terzo interessato e riguarda tutti gli aspetti necessari all'esecuzione delle attività.

Un ulteriore elemento di “condizionalità” nella scelta dei paesi terzi dovrebbe essere tratto da quanto previsto nel successivo art. 55, ai sensi del quale i funzionari di collegamento della GFCE sono impiegati «unicamente nei paesi terzi le cui prassi in materia di gestione delle frontiere sono conformi alle norme minime di protezione dei diritti umani». Tali funzionari hanno il compito, nel rispetto del diritto dell'Unione e dei diritti fondamentali, di instaurare e mantenere contatti con le autorità competenti dei paesi terzi presso i quali sono distaccati, per contribuire a prevenire e combattere l'immigrazione illegale e provvedere al rimpatrio di rimpatriandi. Tuttavia Frontex e alcuni Stati membri continuano a concludere accordi o intese con paesi terzi che, al di là delle solenni dichiarazioni di principio, in realtà non rispettano la maggior parte delle convenzioni sulla protezione internazionale e sui diritti umani. Questa prassi di esternalizzazione “a tutti i costi” finisce per svuotare di effettività le norme di salvaguardia che il Consiglio ed il Parlamento europeo hanno inserito dopo un faticoso dibattito interno nel testo del nuovo regolamento<sup>28</sup>.

Come si è potuto vedere, almeno nelle intenzioni dichiarate, Frontex *plus ultra* si erge a parte attiva del rispetto dei diritti fondamentali da

<sup>28</sup> Le critiche in questo senso sono di VASSALLO PALEOLOGO, *Dalla sicurezza delle persone in mare alla “sicurezza interna dell'Unione Europea”. L'esternalizzazione dei controlli di frontiera uccide*, 23 settembre 2016, e *L'operazione EUNAVFOR MED (Operazione Sophia) e la nuova Guardia di frontiera e costiera europea di fronte al collasso della Libia*, 19 ottobre 2016, entrambi *online* ([www.a-dif.org](http://www.a-dif.org)).

parte degli Stati membri ospitanti (e responsabili per) le operazioni e le attività coordinate da essa, come pure si fa promotrice dei diritti fondamentali negli Stati terzi in cui siano svolte operazioni della GFCE. È legittimo dunque verificare quali strumenti di monitoraggio e controllo sono predisposti nei confronti delle condotte del personale interno dell'agenzia e di quelle dei membri delle squadre operanti nelle attività da essa organizzate.

### 3. Il controllo interno ed esterno sul rispetto dei diritti fondamentali

La strategia in materia di diritti fondamentali, elaborata da Frontex già nel 2011, avrebbe dovuto prevedere un meccanismo efficace per monitorare il rispetto dei diritti fondamentali in tutte le proprie attività. Agli articoli 34 e 35 del regolamento 2016/1624 sono predisposti i parametri normativi di base in relazione ai quali dovrebbero operare alcuni strumenti di monitoraggio interni alla stessa Agenzia. Il «forum consultivo sui diritti fondamentali», ai sensi dell'art. 70, assiste il direttore esecutivo e il consiglio di amministrazione in questioni legate ai diritti fondamentali, fornendo loro una consulenza indipendente. Nell'esercizio dei propri compiti esso dispone di un accesso effettivo a tutte le informazioni riguardanti il rispetto dei diritti fondamentali, anche mediante visite *in loco* effettuate durante le operazioni congiunte o gli interventi rapidi alle frontiere con l'accordo dello Stato membro ospitante, nonché presso i punti di crisi o durante le operazioni di rimpatrio e gli interventi di rimpatrio.

Seguendo alcune raccomandazioni chiave formulate dal Forum consultivo del maggio 2017, l'Agenzia, in stretto coordinamento con il responsabile dei diritti fondamentali, ha dichiarato l'intento di rafforzare gli aspetti sulla tutela dei minori<sup>29</sup>. Prestando particolare attenzione alla tutela dei minori e ad altre categorie di persone vulnerabili in tutte le attività dell'Agenzia, Frontex avrebbe dovuto rivedere e sviluppare ulteriormente la propria strategia dei diritti fondamentali entro novembre 2017, ma essa non è ancora stata resa nota<sup>30</sup>.

È stata istituita anche un'altra figura indipendente, incaricata di contribuire alla strategia dell'Agenzia in materia di diritti fondamentali, di

<sup>29</sup> Siffatto profilo di tutela è stato sottolineato per la prima volta nella Quarta relazione della Commissione, COM(2017) 325 def., cit., p. 12.

<sup>30</sup> Questa era l'indicazione della Commissione *ibidem*.

monitorarne la conformità a tali diritti e di promuovere il rispetto dei diritti fondamentali da parte dell'Agenzia, riferendo direttamente al consiglio di amministrazione e collaborando con il forum consultivo. Si tratta del «responsabile dei diritti umani», nominato, ai sensi dell'art. 71 del regolamento, dal consiglio di amministrazione, scegliendo una persona che possieda le qualifiche e l'esperienza necessarie nel settore dei diritti fondamentali. Proprio a questo proposito emerge un problema di scarsa accessibilità delle informazioni: rintracciare il nome dell'attuale responsabile nel sito web di Frontex è impresa non facile e solo risalendo a una notizia del 27 settembre 2012 si scopre che in quella data è stato designato il primo Responsabile nella persona di Inmaculada Arnaez Fernandez, avvocato in Spagna con 15 anni di esperienza in materia di diritto umanitario, relazioni internazionali e diritti umani. Risulta impossibile – pur consultando il regolamento 2016/1624 – capire quanto tempo duri il suo mandato.

Secondo quanto previsto dall'art. 28, par. 6, del regolamento 2016/1624, il monitoraggio specifico delle operazioni di rimpatrio forzato è svolto dal cosiddetto «osservatore del rimpatrio forzato» sulla base di criteri oggettivi e trasparenti e riguarda l'intera operazione (dalla fase precedente la partenza fino alla consegna del rimpatriando nello Stato terzo di rimpatrio). L'osservatore del rimpatrio forzato presenta una relazione su ogni operazione di rimpatrio forzato al direttore esecutivo, al responsabile dei diritti fondamentali e alle autorità nazionali competenti di tutti gli Stati membri coinvolti nell'operazione. Tuttavia non viene chiarito se e in che modo sia assicurato un seguito adeguato da parte, rispettivamente, del direttore esecutivo e delle autorità nazionali competenti. Ai sensi del paragrafo 8 dell'articolo richiamato, è previsto che il direttore esecutivo di Frontex valuti i risultati delle operazioni di rimpatrio e, ogni sei mesi, trasmetta al consiglio di amministrazione una relazione di valutazione dettagliata su tutte le operazioni di rimpatrio effettuate nel semestre precedente, unitamente alle osservazioni del responsabile dei diritti fondamentali.

Anche il funzionario di coordinamento, oltre a svolgere altri compiti, è incaricato di monitorare la tutela dei diritti fondamentali nell'ambito della corretta attuazione del piano operativo, riferendo all'Agenzia in merito, ai sensi dell'art. 22, par. 3, lett. b. Egli agisce in nome e per conto dell'Agenzia per tutti gli aspetti relativi al dispiegamento delle squadre della guardia di frontiera e costiera europea.

Il direttore esecutivo, se ritiene che vi siano violazioni dei diritti fondamentali o degli obblighi in materia di protezione internazionale di natura grave o destinate a persistere, dopo aver consultato il responsabile

dei diritti fondamentali e informato lo Stato membro interessato, ha il potere (discrezionale) di revocare il finanziamento di un'operazione congiunta, o un intervento rapido alle frontiere, un progetto pilota, il dispiegamento di squadre di sostegno per la gestione della migrazione, un'operazione di rimpatrio, un intervento o un accordo operativo di rimpatrio, oppure sospendere o cessare, interamente o parzialmente, tali attività, secondo i poteri conferitigli dall'art. 25, par. 4, del regolamento istitutivo<sup>31</sup>.

È stato infine instaurato un minimo controllo democratico, a norma dell'art. 7 del regolamento in esame: l'Agenzia risponde del proprio operato al Parlamento europeo e al Consiglio. Ai sensi dell'art. 68, par.2, i poteri di controllo del Parlamento europeo e del Consiglio possono tradursi in un "invito" al direttore esecutivo affinché riferisca sull'esercizio delle sue funzioni, includendo informazioni sull'attuazione e sul monitoraggio della strategia in materia di diritti fondamentali. Vi è però il rischio che il controllo democratico e il primato della *rule of law* restino assolutamente marginali in presenza di una notevole discrezionalità "politica" nell'adozione e realizzazione di molte decisioni da parte dell'Agenzia.

#### 4. Il meccanismo di denuncia individuale delle violazioni dei diritti fondamentali

Una trattazione più dettagliata merita il nuovo meccanismo di denuncia istituito il 6 ottobre 2016 dal direttore esecutivo dell'Agenzia, in consultazione con la responsabile dei diritti fondamentali, in conformità dell'art. 72 del regolamento 2016/1624, con lo scopo di monitorare e assicurare il rispetto dei diritti fondamentali nell'ambito delle attività svolte da Frontex<sup>32</sup>. Si tratta, come vedremo, di un meccanismo di controllo

<sup>31</sup> Il direttore esecutivo informa anche il consiglio di amministrazione di tale decisione.

<sup>32</sup> Informazione tratta dalla relazione della Commissione COM(2017) 42 def., cit., p. 9. Da quanto riportato nella stessa relazione, Frontex *plus ultra* a fine 2016 aveva espresso l'intenzione di istituire anche una rete di autorità degli Stati membri con il compito di gestire le denunce nei confronti del personale degli Stati membri trasmesse dalla responsabile dei diritti fondamentali dell'Agenzia. Nella rete avrebbero dovuto essere inclusi anche gli organismi nazionali competenti in materia di diritti fondamentali. Nel dicembre 2016 era stata organizzata a Bruxelles una prima riunione introduttiva tra la responsabile dei diritti fondamentali e tali punti di contatto, ma dopo oltre un anno non si ha alcuna notizia circa l'effettiva istituzione di tale rete.

di tipo prettamente amministrativo, simile a quello gestito dal Mediatore europeo, istituito nella prospettiva di garantire il diritto a una buona amministrazione.

Delineando una natura “interna” ma indipendente del meccanismo, la gestione delle denunce ricevute dall’Agenzia è affidata alla competenza del responsabile dei diritti fondamentali, cui spetta registrare le denunce ricevibili, inoltrare le denunce ricevute al direttore esecutivo, trasmettere le denunce riguardanti il personale delle squadre allo Stato membro di appartenenza, informare l’autorità o l’organo competente in materia di diritti fondamentali di uno Stato membro, nonché registrare e assicurare il seguito dato alla denuncia dall’Agenzia o da detto Stato membro.

Sotto il profilo della legittimazione attiva, può presentare denuncia qualsiasi persona (che abbia la maggiore età) verso cui siano direttamente rivolte le azioni del personale che partecipa a un’operazione congiunta, a un progetto pilota, a un intervento rapido alle frontiere, al dispiegamento di squadre di sostegno per la gestione della migrazione, a un’operazione di rimpatrio o a un intervento di rimpatrio. La persona coinvolta, che ritenga di essere stata oggetto di una violazione dei suoi diritti fondamentali nell’ambito di tali azioni, può inoltrare la denuncia personalmente oppure tramite un soggetto diverso in sua rappresentanza<sup>33</sup>.

La denuncia va presentata in forma scritta, mediante un modulo disponibile sul sito web di Frontex e predisposto in sei lingue di cui 4 extra UE (inglese, francese, arabo, pashtu, urdu, tigrinya). Tuttavia le denunce possono essere presentate in una qualsiasi delle lingue ufficiali dell’UE. Per facilitare l’individuazione dei diritti in questione, nel modulo si è provveduto a un’elaborazione di una lista non tassativa di diritti umani previsti nella Carta che sono potenzialmente oggetto di violazioni più frequenti.

L’accessibilità del meccanismo è risultata da subito un po’ carente, tanto che la Commissione europea già nella sua Seconda relazione operativa<sup>34</sup> sottolineava la necessità che Frontex incrementasse la divulga-

<sup>33</sup> Art. 72, par. 2: «Qualsiasi persona che sia direttamente interessata dalle azioni del personale che partecipa a un’operazione congiunta, a un progetto pilota, a un intervento rapido alle frontiere, al dispiegamento di squadre di sostegno per la gestione della migrazione, a un’operazione di rimpatrio o a un intervento di rimpatrio, e che ritenga di essere stata oggetto di una violazione dei suoi diritti fondamentali a seguito di tali azioni, o la parte che rappresenta tale persona, può presentare una denuncia per iscritto all’Agenzia».

<sup>34</sup> Seconda relazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio euro-

zione di informazioni in proposito, al fine di garantire una migliore accessibilità dei moduli di denuncia sul suo sito web, entro la fine di marzo, anche provvedendo alla distribuzione di materiali informativi su supporti cartacei nei luoghi in cui essa svolgerà le sue attività. Nella terza e nella quarta relazione operativa della Commissione veniva nuovamente richiamata la stessa esigenza; si segnalava tuttavia l'imminente dotazione di un sistema informatico di gestione delle denunce, che avrebbe dovuto essere completato entro giugno 2017, al fine di assicurare in futuro un migliore funzionamento del meccanismo<sup>35</sup>. Una volta create tutte le infrastrutture necessarie, Frontex avrebbe dovuto avviare una campagna d'informazione per rendere più visibile il meccanismo di denuncia. Non ci risulta però che ciò sia avvenuto; consultando il sito web dell'Agenzia a gennaio 2018, si può constatare ancora una notevole difficoltà nel rintracciare dalla home page un link tramite cui reperire le informazioni essenziali<sup>36</sup>.

Un altro aspetto molto delicato attiene alle condizioni di ricevibilità o ammissibilità delle denunce, posto che, ai sensi del par. 3 dell'art. 72, soltanto le «denunce comprovate riguardanti violazioni concrete dei diritti fondamentali» sono ricevibili. In merito all'onere della prova rilevo un ulteriore elemento di criticità, poiché mi pare piuttosto difficile che una persona coinvolta in operazioni alla frontiera, specialmente marittima, eventualmente respinta in un paese terzo, riesca a trarre elementi probatori concreti a sostegno della propria denuncia. In simili circostanze sarebbe più garantista prevedere un'inversione dell'onere della prova e ritenere sufficienti anche sommari riferimenti ai fatti accaduti, in relazioni ai quali la persona denuncia di aver subito una violazione.

Per quanto riguarda la ricevibilità, in assenza di una previsione espressa, può *mutatis mutandis* considerarsi applicabile l'orientamento giurisprudenziale secondo cui, al fine di garantire la certezza del diritto e una corretta amministrazione della giustizia nella valutazione di ricevibilità di un ricorso, è necessario che gli elementi essenziali di fatto e di diritto sui quali esso è fondato emergano, anche solo sommariamente, purché in modo coerente e comprensibile, dall'atto introduttivo stesso<sup>37</sup>.

peo e al Consiglio sulle attività volte a rendere pienamente operativa la guardia di frontiera e costiera europea, COM(2017) 201 def. del 2.3.2017, pp. 10-11.

<sup>35</sup> COM(2017) 219 def., cit., p. 12.

<sup>36</sup> La pagina web dedicata al meccanismo ([frontex.europa.eu/complaints](http://frontex.europa.eu/complaints)), in cui sono disponibili anche documenti ufficiali, è rintracciabile soltanto utilizzando un motore di ricerca esterno al sito web dell'Agenzia.

<sup>37</sup> In questo senso si pronuncia la giurisprudenza consolidata del Tribunale dell'UE, ribadita recentemente in PG c. *Frontex*, causa T-583/16, sentenza del 17 maggio 2017,

Con uno sguardo ai dati concreti forniti dalla Commissione europea, ma non da Frontex né dalla responsabile dei diritti umani, a metà gennaio 2017 era stata presentata all’Agenzia soltanto una denuncia e non è dato conoscerne il seguito. Due nuove denunce sono state presentate all’Agenzia tra gennaio e metà febbraio 2017, entrambe però considerate irricevibili dalla responsabile dei diritti fondamentali. Nel periodo di maggio-giugno 2017, il responsabile dei diritti fondamentali ha ricevuto nove ulteriori denunce, due delle quali sono state dichiarate ricevibili e inoltrate alle rispettive autorità nazionali nonché al direttore esecutivo dell’Agenzia. Non si conosce invece l’esito della valutazione della ricevibilità di quattro denunce fra quelle ricevute dal responsabile nel mese di maggio, poiché nella quinta e ultima relazione della Commissione non è inserito alcun dato relativo al meccanismo in esame. L’assenza di informazioni più dettagliate circa l’oggetto delle denunce, i motivi di irricevibilità e il *follow up* delle denunce ricevibili denota una certa “opacità” nell’attuazione del meccanismo di denuncia, da cui consegue un grande limite all’effettiva garanzia apprestata al diritto a una buona amministrazione.

Eppure al fine di sostenere l’attuazione del meccanismo di denuncia e di promuovere la generale diffusione dei diritti fondamentali in tutte le attività dell’Agenzia, il finanziamento dell’UE per l’Agenzia è stato specificamente aumentato di 500 000 EUR all’anno. Inoltre, nel 2017 la responsabile dei diritti fondamentali avrebbe dovuto ricevere personale supplementare, perché la sostenesse nei suoi compiti. Secondo quanto riportato dalla Commissione europea<sup>38</sup>, a marzo è stato assunto un agente temporaneo, entrato a far parte dell’Agenzia nel maggio 2017; tra maggio e giugno 2017 sono iniziate anche le procedure di assunzione di due assistenti (personale contrattuale). L’Agenzia dovrebbe inoltre destinare ulteriore personale alla responsabile dei diritti fondamentali. Tuttavia non si riescono a rintracciare informazioni in proposito, né nei

non pubblicata, punti 90 e 91. Nella precedente *Petco Animal Supplies Stores c. UAMI*, causa T-664/13, sentenza del 21 ottobre 2015, punti 24 e 25 (e giurisprudenza ivi citata) si precisa inoltre che «l’atto introduttivo del giudizio deve anche contenere le conclusioni del ricorrente. Le conclusioni devono essere espresse in modo preciso e non equivoco poiché, altrimenti, il Tribunale rischierebbe di statuire *infra o ultra petita* e i diritti del convenuto rischierebbero di essere negati. Pertanto, e fatte salve le circostanze di cui all’articolo 86 del regolamento di procedura, possono essere prese in considerazione solo le conclusioni presentate nell’atto introduttivo del giudizio e la fondatezza del ricorso deve essere valutata unicamente alla luce delle conclusioni contenute nell’atto introduttivo del giudizio [sentenza]».

<sup>38</sup> Terza relazione operativa, COM(2017) 219 def., cit., p. 12.

documenti ufficiali né dal sito web di Frontex, e ciò determina ancor di più una lampante carenza di trasparenza.

##### *5. Il riparto di responsabilità tra Frontex plus ultra e gli Stati membri nella gestione delle frontiere esterne*

L'imputazione di responsabilità in caso di violazioni costituisce un altro aspetto determinante sia dal punto di vista della tutela dei diritti fondamentali delle persone coinvolte sia nella prospettiva delle relazioni internazionali. Non tanto nei casi di assistenza tecnica e operativa o supporto mediante squadre di sostegno a richiesta di uno Stato membro, quanto piuttosto nei casi di intervento rapido alle frontiere esterne e di operazioni congiunte, sorgono seri problemi di delimitazione delle responsabilità tra la nuova Agenzia europea e gli Stati membri.

Evidenti criticità sono emerse nella prassi rispetto al riparto di responsabilità tra Frontex e gli Stati membri dell'UE, che si è tradotta in una mancanza di *accountability*. Ciò ha fatto pensare che fosse consentito sotto l'egida di Frontex condurre operazioni che gli Stati membri non avrebbero potuto attuare senza incorrere nel controllo giurisdizionale della Corte EDU, più volte attivato nella prassi nei confronti di attività statali di rimpatrio.

Con il regolamento 2016/1624 si è tentato di chiarire meglio i profili di *accountability*, ma alcuni aspetti restano comunque in ombra. All'art. 5 è prevista una «responsabilità condivisa tra l'Agenzia e le autorità nazionali preposte alla gestione delle frontiere, comprese le guardie costiere», però guardando alle disposizioni è facile notare una evidente asimmetria. Gli Stati membri mantengono la responsabilità primaria nella gestione delle loro sezioni di frontiera esterna e devono provvedervi nel proprio interesse e nell'interesse comune di tutti gli Stati membri<sup>39</sup>, nel pieno rispetto del diritto dell'Unione, in stretta cooperazione con l'Agenzia. Quest'ultima invece «sostiene» l'applicazione delle misure dell'Unione relative alla gestione delle frontiere esterne «potenziando, valutando e coordinando gli interventi degli Stati membri» nell'attuazione di tali misure, nonché nel rimpatrio. Francamente non mi pare che ci sia una reale con-divisione degli oneri connessi alla gestione delle

<sup>39</sup> Ai sensi del considerando 17, gli Stati membri dovrebbero inoltre provvedere, nel loro stesso interesse e nell'interesse di altri Stati membri, a inserire dati nelle banche dati europee. Del pari, essi dovrebbero garantire che tali dati siano accurati e aggiornati, nonché ottenuti e introdotti in modo lecito.

frontiere se gli uni vi provvedono e ne mantengono la responsabilità, mentre l'altra sostiene, potenzia, coordina e valuta (!) tali attività.

Nel regolamento 2016/1624 è anche prevista un'apposita disciplina in punto di responsabilità civile extracontrattuale per i danni eventualmente causati dai membri delle squadre durante le loro operazioni: di essi, ai sensi dell'art. 42, è responsabile lo Stato membro ospitante. L'Agenzia, dal canto suo, si impegna a sostenere soltanto le spese connesse ai danni causati alle attrezzature utilizzate durante la missione. In entrambi i casi, qualora il danno sia dovuto a negligenza grave o comportamento doloso di un membro della squadra, lo Stato ospitante o Frontex provvederebbe invece a inoltrare allo Stato membro di appartenenza dell'agente una richiesta di rimborso degli eventuali risarcimenti versati alle vittime o agli aventi diritto.

Una novità che merita di essere segnalata in positivo è la previsione dell'osservanza extraterritoriale del diritto dell'Unione, tra cui norme e standard che fanno parte dell'*acquis* dell'Unione, da parte di Frontex e degli Stati membri. Entrambi infatti, a norma dell'art. 54, par. 1, anche quando la cooperazione con i paesi terzi avviene nel territorio di detti paesi, restano vincolati dall'*acquis* normativo "di provenienza", il quale, dotato di portata extraterritoriale, risulta idoneo a garantire l'effettiva equivalenza di tutela dei diritti umani delle persone coinvolte nelle operazioni, a prescindere dal territorio in cui esse si svolgono. I profili relativi alla responsabilità civile e penale dei membri delle squadre, oltre ai loro compiti e alle loro competenze sono peraltro specificamente stabiliti nell'accordo sullo *status*, concluso dall'Unione con lo Stato terzo in cui interviene, ai sensi dell'art. 54, par. 4, del regolamento.

A norma del par. 3 dell'articolo in esame gli Stati membri hanno rinunciato reciprocamente a richiedere agli altri Stati membri (ospitanti o diversi) il risarcimento dei danni eventualmente subiti durante le operazioni svolte nel proprio territorio. Eventuali controversie tra Stati membri a proposito della responsabilità extracontrattuale, se non risolte mediante negoziati tra loro, sono da essi sottoposte alla Corte di giustizia dell'Unione europea, ai sensi dell'art. 273 TFUE.

Per quanto riguarda invece la responsabilità penale individuale, l'art. 43 assimila i membri delle squadre al personale dello Stato membro ospitante per i reati di cui potrebbero essere vittime o autori durante un'operazione congiunta, un progetto pilota, il dispiegamento di una squadra di sostegno per la gestione della migrazione, un intervento rapido alle frontiere, un'operazione di rimpatrio o un intervento di rimpatrio.

I membri delle squadre restano infine soggetti alle misure disciplina-

ri dei rispettivi Stati membri di appartenenza. Lo Stato membro di appartenenza è tenuto a predisporre adeguate misure disciplinari o di altra natura, conformemente al proprio diritto interno, relativamente alle violazioni dei diritti fondamentali o degli obblighi in materia di protezione internazionale nel corso di un'operazione congiunta o di un intervento rapido alle frontiere, a norma dell'art. 21, par. 5 del regolamento 2016/1624.

Frontex *plus ultra*, nelle operazioni di ricerca e soccorso per le persone in pericolo in mare, che possono verificarsi nel corso di operazioni marittime di sorveglianza delle frontiere, a norma del regolamento (UE) n. 656/2014<sup>40</sup> e del diritto internazionale, continua a svolgere soltanto un ruolo di assistenza tecnica e operativa a sostegno degli Stati membri e di paesi terzi<sup>41</sup>. Il soccorso in mare è sempre stato e resta secondario o, meglio, incidentale nelle operazioni di Frontex in mare, che restano incentrate sulla sorveglianza delle frontiere. In queste circostanze la responsabilità per violazioni dei diritti umani e/o eventuali danni causati alle persone intercettate in mare e, quindi, soggette all'autorità dell'unità marittima, terrestre o aerea che prende parte all'operazione, è imputabile allo Stato membro ospitante o partecipante<sup>42</sup>. Nella maggior parte dei casi si tratta dello Stato di bandiera della nave della guardia costiera operante<sup>43</sup> (a tutti gli effetti equiparabile al territorio dello Stato stesso).

Una questione più problematica attiene alla possibilità di imputare una responsabilità per omissione nella ricerca e salvataggio in mare<sup>44</sup>,

<sup>40</sup> Regolamento (UE) n. 656/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, recante norme per la sorveglianza delle frontiere marittime esterne nel contesto della cooperazione operativa coordinata dall'Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione europea (GU L 189 del 27.6.2014, pag. 93).

<sup>41</sup> V. regolamento 2016/1624, art. 8, par. 1, lett. f, e art. 14, par. 2, lett. e.

<sup>42</sup> Cfr. regolamento 656/2014, art. 2, n.5.

<sup>43</sup> In questo senso si è pronunciata la nota sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, sentenza del 23 febbraio 2012. Per commenti alla sentenza e riflessioni sulle questioni connesse ai respingimenti v. VILLANI, *Osservazioni sulla sentenza della Corte europea nell'affare Hirsi Jamaa e sui problemi relativi alla sua esecuzione*, in *I diritti dell'uomo: cronache e battaglie*, 2012, n. 1, p. 9-17; MAURO, *Il divieto di espulsioni collettive dei migranti irregolari: i casi Hirsi e Khlaifia*, in *Dialoghi con Ugo Villani*, Bari, 2017, pp. 461-470; SCOVAZZI, *Il respingimento di un dramma umano collettivo e le sue conseguenze*, in ANTONUCCI, PAPANICOLOPULU, SCOVAZZI (a cura di), *L'immigrazione irregolare via mare nella giurisprudenza italiana e nell'esperienza europea*, Torino, 2016, pp. 45-84.

<sup>44</sup> Sottolinea la fondamentale importanza di queste attività dal punto di vista umanitario SPINELLI, *Morti per mancato soccorso*, 19 aprile 2017, *online* (www.a-dif.org).

non espressamente prevista nel pertinente diritto dell'UE<sup>45</sup>. È noto tuttavia che l'obbligo di prestare assistenza alle persone in pericolo in mare rappresenta «una delle caratteristiche più antiche e fondamentali del diritto del mare»<sup>46</sup>. In particolare, l'art. 98, par. 1, lett. b), della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare<sup>47</sup> stabilisce che ogni Stato deve esigere che il comandante di una nave che batte la sua bandiera proceda quanto più velocemente possibile al soccorso delle persone in pericolo, nella misura in cui gli sia possibile adempiere senza mettere a repentaglio la nave, l'equipaggio o i passeggeri. Al paragrafo 2 lo stesso articolo pone in capo a ogni Stato costiero l'onere di promuovere la costituzione e il funzionamento permanente di un servizio adeguato ed efficace di ricerca e soccorso per tutelare la sicurezza marittima e aerea<sup>48</sup>.

Il regolamento in esame non accenna, dunque, a specifiche ipotesi di responsabilità diretta in capo a Frontex, ma alcune violazioni dei diritti fondamentali, quale ad esempio il diritto alla protezione dei dati personali, potrebbero essere imputabili esclusivamente allo staff di Frontex<sup>49</sup>. L'Agenzia infatti, ai sensi dell'art. 47, par. 1, può trattare solo alcuni dati personali e soltanto negli specifici casi previsti dall'art. 47, par. 2, esclusivamente per gli scopi elencati all'art. 46. È espressamente vietata la trasmissione di dati personali ad autorità di Paesi terzi o terze parti; ex art. 50, specifiche norme di sicurezza vanno applicate nel trattamento di

<sup>45</sup> Occorre peraltro tener presente che il regolamento 656/2014 non si applica alle acque territoriali di paesi terzi, come ricordato nello studio, commissionato dal Parlamento europeo, *Migrants in the Mediterranean: Protecting Human Rights*, 2015, disponibile online, p. 43. Lo stesso regolamento è stato criticato per aver ommesso di fornire condizioni giuridiche precise per lo sbarco in caso di situazioni ricerca e soccorso, secondo KLEIN, *A Maritime Security Framework for the Legal Dimensions of Irregular Migration by Sea*, in MORENO-LAX e PAPA STRAVRIDIS, *Boat Refugees' and Migrants at Sea: A Comprehensive Approach*, Leiden/Boston, 2017, pp. 35-59, spec. p. 49.

<sup>46</sup> Così DE VATTEL, *The Law of Nations*, 1834, p. 170, citato da MORENO-LAX, *Seeking Asylum in the Mediterranean: Against a Fragmentary Reading of EU Member States' Obligations Accruing at Sea*, in *International Journal of Refugee Law*, 2011, pp. 174-220, a p. 194.

<sup>47</sup> *United Nations Convention on the Law of the Sea*, UNCLOS. Per un quadro più ampio del diritto internazionale rilevante in queste circostanze v. VIRZO, *Il coordinamento di norme di diritto internazionale applicabili allo status dei rifugiati e dei bambini migranti via mare*, in *Rivista del diritto della navigazione*, 2016, pp. 143-173.

<sup>48</sup> Cfr. capo V, art. 33, allegato alla Convenzione internazionale per la salvaguardia della vita umana in mare del 1974 (SOLAS), nonché i punti 2.1.10 e 1.3.2 dell'allegato alla Convenzione internazionale sulla ricerca e il salvataggio marittimo del 1979 (*International Convention on Maritime Search and Rescue*, SAR). La Convenzione SOLAS attualmente vigente si applica a tutti i natanti, sia di proprietà dello Stato che commerciali.

<sup>49</sup> Vedasi artt. 45-50 del regolamento 2016/1624.

informazioni classificate o informazioni sensibili non classificate; ex art. 52, par. 4, la Commissione, le altre istituzioni dell'Unione, il Servizio europeo per l'azione esterna, l'EASO, Europol, l'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali, Eurojust, il Centro satellitare dell'Unione europea, l'Agenzia europea per la sicurezza marittima e l'Agenzia europea di controllo della pesca, nonché altri organi, organismi e servizi dell'Unione, nei settori contemplati dal presente regolamento, usano le informazioni ricevute da Frontex esclusivamente entro i limiti delle loro competenze e fintanto che rispettino i diritti fondamentali, compresi gli obblighi di protezione dei dati. È evidente che nel caso in cui una persona lamenti un danno in conseguenza della violazione di una di queste molteplici norme, la denuncia sarebbe rivolta esclusivamente a Frontex, il cui personale potrebbe esserne l'unico responsabile, rimanendo completamente estranee a queste attività le autorità degli Stati membri.

Nei casi in cui un individuo ritenga che una delle richiamate norme sia stata violata, causando un conseguente danno nei propri confronti, sarebbe certamente utilizzabile il meccanismo di denuncia sopra analizzato. Qualora esso non dia adeguata soddisfazione alle richieste del denunciante, resterebbe certamente disponibile il rimedio giurisdizionale dinanzi alla Corte di giustizia per l'accertamento della lamentata responsabilità extracontrattuale di Frontex. Ai sensi dell'art. 340, par. 2, TFUE, l'Unione deve infatti risarcire, conformemente ai principi generali comuni ai diritti degli Stati membri, i danni cagionati dalle sue istituzioni o dai suoi agenti nell'esercizio delle loro funzioni. Secondo una giurisprudenza costante, il sorgere della responsabilità extracontrattuale dell'Unione a norma della disposizione menzionata, per comportamento illecito dei suoi organi, dipende della compresenza di tre condizioni: l'illegittimità del comportamento contestato all'istituzione, la sussistenza del danno e l'esistenza di un nesso di causalità fra il comportamento dedotto e il danno lamentato<sup>50</sup>. Un ricorso inteso al risarcimento del danno asse-

<sup>50</sup> V. Tribunale, *Evropaïki Dynamiki c. Commissione*, causa T-297/12, sentenza del 16 ottobre 2014, non pubblicata, punto 28 e giurisprudenza ivi citata. Ai punti 29, 30 e 32 della sentenza è precisato che: «Per quanto riguarda, innanzitutto, la condizione relativa all'illiceità del comportamento addebitato all'istituzione o all'organo interessato, la giurisprudenza esige che sia dimostrata una violazione sufficientemente qualificata di una norma giuridica intesa ad attribuire diritti ai singoli. Per quanto riguarda la condizione secondo cui la violazione deve essere sufficientemente qualificata, il criterio decisivo che consente di ritenere che essa sia soddisfatta è quello dell'inosservanza grave e manifesta, commessa dall'istituzione o dall'organo dell'Unione in questione, dei limiti posti al suo potere discrezionale. Qualora tale istituzione o tale organo dispongano soltanto di un

ritamente causato da un'istituzione dell'Unione, affinché sia ricevibile, deve contenere gli elementi che consentano di identificare il comportamento che il ricorrente addebita all'istituzione, le ragioni per le quali egli ritiene che esista un nesso di causalità tra il comportamento e il danno che asserisce di aver subito, nonché il carattere e l'entità di tale danno<sup>51</sup>.

## 6. *Riflessioni conclusive*

Alla luce di quanto fin qui esposto, non si può negare che nel testo del regolamento 2016/1624 siano presenti numerose disposizioni volte a rafforzare la tutela dei diritti umani (e il rispetto del diritto pertinente, in generale). Nonostante le buone intenzioni dei legislatori europei, vi sono però molti elementi di difficoltà e criticità nell'attuazione concreta delle novità più consistenti in materia di garanzie dei diritti fondamentali.

L'intento di rafforzare il rispetto dei diritti fondamentali dei migranti, *in primis* con la novità di un meccanismo di ricorso individuale e con numerosissimi richiami sia alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione sia alla CEDU, resta un progresso a metà. Se la previsione formale non viene riempita di senso nell'attuazione concreta, la tutela dei diritti fondamentali dei migranti non sembra destinata ad avere un miglioramento particolarmente incisivo e sostanziale. La prassi finora mostra risultati fortemente deludenti sia per la scarsa accessibilità del meccanismo – perciò poco utilizzato – sia per la mancanza di trasparenza nella gestione delle denunce e nel seguito ad esse dato.

marginale di discrezionalità considerevolmente ridotto, se non addirittura inesistente, la semplice trasgressione del diritto dell'Unione può essere sufficiente per accertare l'esistenza di una violazione sufficientemente qualificata. Per quanto riguarda poi la condizione relativa alla sussistenza del danno, la responsabilità dell'Unione può sorgere solo se il ricorrente ha effettivamente subito un danno "reale e certo". Spetta al ricorrente fornire elementi di prova al giudice dell'Unione al fine di dimostrare la realtà e l'entità di detto danno. [...] Infine, per quanto riguarda la condizione relativa all'esistenza di un nesso di causalità tra il comportamento dedotto e il danno lamentato, tale danno deve derivare in modo sufficientemente diretto dal comportamento contestato, cioè tale comportamento deve costituire la causa determinante del danno, mentre non sussiste un obbligo di risarcire qualsiasi conseguenza dannosa, anche lontana, di una situazione illecita. Spetta al ricorrente fornire la prova dell'esistenza di un nesso di causalità tra il comportamento contestato e il danno lamentato».

<sup>51</sup> V. Tribunale dell'UE, *Arcelor c. Parlamento e Consiglio*, causa T-16/04, sentenza del 2 marzo 2010, punto 132 (e giurisprudenza ivi citata), e Tribunale dell'UE, *PG c. Frontex*, causa T-583/16, sentenza del 17 maggio 2017, non pubblicata, punti 90 e 91 (e giurisprudenza ivi citata).

A ciò si aggiunga che, seppur determinato l'assetto complessivo delle responsabilità in caso di violazione dei diritti umani, in generale, resta molto difficile e poco chiaro come siano effettivamente ripartite le responsabilità rispettive dell'Agenzia e degli Stati membri. Speriamo che in un mare di norme la tutela dei diritti umani trovi la giusta rotta, grazie magari all'aiuto di qualche faro giurisprudenziale, per approdare in un porto sicuro dove abbia la concreta *chance* di una vita migliore e non resti in balia di correnti interpretative e applicative avverse.



**LA TRATTA DI MIGRANTI IN LIBIA  
COME CRIMINE CONTRO L'UMANITÀ:  
PROSPETTIVE PER LA REPRESSIONE SUL PIANO  
NAZIONALE E INTERNAZIONALE**

Luigi PROSPERI\*

SOMMARIO: 1. Introduzione: la denuncia della comunità internazionale degli abusi commessi in danno dei migranti in Libia. – 2. La giurisdizione della Corte penale internazionale. – 2.1 Le condizioni per l'apertura di un'indagine. – 3. Il reato di tratta nell'ordinamento italiano. – 4. L'ambito di applicazione del diritto penale italiano: l'impossibilità di perseguire i crimini presuntivamente commessi contro i migranti in Libia. – 5. L'ampliamento dell'ambito di applicazione della legge italiana: i rischi derivanti dall'adozione del principio della giurisdizione universale "pura". – 6. Le ragioni a favore dell'adozione del principio della giurisdizione universale condizionata sul crimine di tratta: una proposta operativa. – 7. Conclusioni: prospettive della repressione sul piano statale dei crimini commessi a danno dei migranti in Libia.

*1. Introduzione: la denuncia della comunità internazionale degli abusi commessi in danno dei migranti in Libia*

Secondo l'Organizzazione Internazionale per le Migrazioni ("IOM") e l'Alto Commissariato ONU per i Rifugiati ("UNHCR"), nel corso del 2016 oltre 5mila persone sono scomparse nel tentativo di attraversare il Mediterraneo<sup>1</sup>. Oltre 4.500 di queste stavano cercando di raggiungere

\* Dottore di ricerca in "Ordine internazionale e diritti umani" (Sapienza Università di Roma); cultore della materia (Diritto internazionale) presso il Dipartimento di Scienze Politiche, Sapienza Università di Roma. Già Associate Legal Officer presso il Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia.

\*\* L'Autore intende rivolgere un sentito ringraziamento al Professor Marco Borracetti per i preziosi commenti forniti su una prima versione del contributo.

<sup>1</sup> Vedi IOM, *Mediterranean Migrant Arrivals Top 363,348 in 2016; Deaths at Sea: 5,079*, 1 giugno 2017, all'indirizzo <https://www.iom.int/news/mediterranean-migrant-arrivals-top-363348-2016-deaths-sea-5079> (ultimo accesso: 12 gennaio 2018); e UNHCR, *Mediterranean Sea: 100 people reported dead yesterday, bringing year total to 5,000*, 23 dicembre 2016, all'indirizzo <http://www.unhcr.org/news/briefing/2016/12/585ce804105/mediterranean-sea-100-people-reported->

l'Europa attraverso la c.d. rotta del Mediterraneo centrale, ossia quella che collega il Nord Africa e l'Italia – e più specificamente, nel 90% dei casi, la Libia e la Sicilia<sup>2</sup>.

Il 9 ottobre 2015, sulla scia delle polemiche innescate dal drammatico naufragio del canale di Sicilia del 18 aprile 2015<sup>3</sup>, il Consiglio di sicurezza dell'Organizzazione delle Nazioni Unite (“CdS” o “CdS ONU”) aveva approvato – con 14 voti a favore – la risoluzione numero 2240<sup>4</sup>.

Nel preambolo della risoluzione si sottolineava, tra le altre cose, che simili tragedie sono il risultato dello sfruttamento dei migranti da parte di organizzazioni criminali transnazionali, che utilizzano il traffico di migranti a scopo economico, in totale spregio della vita<sup>5</sup>; e che la situazione in Libia è esacerbata dalla tratta e dal traffico di migranti in, attraverso e dalla Libia, poiché queste contribuiscono a rafforzare i gruppi terroristici e la criminalità organizzata locale<sup>6</sup>. L'adozione di questo strumento rispondeva perciò, secondo il CdS, all'esigenza di porre fine all'incremento del traffico e della tratta di migranti dalle coste libiche del Mar Mediterraneo<sup>7</sup>. Nonostante queste premesse, le uniche azioni intraprese dal CdS consistevano nell'autorizzare per un anno gli Stati membri a intervenire nella zona di alto mare adiacente alle coste libiche, individualmente o attraverso organizzazioni regionali, ispezionando ed eventual-

[dead-yesterday-bringing-year-total.html](#) (ultimo accesso: 12 gennaio 2018).

<sup>2</sup> UNHCR, *Desperate Journeys*, febbraio 2017, p. 6, all'indirizzo <http://www.refworld.org/docid/58b58b184.html> (ultimo accesso: 12 gennaio 2018). In una recente pubblicazione, il centro analisi dell'IOM ha evidenziato che nella prima metà del 2017 “the Mediterranean continues to account for the vast majority of deaths recorded globally” (IOM's Global Migration Data Analysis Centre, *Fatal Journeys – Vol. 3, Part I*, 11 settembre 2017, all'indirizzo <https://publications.iom.int/books/fatal-journeys-volume-3-part-1-improving-data-missing-migrants> – ultimo accesso: 12 gennaio 2018).

<sup>3</sup> QUARATINO, *La più grave sciagura del mare*, in *Ansa*, 28 aprile 2015, all'indirizzo [http://www.ansa.it/sicilia/notizie/2015/04/19/immigrazione-naufragio-di-migranti-nel-canale-di-sicilia-700-morti\\_0f62df22-f4be-4bab-b532-aad542e04d5c.html](http://www.ansa.it/sicilia/notizie/2015/04/19/immigrazione-naufragio-di-migranti-nel-canale-di-sicilia-700-morti_0f62df22-f4be-4bab-b532-aad542e04d5c.html) (ultimo accesso: 12 gennaio 2018).

<sup>4</sup> Resolution 2240(2015), UN Doc. S/RES/2240(2015).

<sup>5</sup> *Ibidem*, *considerandum* 6 (“...the continuing maritime tragedies ... were, in some cases, ... the result of exploitation and misinformation by transnational criminal organisations which facilitated the illegal smuggling of migrants via dangerous methods for personal gain and with callous disregard for human life”).

<sup>6</sup> *Ibidem*, *considerandum* 11 (“...the situation in Libya is exacerbated by the smuggling of migrants and human trafficking into, through and from the Libyan territory, which could provide support to other organised crime and terrorist networks in Libya”).

<sup>7</sup> *Ibidem*, *considerandum* 24 (“... the necessity to put an end to the recent proliferation of, and endangerment of lives by, the smuggling of migrants and trafficking of persons in the Mediterranean Sea off the coast of Libya ...”).

mente confiscando le imbarcazioni coinvolte nel traffico o nella tratta di migranti (parr. 5-8)<sup>8</sup>. Il 6 ottobre 2016, mediante la risoluzione numero 2312, il CdS ONU decideva di rinnovare tale autorizzazione per un anno<sup>9</sup>.

Nel presentare il tredicesimo rapporto semestrale sulla situazione in Libia, l'8 maggio 2017 il Procuratore Capo della Corte penale internazionale ("ICC" o "Corte"), Fatou Bensouda, ha denunciato il peggioramento della situazione nel Paese e il rischio del ritorno ad un conflitto su ampia scala, che favorirebbe la commissione di crimini contro la popolazione civile<sup>10</sup>. Il Procuratore ha quindi annunciato che, avendo ricevuto informazioni in tal senso da fonti affidabili, il suo Ufficio valuterà la possibilità di aprire un'indagine in relazione ai gravi e sistematici abusi dei diritti umani commessi a danno di migliaia di migranti presenti sul territorio libico, compresi donne e bambini<sup>11</sup>. Nel suo messaggio, Bensouda ha tra l'altro fatto proprio quanto sottolineato dal CdS nelle citate risoluzioni 2240 e 2312, cioè che il traffico e la tratta di esseri umani verso, attraverso e dalla Libia contribuiscono ad esacerbare il clima di insicurezza nel paese e possono costituire fonti di finanziamento per reti criminali transnazionali, organizzazioni terroristiche e milizie irregolari<sup>12</sup>.

Alla luce di queste affermazioni, in questo contributo verranno analizzate le prospettive per la repressione dei gravi abusi dei diritti umani commessi contro i migranti in Libia, sul piano internazionale e nazionale.

Nella prima sezione ci si soffermerà sulla competenza *ratione materiae* dell'ICC e sulle condizioni per l'apertura di un'indagine: come sottolineato dal Procuratore, è infatti innanzitutto necessario verificare se in base allo Statuto la Corte possa effettivamente esercitare la propria giurisdizione su quelle condotte.

Tenuto conto delle stringenti condizioni per l'esercizio della giurisdizione da parte dell'ICC e della natura complementare di questa, nella

<sup>8</sup> Sulla risoluzione, si veda: CADIN, *La risoluzione 2240 (2015) sul traffico dei migranti nel Mediterraneo: il Consiglio di sicurezza autorizza l'uso... misurato della forza*, in *Rivista OIDU – Osservatorio sul Consiglio di sicurezza e i diritti umani*, 2015, pp. 696-700.

<sup>9</sup> Resolution 2312(2016), UN Doc. S/RES/2312(2016).

<sup>10</sup> *Statement of ICC Prosecutor to the UNSC on the Situation in Libya*, 8 Maggio 2017, par. 3, all'indirizzo <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=170509-otp-stat-lib> (ultimo accesso: 12 gennaio 2018) ("Statement del Procuratore").

<sup>11</sup> *Ibidem*, parr. 25-29.

<sup>12</sup> *Ibidem*, par. 27.

seconda sezione ci si concentrerà sulle norme sull'ambito di applicazione del diritto penale italiano, allo scopo di verificare se i tribunali interni possano occuparsi dei crimini internazionali presuntivamente commessi in Libia. In particolare, ci si concentrerà perciò sulle più recenti pronunce della Corte di Cassazione in merito all'esercizio della giurisdizione sulle condotte riconducibili alla diversa fattispecie di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina e sull'applicabilità delle soluzioni ivi accolte al caso della tratta.

Nell'ultima parte dell'articolo si svolgeranno infine una serie di considerazioni sull'opportunità e le prospettive di un ampliamento dell'ambito di applicazione della legge italiana. Sulla base delle norme del diritto internazionale, il legislatore potrebbe infatti autorizzare il giudice penale ad occuparsi dei reati di tratta commessi in Libia. In tal modo, l'Italia contribuirebbe alla repressione di crimini odiosi, alla promozione della tutela dei diritti umani di soggetti particolarmente vulnerabili, e alla promozione di uno dei principi fondamentali del "diritto di Roma": quello della complementarità.

## 2. La giurisdizione della Corte penale internazionale

Nel rapporto sulla situazione in Libia depositato l'8 maggio 2017, il Procuratore Bensouda ha denunciato che secondo l'IOM i migranti presenti sul territorio libico sarebbero circa 380mila. Di questi, fra le 4 e le 7mila persone risultano detenute nei centri "ufficiali" e un numero imprecisato nei centri non ufficiali, dove secondo fonti credibili i migranti vivrebbero in condizioni inumane e sarebbero vittima di omicidi, stupri, violenze sessuali, torture e/o lavori forzati. I detenuti sarebbero in molti casi oggetto di tratta e/o di compravendita: come sottolineato da Bensouda, sembra che diversi centri della Libia siano tornati ad ospitare veri e propri mercati degli schiavi<sup>13</sup>.

Tutto ciò considerato, l'Ufficio della Procura dovrà stabilire se i crimini presuntivamente commessi contro i migranti ricadano sotto la giurisdizione della ICC e se ricorrano i presupposti per aprire un'indagine nei confronti delle entità a cui siano imputabili<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> Office of the Prosecutor, *Thirteenth Report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the United Nations Security Council pursuant to UNSCR 1970 (2011)*, par. 23-25, all'indirizzo <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/otp-rep-unsclib-05-2017-ENG.pdf> (ultimo accesso: 12 gennaio 2018) ("Rapporto sulla Libia").

<sup>14</sup> *Ibidem*, par. 26.

Ai sensi dell'art. 53(1) dello Statuto istitutivo della Corte penale internazionale<sup>15</sup> (“Statuto” o “Statuto di Roma”), nel decidere se iniziare un'indagine il Procuratore dovrà innanzitutto accertare se le informazioni disponibili costituiscano un fondamento ragionevole per ritenere che sia stato commesso un crimine di competenza della Corte. Di conseguenza, in relazione alla situazione poc'anzi descritta si dovrà innanzitutto dimostrare che gli abusi perpetrati contro i migranti siano riconducibili al *referral* operato dal CdS ONU mediante la risoluzione 1970 del 2011<sup>16</sup>.

A questo proposito, la Corte ha in passato ritenuto di poter esercitare la propria giurisdizione a patto che i crimini siano commessi “*within the context of the situation of crisis that triggered the jurisdiction of the Court*”<sup>17</sup>. Mediante la risoluzione 1970/2011, il CdS ONU si è in effetti limitato a riferire al Procuratore la situazione sul territorio della Libia a partire dal 15 febbraio del 2011<sup>18</sup>, senza fornire ulteriori indicazioni. Ciò indicherebbe, secondo alcuni commentatori, la volontà di attribuire giurisdizione alla Corte soltanto su quelle condotte che siano chiaramente riconducibili al conflitto scoppiato sul territorio dello Stato nordafricano nel febbraio 2011<sup>19</sup>.

Una recente decisione della *Pre-Trial Chamber* sembrerebbe in qualche modo sottoscrivere il diverso approccio della Procura – secondo cui la giurisdizione della Corte si estenderebbe “*prima facie*” a tutti i crimini *in qualche modo* riconducibili al conflitto civile in corso<sup>20</sup>. Nel

<sup>15</sup> *Rome Statute of the International Criminal Court*, 2187 U.N.T.S. 90, entrato in vigore il 1 luglio 2002.

<sup>16</sup> Resolution 1970 (2011), UN Doc. S/RES/1970(2011) (“Risoluzione 1970/2011”).

<sup>17</sup> Pre-Trial Chamber I, Situation in the Democratic Republic of the Congo, Prosecutor v. Mbarushimana, *Decision on the “Defence Challenge to the Jurisdiction of the Court”*, ICC-01/04-01/10-451, 26 ottobre 2011, par. 27.

<sup>18</sup> Risoluzione 1970/2011, par. 4.

<sup>19</sup> Vedi ZARKOSSEIN, *Crimes Against Migrants in Libya Manifestly Fall Outside the ICC Prosecutor's Jurisdiction*, in *Justice Hub*, 22 maggio 2017, all'indirizzo <https://justicehub.org/article/zakerhossein-crimes-against-migrants-libya-manifestly-fall-outside-icc-prosecutors> (ultimo accesso: 12 gennaio 2018). Altri sostengono che sarebbe opportuno adottare una specifica risoluzione, con cui riferire al Procuratore le condotte commesse contro i migranti (GALAND, *Making Libya an ICC Priority Situation: Fake Promises to a Difficult Customer?*, in *Opinio Juris*, 13 gennaio 2017, all'indirizzo <http://opiniojuris.org/2017/01/13/making-libya-an-icc-priority-situation-fake-promises-to-a-difficult-customer/> – ultimo accesso: 12 gennaio 2018).

<sup>20</sup> Cfr. lo *statement* del Procuratore Bensouda al CdS ONU del maggio 2015, in cui faceva riferimento ai crimini presuntivamente commessi dallo Stato Islamico in Libia (UNSC 7441<sup>st</sup> Meeting, 12 maggio 2015, UN Doc. S/PV.7441, p. 3).

mandato d'arresto spiccato il 15 agosto 2017 contro Al-Werfalli, i giudici hanno infatti riconosciuto la giurisdizione della Corte su una serie di condotte commesse nell'area di Bengasi tra giugno 2016 e luglio 2017. In questo caso, tuttavia, la legittimazione deriverebbe dal fatto che l'accusato rivestiva il ruolo di comandante della Brigata Al-Saiqa, milizia coinvolta nel conflitto sin dalle prime fasi<sup>21</sup>. Di conseguenza, sembra che da questa decisione si possa dedurre soltanto che un "collegamento sufficiente" tra gli accusati e la situazione riferita mediante la risoluzione 1970/2011 sussista qualora essi siano membri di un gruppo armato coinvolto nel conflitto sin dal 2011. Resta dunque difficile ipotizzare, in assenza di una "conferma" del referral da parte del CdS ONU, che il generale clima di violenza in cui versa oggi la Libia possa essere ricondotto *tout court* al conflitto civile del 2011.

Riguardo le denunce pervenute all'Ufficio del Procuratore, elemento comune sembra essere il fatto che le presunte vittime degli abusi siano cittadini stranieri privi di valido titolo di soggiorno, che in base alla legge libica sono passibili di arresto e detenzione nei centri gestiti dal *Department for Combating Illegal Migration* ("DCIM")<sup>22</sup>. Secondo rapporti di organizzazioni intergovernative e non governative e fonti giornalistiche, i migranti vengono rapiti ai margini del deserto del Sahara e rinchiusi nelle cosiddette "connection houses" gestite dai trafficanti, o condotti nei centri formalmente controllati dal DCIM perché trovati privi di titolo di soggiorno, o bloccati nel tentativo di raggiungere l'Europa attraverso il Mar Mediterraneo<sup>23</sup>. In quelle strutture vengono quindi sottoposti ad abusi, lavori forzati o sfruttamento sessuale finché le famiglie di origine non si impegnano a pagare un riscatto o finché un altro soggetto non li acquista per trarne un vantaggio personale<sup>24</sup>. Diverse fonti hanno

<sup>21</sup> Pre-Trial Chamber I, *Situation in Libya, Prosecutor v. Al-Werfalli*, Warrant of Arrest, ICC-01/11-01/17-2, 15 agosto 2017, par. 23.

<sup>22</sup> Cfr. UNSMIL/UNOHCHR, "*Detained and Dehumanised*" – *Report on Human Rights Abuses Against Migrants in Libya*, 2016, pp. 11-12, all'indirizzo [http://www.ohchr.org/Documents/Countries/LY/DetainedAndDehumanised\\_en.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Countries/LY/DetainedAndDehumanised_en.pdf) (ultimo accesso: 12 gennaio 2018) ("Rapporto UNSMIL-OHCHR").

<sup>23</sup> In un sondaggio condotto dall'IOM tra i migranti arrivati in Sicilia, il 49% degli intervistati hanno affermato di essere stati detenuti contro la loro volontà nel corso del viaggio, da parte di milizie irregolari od organizzazioni criminali. Nella maggior parte dei casi, i fatti erano avvenuti in Libia (vedi IOM, *Mixed Migration Flows in the Mediterranean and Beyond. Analysis: Flow Monitoring Surveys*", p. 3, all'indirizzo [http://migration.iom.int/docs/Analysis\\_-\\_Flow\\_Monitoring\\_and\\_Human\\_Trafficking\\_Surveys\\_in\\_the\\_Mediterranean\\_and\\_Beyond\\_-\\_6%20October\\_2016.pdf](http://migration.iom.int/docs/Analysis_-_Flow_Monitoring_and_Human_Trafficking_Surveys_in_the_Mediterranean_and_Beyond_-_6%20October_2016.pdf) (ultimo accesso: 12 gennaio 2018) ("IOM Survey").

<sup>24</sup> Cfr. PORSIA, *L'industria libica delle migrazioni*, in *Limes*, 6/2017, pp. 81-84;

inoltre denunciato la connivenza della guardia costiera libica con le organizzazioni criminali e le milizie irregolari stanziate nella zona costiera circostante alla città di Zawiya<sup>25</sup>.

Ai fini dell'analisi che si intende proporre in questo contributo, ci si concentrerà soltanto su una delle possibili qualificazioni delle suddette condotte: il crimine contro l'umanità di riduzione in schiavitù, di cui all'art. 7(1)(c) dello Statuto di Roma.

In base all'art. 7(2)(c), questo si concretizza infatti nell'esercizio di alcuni o tutti i poteri connessi al diritto di proprietà su una persona, *anche nel corso di tratta di persone, in particolare donne e bambini*. Secondo il Tribunale Penale Internazionale per la ex Jugoslavia, la fattispecie in parola è integrata quando il comportamento dell'accusato sia basato sull'esercizio di poteri connessi al diritto di proprietà e comporti una distruzione (anche parziale) della personalità giuridica della vittima<sup>26</sup>. Sebbene non sia uno degli elementi del crimine, l'assenza di consenso della vittima può contribuire ai fini della prova<sup>27</sup>. A quest'ultimo proposito, è interessante notare che i magistrati italiani hanno più volte evidenziato che "accade frequentemente che la persona (...) inizialmente richiedente il servizio di ingresso migratorio illegale in uno Stato, divenga in un momento successivo vittima di tratta" poiché "la condotta del trasportatore si modifica, subentra la coercizione e intervengono le finalità di sfruttamento e le altre manifestazioni di prevaricazione"<sup>28</sup>.

In merito a queste condotte, va inoltre considerato che l'art. 7(1) dello Statuto di Roma definisce crimine contro l'umanità quella condotta che sia commessa nell'ambito di un attacco esteso e sistematico contro una popolazione civile, condotto, in attuazione di un disegno politico, da

IOM, *IOM Learns of 'Slave Market' Conditions Endangering Migrants in North Africa*, 4 novembre 2017, all'indirizzo <https://www.iom.int/news/iom-learns-slave-market-conditions-endangering-migrants-north-africa> (ultimo accesso: 12 gennaio 2018); Rapporto UNSMIL-OHCHR, cit., pp. 12-19 e 21-22; e MICALLEF, *The Human Conveyor Belt: trends in human trafficking and smuggling in post-revolution Libya*, Global Initiative against Transnational Organized Crime, 2017, pp. 34-35 e 37-38, all'indirizzo <http://globalinitiative.net/report-the-human-conveyor-belt-trends-in-human-trafficking-and-smuggling-in-post-revolution-libya/> (ultimo accesso: 12 gennaio 2018).

<sup>25</sup> Vedi PORSIA, *L'industria libica delle migrazioni*, cit., pp. 84-85.

<sup>26</sup> Appeals Chamber, *Prosecutor v. Kunarac et alii*, Judgement, IT-96-23&IT-96-23/1-A, 12 giugno 2002, parr. 117-119.

<sup>27</sup> *Ibidem*, par. 120.

<sup>28</sup> Tra le altre, si vedano: Tribunale di Palermo, *Woldu e altri*, Decreto di fermo, 30 maggio 2014, p. 12; Tribunale di Palermo, *Mered e altri*, Decreto di fermo, 10 aprile 2015, p. 18.

un ente statale o non statale (dotato di una struttura tale da consentirgli di pianificare e realizzare quell'attacco)<sup>29</sup>.

### 2.1. Le condizioni per l'apertura di un'indagine

In generale, ai sensi dell'art. 53(1) dello Statuto il Procuratore potrà aprire un'indagine soltanto ove ritenga che il caso sia ammissibile e non vi siano ragioni sostanziali per ritenere che l'indagine possa pregiudicare gli interessi della giustizia.

Quanto al primo requisito, l'art. 17 impone un doppio test: quello relativo al principio di complementarità e quello relativo alla sufficiente gravità del caso. In questa fase, il test di ammissibilità ha ad oggetto tutti i casi potenziali che possano emergere da una determinata situazione<sup>30</sup>.

Sostanzialmente, occorre innanzitutto dimostrare che nessuna giurisdizione statale si sia attivata nei riguardi dello stesso gruppo di persone e delle condotte su cui verosimilmente si concentrerà l'Ufficio della Procura<sup>31</sup>. Contestualmente, l'Ufficio della Procura deve provare che i crimini siano sufficientemente gravi da giustificare l'apertura dell'indagine<sup>32</sup>, e che all'esito di questa la Corte sarà presumibilmente in grado di perseguire gli individui maggiormente responsabili della loro commissione<sup>33</sup>.

<sup>29</sup> Sul significato da attribuire a ciascuno dei citati requisiti (c.d. *chapeaux elements*), si vedano: Pre-Trial Chamber I, *Prosecutor v. Katanga e Ngudjolo*, Confirmation of charges, ICC-01/04-01/07-717, 30 settembre 2008, par. 395-396; Pre-Trial Chamber II, *Prosecutor v. Bemba*, Confirmation of charges, ICC-01/05-01/08-424, 15 giugno 2009, par. 220-237; e Trial Chamber II, *Prosecutor v. Katanga*, Judgment pursuant to article 74 of the Statute, ICC-01/04-01/07-3436-tENG, 7 marzo 2014, par. 1117-1122.

<sup>30</sup> Vedi Pre-Trial Chamber II, *Situation in the Republic of Kenya, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya*, ICC-01/09-19, 31 marzo 2010, par. 48 ("Autorizzazione ad aprire un'indagine sul Kenya"); e Pre-Trial Chamber III, *Situation in the Republic of Côte d'Ivoire, Corrigendum to "Decision Pursuant to article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Côte d'Ivoire"*, ICC-02/11-14-Corr, 15 novembre 2011, par. 190 ("Autorizzazione ad aprire un'indagine sulla Costa d'Avorio").

<sup>31</sup> Autorizzazione ad aprire un'indagine sul Kenya, cit., par. 48, 50, 182 e 188; e Autorizzazione ad aprire un'indagine sulla Costa d'Avorio, cit., par. 190-191, 202-204.

<sup>32</sup> La gravità si misura mediante parametri quantitativi e qualitativi – quali la portata dei crimini, la loro natura, i mezzi utilizzati per la loro commissione, l'impatto e il danno causato alle vittime e alle loro famiglie (vedi Autorizzazione ad aprire un'indagine sul Kenya, cit., par. 60-62; Autorizzazione ad aprire un'indagine sulla Costa d'Avorio, cit., par. 203-205).

<sup>33</sup> Pre-Trial Chamber I, *Situation on the Registered Vessels of the Union of the Comoros, the Hellenic Republic and the Kingdom of Cambodia, Decision on the request*

Quanto al secondo requisito, ossia l'esistenza di ragioni sostanziali per ritenere che l'indagine possa pregiudicare gli interessi della giustizia, in assenza di prassi della Corte occorre far riferimento al Policy Paper del 2007, che sottolinea che il potere discrezionale del Procuratore va esercitato tenendo conto del fatto che esiste una presunzione a favore del perseguimento dei crimini ed esclude espressamente che gli interessi della giustizia coincidano con quelli connessi al mantenimento della pace<sup>34</sup>.

In conclusione, una volta dimostrato che vi siano ragionevoli motivi per credere che crimini di competenza della Corte siano stati commessi contro i migranti in Libia, al Procuratore spetterà il difficile compito di dimostrare che rispetto ad ognuno dei potenziali casi sussistano anche i requisiti di procedibilità.

Un compito reso ancor più arduo, ove si considerino le ulteriori, specifiche criticità del contesto della situazione in Libia. L'attività dell'Ufficio della Procura è infatti pesantemente condizionata dall'impossibilità di svolgere missioni *in loco* e da una cronica carenza di risorse. Se per sopperire al primo problema l'Ufficio si è finora avvalso di "metodi innovativi" per raccogliere le prove dall'estero, grazie all'attivazione di "canali sicuri" e alla "cooperazione dell'Ufficio del Procuratore generale libico a Tripoli, della comunità locale, di Stati terzi e dell'Unione Europea" ("UE")<sup>35</sup>, sembra assai più complicato far fronte al mancato conferimento, da parte della comunità internazionale, delle risorse necessarie a condurre le attività di indagine<sup>36</sup>.

### 3. Il reato di tratta nell'ordinamento italiano

Tutto ciò considerato, sembra che allo stato attuale, stante l'inaccessibilità al territorio della Libia e le stringenti condizioni di pro-

*of the Union of the Comoros to review the Prosecutor's decision not to initiate an investigation*, ICC-01/13-34, 16 luglio 2015, par. 23.

<sup>34</sup> Office of the Prosecutor, *Policy Paper on the Interests of Justice*, settembre 2007, pp. 1 e 9, all'indirizzo <https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/772C95C9-F54D-4321-BF09-73422BB23528/143640/ICCOTPIInterestsOfJustice.pdf> (ultimo accesso: 12 gennaio 2018).

<sup>35</sup> *Statement* del Procuratore, cit., parr. 6-7 e 34-37. A questo proposito, vale la pena sottolineare che sebbene la connivenza tra alcuni ufficiali delle Forze di sicurezza e la rete criminale operante sulla costa nord-occidentale del Paese sembrerebbe essere nota alle autorità inquirenti di Tripoli, queste ultime non sembrano avere accesso alla zona (cfr. PORZIA, *L'industria libica delle migrazioni*, cit., p. 91).

<sup>36</sup> *Statement* del Procuratore, cit., parr. 39-42.

credibilità delle indagini internazionali, le prospettive di successo della repressione dei crimini presuntivamente commessi contro i migranti siano vincolate alla cooperazione della comunità internazionale, in particolare dell'UE e degli Stati dell'area del Mediterraneo in cui le vittime di quegli abusi cercano accoglienza – su tutti l'Italia. A questo proposito, appare interessante il fatto che in un recente rapporto, l'IOM ha evidenziato che da un sondaggio svolto tra circa 2.800 migranti sbarcati in Sicilia tra giugno e settembre 2016 risulta che il 71% degli intervistati ha subito almeno una delle condotte riconducibili alla tratta di esseri umani<sup>37</sup>.

All'epoca della ratifica dello Statuto, il legislatore italiano si è limitato a fornire la necessaria autorizzazione al Presidente della Repubblica, senza tuttavia procedere all'adattamento dell'ordinamento interno alle norme del trattato<sup>38</sup>.

Il reato di tratta è stato introdotto nel Codice penale italiano soltanto nel 2003, in attuazione della Decisione quadro del Consiglio dell'Unione Europea 2002/629/GAI<sup>39</sup>.

Agli artt. 1 e 2 della legge n. 228 del 2003<sup>40</sup> sono stati infatti introdotti i nuovi articoli 600 e 601 del codice penale ("cp"), in base ai quali il reato di tratta è stato affiancato a quello di riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù. In aggiunta, l'art. 4 della legge del 2003 ha modificato la fattispecie di associazione per delinquere di cui all'art. 416 cp, aggiungendo un'aggravante speciale nel caso in cui questa fosse diretta a commettere uno dei reati di cui agli artt. 600, 601 o 602 cp.

Quanto all'esercizio della giurisdizione su questi reati il legislatore non ha ritenuto di intervenire sulle norme del codice penale, dal momento che l'art. 6 della Decisione quadro si limita a chiedere agli Stati membri di stabilire la propria competenza in base ai principi di territorialità e nazionalità attiva, ovvero quando il reato sia commesso a beneficio di una persona giuridica che ha sede nel territorio di tale Stato membro.

La fattispecie di cui all'art. 601 cp ricalca il reato transnazionale delineato dall'art. 3 del Protocollo delle Nazioni Unite sulla prevenzione, soppressione e persecuzione del traffico di esseri umani, in particolar

<sup>37</sup> IOM Survey, cit., p. 3.

<sup>38</sup> Legge 12 luglio 1999 n. 232, *Ratifica ed esecuzione dello statuto istitutivo della Corte penale internazionale, con atto finale ed allegati, adottato dalla Conferenza diplomatica*, G.U. n. 167 del 19 luglio 1999.

<sup>39</sup> Decisione quadro del Consiglio sulla lotta alla tratta degli esseri umani, 2002/629/GAI, 19 luglio 2002, G.U. L 203 del 1 agosto 2002, pp. 1-4.

<sup>40</sup> Legge 11 agosto 2003 n. 228, *Misure contro la tratta di persone*, G.U. n. 195 del 23 agosto 2003.

modo donne e bambini del 2000<sup>41</sup> (“Protocollo sulla tratta degli esseri umani” o “Protocollo alla Convenzione di Palermo”).

Poiché ai sensi dell’art. 1 del Protocollo le disposizioni della Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale del 2000<sup>42</sup> (“Convenzione di Palermo”) si applicano ad esso “salvo disposizione contraria”, in assenza di specifiche disposizioni si deve ricorrere alle norme sulla giurisdizione contenute in quest’ultima. Al par. 1 dell’art. 15 della Convenzione di Palermo viene adottato il criterio territoriale, mentre al par. 2 si riconosce agli Stati Parti la facoltà di adottare, in aggiunta, il criterio di nazionalità attiva (reato commesso da cittadino dello Stato Parte, o da apolide con residenza abituale nel suo territorio) o passiva (reato commesso contro cittadino dello Stato Parte), e/o di esercitare la giurisdizione sul reato di partecipazione ad un gruppo criminale organizzato commesso al di fuori del territorio dello Stato Parte al fine di commettere un grave reato sul suo territorio.

La legge n. 146 del 2006 sulla ratifica e l’esecuzione della Convenzione di Palermo e dei suoi protocolli<sup>43</sup> non contiene tuttavia alcuna norma sull’esercizio della giurisdizione, che resta perciò vincolato ai principi di cui agli artt. da 6 a 10 cp.

La Convenzione del Consiglio d’Europa sulla lotta contro la tratta di esseri umani, adottata a Varsavia il 16 maggio 2005<sup>44</sup> e ratificata dall’Italia nel 2010<sup>45</sup> (“Convenzione di Varsavia”), non ha innovato la materia della repressione della tratta: né in termini di identificazione delle condotte di reato, né in termini di competenza dei tribunali statali. In particolare, i reati sono definiti (all’art. 2) in maniera analoga a quanto fatto nella Decisione quadro del 2002 e nel Protocollo di Palermo; quanto alla competenza a giudicarli, agli Stati Parti viene richiesto (al par. 1

<sup>41</sup> *Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime*, 2237 U.N.T.S. 319, entrato in vigore il 25 dicembre 2003.

<sup>42</sup> *United Nations Convention against Transnational Organized Crime*, 2225 U.N.T.S. 209, entrata in vigore il 29 settembre 2003.

<sup>43</sup> Legge 16 marzo 2006 n. 146, *Ratifica ed esecuzione della Convenzione e dei Protocolli delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale, adottati dall’Assemblea generale il 15 novembre 2000 ed il 31 maggio 2001*, G.U. n. 85 dell’11 aprile 2006.

<sup>44</sup> *Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings*, Council of Europe Treaty Series No. 197, entrata in vigore l’1 febbraio 2008.

<sup>45</sup> Legge 2 luglio 2010 n. 108, *Ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d’Europa sulla lotta contro la tratta di esseri umani, fatta a Varsavia il 16 maggio 2005, nonché norme di adeguamento dell’ordinamento interno*, G.U. n. 163 del 15 luglio 2010.

dell'art. 31) di attribuirle alle giurisdizioni interne sulla base del principio di territorialità e di cittadinanza attiva (compreso il caso di soggetto apolide con residenza abituale sul territorio) e passiva.

Gli artt. 600 e 601 cp sono stati invece modificati mediante il Decreto legislativo n. 24 del 2014<sup>46</sup>, adottato allo scopo di attuare la Direttiva 2011/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio<sup>47</sup>. L'innovazione principale consiste nel superamento della relazione di interdipendenza tra la tratta e la riduzione o il mantenimento in schiavitù o servitù. A proposito di tale ultima riforma, la dottrina ha peraltro lamentato il "mancato pieno recepimento della distinzione tra favoreggiamento dell'immigrazione [clandestina] e tratta di esseri umani", che darebbe luogo ad una tutela inefficace, come dimostrato "anche dal dato esiguo relativo ai processi penali in materia di tratta"<sup>48</sup>. In maniera analoga alla Decisione quadro del 2002, la Direttiva del 2011 non impone agli Stati membri di esercitare la giurisdizione sui reati di tratta commessi all'estero da cittadini stranieri contro cittadini stranieri, ma li autorizza (all'art. 10) a invocare i principi di territorialità e cittadinanza attiva (che include il reato commesso da individuo con residenza abituale nello Stato), e a determinare la competenza dei tribunali interni sui crimini commessi contro un cittadino dello Stato o un individuo con residenza abituale nel territorio dello Stato, o commessi a vantaggio di una persona giuridica con sede nel territorio di detto Stato<sup>49</sup>.

<sup>46</sup> Decreto legislativo 4 marzo 2014 n. 24, *Attuazione della Direttiva 2011/36/UE, relativa alla prevenzione e alla repressione della tratta di esseri umani e alla protezione delle vittime, che sostituisce la Decisione quadro 2002/629/GAI*, G.U. n. 60 del 13 marzo 2014.

<sup>47</sup> Direttiva 2011/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, e che sostituisce la decisione quadro del Consiglio 2002/629/GA, 5 aprile 2011, G.U. L 101 del 15 aprile 2011, pp. 1-11.

<sup>48</sup> In tal senso, vedi GOISIS, *L'immigrazione clandestina e il delitto di tratta di esseri umani, smuggling of migrants e trafficking in persons: la disciplina italiana*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 18 novembre 2016, p. 14, all'indirizzo [http://www.penalecontemporaneo.it/upload/GOISIS\\_2016a.pdf](http://www.penalecontemporaneo.it/upload/GOISIS_2016a.pdf) (ultimo accesso: 12 gennaio 2018).

<sup>49</sup> Per una più approfondita analisi sulla competenza e gli atti dell'UE in materia di contrasto al traffico di esseri umani, si veda BORRACCETTI, *Trafficking in Human Beings and Human Security: A Comprehensive Approach*, in SALOMON, HESCHL, OBERLEITNER, BENEDEK, *Blurring Boundaries: Human Security and Forced Migration*, Leiden, 2017, pp. 187-210.

*4. L'ambito di applicazione del diritto penale italiano: l'impossibilità di perseguire i crimini presuntivamente commessi contro i migranti in Libia*

Al di là dei limiti delle citate fattispecie di reato, ciò che più di ogni altra cosa rischia di rendere totalmente inefficace la tutela garantita dagli artt. 600 e 601 cp, nel caso degli abusi presuntivamente commessi in Libia in danno dei migranti, è dunque l'impossibilità di estendere l'ambito di applicazione del diritto penale statale a tali condotte.

Ai sensi degli artt. da 7 a 10 del codice penale, lo straniero che commette un delitto all'estero può essere punito solo in casi eccezionali ed espressamente individuati. In particolare, tre sono le disposizioni che potrebbero essere invocate nel caso di gravi reati commessi contro stranieri sul territorio di stato estero:

1) l'art. 7, numero 5 – che autorizza la punizione in Italia di delitti per i quali speciali disposizioni di legge o convenzioni internazionali stabiliscono l'applicabilità della legge penale italiana;

2) l'art. 9, comma 1 – che autorizza la punizione in Italia di un cittadino italiano che abbia commesso all'estero un delitto per il quale la legge italiana stabilisce la pena della reclusione non inferiore nel minimo a tre anni, nel caso in cui l'accusato si trovi nel territorio dello Stato;

3) l'art. 10, comma 2 – che autorizza la punizione in Italia dello straniero che commetta all'estero e a danno di un cittadino straniero un delitto per il quale la legge italiana stabilisce la pena della reclusione non inferiore nel minimo a tre anni, purché l'accusato si trovi nel territorio dello Stato, la sua estradizione non sia stata concessa ovvero non sia stata accettata dal Governo dello Stato in cui ha commesso il delitto o da quello dello Stato di cittadinanza e vi sia espressa richiesta del Ministro della giustizia.

Premesso che ad oggi non risulta che tra gli accusati dei gravi abusi dei diritti dei migranti presuntivamente commessi in Libia vi siano cittadini italiani, o che un cittadino straniero a cui siano imputabili queste condotte sia stato fermato sul territorio italiano, in via di principio al giudice italiano non rimane che la prima opzione. In quest'ottica, risulta ancor più interessante l'interpretazione dell'art. 7, n. 5 recentemente proposta dalla Corte di Cassazione.

Nel caso specifico, la Cassazione era stata chiamata a risolvere due delicate questioni di diritto relative all'ambito di applicazione della legge italiana: a) se possa considerarsi consumato in Italia il reato di favoreg-

giamento dell'immigrazione clandestina (di cui all'art. 12 del Decreto legislativo n. 286 del 1998<sup>50</sup>) quando la condotta dell'accusato sia commessa in acque internazionali; b) se, in virtù del combinato disposto dell'art. 15, par. 2, lettera c) della Convenzione di Palermo e dell'art. 7, n. 5 cp si possa imputare all'accusato anche la partecipazione a un'organizzazione criminale transnazionale finalizzata alla commissione del suddetto reato<sup>51</sup>.

In merito al primo quesito, la Cassazione è pervenuta a risposta positiva sulla base di un'interpretazione piuttosto audace degli artt. 6 e 54 cp. Secondo gli ermellini, avendo abbandonato i migranti in acque internazionali a bordo di un'imbarcazione inadatta a tenere il mare e senza viveri, lo scafista avrebbe artatamente generato una condizione di pericolo per i migranti tale da configurare uno stato di necessità (*ex art. 54*) e imporre l'intervento dei soccorritori. Poiché la condotta di reato – l'ingresso clandestino sul territorio italiano – sarebbe stata realizzata dai soccorritori in condizione di costrizione causata dall'accusato, questi ne resterebbe penalmente responsabile sulla base dell'art. 54, comma 3 cp.

Quanto al secondo quesito, la soluzione escogitata appare altrettanto audace. Secondo i giudici, infatti, nonostante esso si limiti ad attribuire una facoltà agli Stati Parti, l'art. 15 della Convenzione di Palermo costituirebbe una di quelle disposizioni contenute in trattati internazionali che ai sensi dell'art. 7, n. 5 cp autorizzano la punizione in Italia di reati commessi all'estero contro cittadini stranieri. Ossia, nello specifico, della partecipazione a un'organizzazione criminale transnazionale finalizzata al favoreggiamento dell'immigrazione clandestina.

Anche a voler sottoscrivere il percorso logico-argomentativo della Corte di Cassazione, l'interpretazione proposta nella sentenza sarebbe evidentemente inapplicabile alla repressione dei crimini presuntivamente commessi a danno dei migranti in Libia. In questo caso, la condotta di reato è infatti interamente realizzata sul territorio dello Stato estero. A meno di non voler sostenere che il rapimento, la sottoposizione a trattamenti inumani e lo sfruttamento dei migranti siano finalizzati al favoreg-

<sup>50</sup> Decreto Legislativo 25 luglio 1998 n. 286, *Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*, G.U. n. 191 del 18 agosto 1998 ("T.U. immigrazione").

<sup>51</sup> Corte di Cassazione, sezione I Penale, sentenza 28 febbraio – 27 marzo 2014, n. 14510. Per una puntuale critica della decisione, si veda ANNONI, *L'esercizio dell'azione penale nei confronti dei trafficanti di migranti: le responsabilità dell'Italia... E quelle degli altri*, in *SIDIBlog*, 6 maggio 2015, all'indirizzo <http://www.sidiblog.org/2015/05/06/lesercizio-dellazione-penale-nei-confronti-dei-trafficanti-di-migranti-le-responsabilita-dellitalia-e-quelle-degli-altri/> (ultimo accesso: 12 gennaio 2018).

giamento dell'immigrazione clandestina in Italia – il che appare ad avviso di chi scrive quanto meno inverosimile –, le autorità italiane non potrebbero esercitare la giurisdizione neanche sulla partecipazione all'organizzazione criminale transnazionale. Un ulteriore ostacolo alla punizione dei trafficanti è rappresentato dalle modalità di trasferimento dei migranti: forse anche a causa delle condanne pronunciate contro gli scafisti, le organizzazioni libiche hanno preso a costringere gli stessi trasportati a “pilotare” le imbarcazioni verso le coste italiane – o quanto meno verso la zona di mare in cui operano i soccorritori<sup>52</sup>. In tali circostanze, neanche un'interpretazione estensiva degli artt. 6, 7 e 54 cp consentirebbe di ricondurre le condotte dei trafficanti entro l'ambito di applicazione della legge italiana.

5. *L'ampliamento dell'ambito di applicazione della legge italiana: i rischi derivanti dall'adozione del principio della giurisdizione universale “pura”*

La recente prassi della Cassazione testimonia un dato importante sul piano dell'adattamento dell'ordinamento interno alle norme del diritto internazionale e dell'UE: nell'attuale quadro giuridico, le autorità italiane non sono competenti a giudicare le più gravi condotte di tratta verso e attraverso la Libia. Alla luce della denuncia del Procuratore Capo dell'ICC e dell'impatto che i crimini commessi contro i migranti in Libia hanno sul nostro Paese, sembra comunque legittimo interrogarsi sull'opportunità di un intervento teso ad ampliare l'ambito di applicazione della legge italiana.

Sebbene nell'adeguare l'ordinamento italiano allo Statuto di Roma si sia scelto di non introdurre alcuna speciale norma sulla giurisdizione, va innanzitutto sottolineato che il trattato istitutivo della Corte autorizza tutti gli Stati Parti a perseguire i crimini internazionali elencati all'art. 5 dello Statuto di Roma, ovunque e contro chiunque commessi. Tale rilievo si basa in primo luogo sul fatto che ai sensi dell'art. 1 l'ICC “*shall be*

<sup>52</sup> Cfr. ANSA, *Migranti morti in barca, assolti scafisti*, 30 giugno 2017, all'indirizzo [http://www.ansa.it/sito/notizie/cronaca/2017/06/30/migranti-morti-in-barcaassolti-scafisti\\_0e8373ad-88e0-4e63-a337-9d5ec0a16c32.html](http://www.ansa.it/sito/notizie/cronaca/2017/06/30/migranti-morti-in-barcaassolti-scafisti_0e8373ad-88e0-4e63-a337-9d5ec0a16c32.html) (ultimo accesso: 12 gennaio 2018); Corriere della Sera, *Migranti, pm Catania «assolvono» gli scafisti: agiscono per necessità*, 22 marzo 2017, all'indirizzo [http://roma.corriere.it/notizie/cronaca/17\\_marzo\\_22/migranti-pm-catania-assolvono-scafisti-agiscono-necessita-932bf980-0ef2-11e7-b19a-5283fae0a63e.shtml](http://roma.corriere.it/notizie/cronaca/17_marzo_22/migranti-pm-catania-assolvono-scafisti-agiscono-necessita-932bf980-0ef2-11e7-b19a-5283fae0a63e.shtml) (ultimo accesso: 12 gennaio 2018).

*complementary to national criminal jurisdictions*”, ma soprattutto sul fatto che l’art. 17 stabilisce che un caso non sia ammissibile quando esso “*is being investigated or prosecuted by a State which has jurisdiction over it*”. Nella stessa direzione vanno le norme procedurali sulla complementarità: l’art. 18, che impone al Procuratore di notificare l’avvio di un’indagine a tutti gli Stati che “*would normally exercise jurisdiction over the crimes concerned*”; e l’art. 19, che stabilisce che tra i soggetti legittimati a contestare la giurisdizione della Corte sono compresi tutti gli Stati che abbiano “*jurisdiction over a case*”, a prescindere dal fondamento di questa. In aggiunta, nel definire le eccezioni alla primazia delle giurisdizioni statali, lo Statuto fa esclusivamente riferimento all’assenza di volontà e capacità di reprimere i crimini sul piano interno e non alla “legittimità” del titolo della giurisdizione statale.

In altre parole, dall’assenza di una puntuale elencazione dei principi sulla giurisdizione sembrerebbe potersi dedurre la legittimazione delle autorità degli Stati (Parti e non Parti) a perseguire qualsiasi crimine internazionale di cui all’art. 5 dello Statuto ovunque e contro chiunque commesso, ossia sulla base del principio della giurisdizione universale<sup>53</sup>. Di conseguenza, il legislatore italiano potrebbe in qualsiasi momento adottare un provvedimento normativo mediante cui autorizzare l’esercizio della giurisdizione sui suddetti crimini internazionali, ovunque e contro chiunque commessi.

D’altro canto, a prescindere dai dubbi sulla stessa esistenza e il contenuto di una norma internazionale consuetudinaria sulla giurisdizione universale<sup>54</sup>, una simile iniziativa appare al momento poco verosimile:

<sup>53</sup> Sul rapporto tra il regime dell’ICC e il principio della giurisdizione universale si vedano, *ex plurimis*: LANGER, *The Archipelago and the Wheel: The Universal Jurisdiction and the International Criminal Court Regimes*, in MINOW, TRUE-FROST, WHITING (eds), *The First Global Prosecutor: Promise and Constraints*, Ann Arbor, 2015, pp. 204-250; STIGEN, *The Relationship between the Principle of Complementarity and the Exercise of Universal Jurisdiction for Core International Crimes*, in BERGSMO (ed.), *Complementarity and the Exercise of Universal Jurisdiction for Core International Crimes*, Oslo, 2010, pp. 133-159; e PROSPERI, *Giurisdizione universale, Corte penale internazionale e principio di complementarità: una triangolazione possibile?*, in *Federalismi.it*, 20 dicembre 2013, pp. 5-9, all’indirizzo <http://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?artid=23802> (ultimo accesso: 12 gennaio 2018).

<sup>54</sup> Il Sesto Comitato dell’Assemblea Generale ONU, incaricato di definire ambito e criteri di applicazione del principio della giurisdizione universale nel 2009, è ancora impegnato nelle consultazioni degli Stati membri dell’ONU (cfr. UN General Assembly, *Draft resolution on “The scope and application of the principle of universal jurisdiction”*, 1 November 2016, UN Doc. A/C.6/71/L.23). In dottrina si vedano, *ex plurimis*: LANGER, *Universal Jurisdiction is Not Disappearing. The Shift from ‘Global Enforcer’ to ‘No Safe Haven’ Universal Jurisdiction*, in *Journal of International Criminal Justice*,

innanzitutto in ragione dei sempre delicati equilibri politici interni alla maggioranza parlamentare, ma anche per ragioni di politica criminale e di politica internazionale. Quanto al primo aspetto, tenendo conto del fatto che nel nostro ordinamento l'esercizio dell'azione penale è obbligatorio, è infatti probabile che ai pubblici ministeri italiani sarebbero indirizzate centinaia di denunce, che contribuirebbero a ingolfare i tribunali interni. Quanto alle conseguenze sulle relazioni internazionali, sembra sufficiente ricordare che gli unici Stati europei che abbiano accolto il principio in parola – il Belgio, la Spagna e la Germania – hanno provveduto nel corso degli anni a modificare più volte le relative norme, subordinando l'esercizio della giurisdizione universale alla sussistenza di condizioni via via più stringenti<sup>55</sup>. Oltre ad andare in direzione contraria alla prassi degli Stati europei, l'esercizio della giurisdizione penale “pura” sui crimini internazionali rischierebbe dunque di compromettere le relazioni dell'Italia con quegli Stati le cui autorità dovessero essere fatte oggetto di indagini.

#### 6. Le ragioni a favore dell'adozione del principio della giurisdizione universale condizionata sul crimine di tratta: una proposta operativa

Con specifico riferimento agli abusi commessi a danno dei migranti in Libia, tenuto conto del peggioramento delle condizioni nel Paese nordafricano e dell'impatto dirompente di tali condotte sull'Italia, soprattutto in termini di aggravamento delle condizioni in cui le nostre autorità effettuano il soccorso in mare e svolgono le attività di prima accoglienza, si potrebbe allora giustificare un intervento normativo *ad hoc*. Nello specifico, questo potrebbe consistere nell'ampliamento dell'ambito di applicazione della legge italiana mediante adozione del principio della giurisdizione universale sul reato di tratta, ove questo sia commesso in Libia contro individui che si trovino in seguito sul territorio italiano. Una simile soluzione consentirebbe infatti, da un lato, di perseguire individui re-

2015, pp. 1-12; e PROSPERI, *Giurisdizione universale*, cit., pp. 12-34.

<sup>55</sup> Sulle vicissitudini della normativa spagnola si veda FERNÁNDEZ, *The 2014 Reform of Universal Jurisdiction in Spain. From All to Nothing*, in *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2014, p. 717-727. Sul caso belga, si veda REYDAMS, *Belgium Reneges on Universality: The 5 August 2003 Act on Grave Breaches of International Humanitarian Law*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2003, pp. 679-689. Sulle normative tedesche, si veda LANGER, *The Diplomacy of Universal Jurisdiction: The Political Branches and the Transnational Prosecution of International Crimes*, in *American Journal of International Law*, 2011, pp. 1-49.

sponsabili di condotte condannate dalla comunità internazionale e qualificabili come crimini contro l'umanità; e dall'altro, di promuovere l'effettiva tutela dei diritti umani delle vittime di tratta, conformemente alla Convenzione di Varsavia, al Protocollo di Palermo, al diritto derivato dell'UE e a quanto stabilito nelle risoluzioni 2240 e 2312 del CdS ONU.

In particolare, il legislatore italiano potrebbe autorizzare l'esercizio della giurisdizione, in relazione al reato di tratta di esseri umani verso e attraverso la Libia, qualora commesso da una persona che non sia in possesso della cittadinanza italiana contro un'altra persona che non sia in possesso di cittadinanza italiana e a condizione che la vittima del reato sia presente sul territorio italiano in un momento successivo alla commissione di questo e venga riconosciuta come tale dall'autorità giudiziaria. Questa soluzione avrebbe ad avviso di chi scrive il pregio di ampliare l'ambito di applicazione della legge italiana, senza per questo mettere a repentaglio le relazioni internazionali del Paese né ingolfare il lavoro dei tribunali. Per meglio comprendere le ragioni di tale proposta, è opportuno svolgere alcune considerazioni aggiuntive.

In primo luogo, tale soluzione troverebbe una legittimazione nel citato art. 10 della Direttiva 2011/36/EU, laddove si autorizzano gli Stati membri a stabilire la giurisdizione sui reati di tratta commessi da o contro individui con residenza abituale nel territorio dello Stato. Mediante questa disposizione è stato in effetti accolto il principio per cui gli Stati membri possano scegliere di perseguire questi reati, anche quando commessi all'estero, per meglio tutelare un individuo con un legame stabile con il territorio dello Stato. Nell'accogliere questo principio, occorrerebbe peraltro sostituire, al criterio della residenza abituale, quello della presenza sul territorio della vittima in un momento successivo alla commissione del crimine. Una simile iniziativa sembra infatti meglio rispondere all'esigenza di contemperare la disciplina della direttiva in parola con la generale tutela accordata dal diritto internazionale e dell'UE alle vittime del reato. A questo proposito, vengono inoltre in rilievo una serie di norme della Convenzione di Varsavia.

All'art. 10, par. 2 di quest'ultima si prevede infatti che se le autorità statali hanno ragionevoli motivi per credere che una persona sia stata vittima di tratta, quella persona "non debba essere allontanata dal territorio dello Stato" finché non sia completata la procedura d'identificazione (di cui all'art. 18) e debba nel frattempo ricevere assistenza. Tra le altre cose, al par. 6 dell'art. 12 si stabilisce che "l'assistenza ad una vittima non sia subordinata alla sua volontà di testimoniare", sganciando per la prima volta la tutela dalle esigenze connesse al perseguimento del reato di trat-

ta. Ai sensi del par. 1 dell'art. 13, gli Stati Parti devono poi garantire un periodo di "riflessione" di "almeno 30 giorni", quando esistano "ragionevoli motivi per credere che la persona in questione sia una vittima"; nel corso di questo periodo, la persona in questione potrà prendere le "decisioni sulla sua collaborazione con le autorità competenti". In aggiunta, in base al par. 1 dell'art. 14 le Parti sono tenute a rilasciare alle vittime un permesso di soggiorno temporaneo e rinnovabile, quando l'autorità competente ritenga che la permanenza sia "necessaria", in ragione della loro "condizione personale" o della loro "collaborazione con le autorità competenti ai fini dell'inchiesta o del procedimento penale". Quanto infine ai minori vittime di tratta, il par. 7 dell'art. 16 ne vieta il rimpatrio verso uno Stato terzo, a meno che "in base ad una valutazione dei rischi e della sicurezza" questo non sia "nell'interesse superiore del minore".

Tale disciplina integra quella della Direttiva 2004/81/CE<sup>56</sup>, che condiziona il rilascio del permesso di soggiorno alla cooperazione con le autorità statali, e quella del Protocollo di Palermo, che per primo ha previsto che alle vittime di tratta sia garantita assistenza, anche sotto forma di prestazioni sociali (tra le altre, al par. 3 dell'art. 6 si fa riferimento a un alloggio adeguato, assistenza medica, psicologica e materiale, opportunità di impiego, educative e di formazione). Le più significative previsioni della Convenzione di Varsavia sono sostanzialmente riprodotte anche nella Direttiva 2011/36/EU, che stabilisce che l'assistenza e il sostegno alla vittima di tratta non debbano essere subordinate alla sua volontà di collaborare "nelle indagini penali, nel procedimento giudiziario o nel processo" (art. 11, par. 3) e che una più ampia assistenza debba essere garantita alle vittime minorenni (artt. da 13 e 16), ma non modifica le norme sul titolo di soggiorno contenute nella Direttiva del 2004<sup>57</sup>. Appare interessante notare, a questo proposito, come nell'attuare la direttiva del 2011, il legislatore italiano abbia stabilito che gli stranieri vittime di riduzione in schiavitù o tratta possono accedere, in ragione del pericolo per la loro incolumità, a uno speciale permesso di soggiorno per motivi di protezione sociale<sup>58</sup>.

<sup>56</sup> Direttiva 2004/81/CE del Consiglio riguardante il titolo di soggiorno da rilasciare ai cittadini di paesi terzi vittime della tratta di esseri umani o coinvolti in un'azione di favoreggiamento dell'immigrazione illegale che cooperino con le autorità competenti, 29 aprile 2004, G.U. L 261 del 6 agosto 2004, pp. 19-23.

<sup>57</sup> Sulla specifica questione, si veda BORRACCETTI, *Trafficking in Human Beings*, cit., pp. 199-203.

<sup>58</sup> Art. 18, comma 3bis del T.U. immigrazione, inserito mediante l'art. 8 del D.Lgs. 24/2014 (cit.).

In conclusione, ritiene chi scrive che una delle iniziative che l'Italia potrebbe mettere in campo per contribuire alla lotta contro l'impunità delle organizzazioni criminali – e quindi al miglioramento della condizione dei migranti in Libia – consista nell'ampliamento dell'ambito di applicazione della legge italiana in relazione al reato di tratta verso e attraverso la Libia. A questo risultato si potrebbe pervenire mediante l'introduzione di un atto normativo *ad hoc* che attribuisca competenza al giudice penale sulla base del principio della giurisdizione universale, condizionandone l'esercizio alla presenza della vittima del reato sul territorio dello Stato in un momento successivo alla sua commissione. Da un simile ampliamento dell'ambito di applicazione della legge deriverebbe il riconoscimento in capo alle vittime prive di cittadinanza italiana di tutte le tutele approntate dagli strumenti internazionali in materia di tratta cui l'Italia abbia aderito, in linea con quanto richiesto dal CdS ONU<sup>59</sup>. Ove pure ciò si traducesse in un esponenziale incremento delle richieste di rilascio del titolo di soggiorno ai sensi del comma 3*bis* dell'art. 18 del T.U. immigrazione e dell'art. 14 della Convenzione di Varsavia, tenuto conto del fatto che ciò consentirebbe quanto meno di raccogliere le testimonianze delle vittime, questa soluzione potrebbe dimostrarsi efficace non soltanto in termini di repressione, ma pure in termini di prevenzione del reato di tratta.

#### *7. Conclusioni: prospettive della repressione sul piano statale dei crimini commessi a danno dei migranti in Libia*

Nel presentare al CdS ONU il tredicesimo rapporto semestrale sulla situazione in Libia, l'8 maggio scorso il Procuratore Capo dell'ICC ha denunciato l'aggravamento della situazione nel Paese nordafricano e annunciato che il suo Ufficio sta valutando se aprire un'indagine sui crimini presuntivamente commessi contro i migranti in Libia. Tra le condotte oggetto di approfondimento, particolarmente preoccupanti – anche per le conseguenze sui flussi migratori e la situazione di sicurezza in Libia – appaiono quelle riconducibili al crimine contro l'umanità di riduzione in schiavitù nel corso di tratta, su cui ci si è perciò soffermati.

Ai sensi dell'art. 7, par. 1 dello Statuto di Roma, affinché una delle condotte ivi elencate possa essere qualificata come crimine contro

<sup>59</sup> Al par. 3 della Risoluzione 2240(2015) il CdS invita gli Stati ad assistere i migranti salvati in mare, conformemente al diritto internazionale.

l'umanità, questa deve essere realizzata nel corso di un attacco esteso o sistematico contro la popolazione civile, condotto da organi dello Stato o entità con un certo grado di organizzazione, in attuazione di un disegno politico e nella consapevolezza che il crimine sia parte di quell'attacco. In aggiunta, in base all'art. 53 dello Statuto, l'Ufficio della Procura può aprire un'indagine soltanto ove dimostri che vi siano ragionevoli motivi per ritenere che crimini di competenza della Corte siano stati commessi, che i casi che possano emergere da quell'indagine siano ammissibili e che essa non sia contraria agli interessi della giustizia. Nel caso in esame, il fatto che i crimini contro i migranti siano commessi da entità e in località diverse rende inoltre particolarmente complessa la verifica in ordine alla sufficiente gravità dei crimini, parte del test sull'ammissibilità.

Anche alla luce della cronica mancanza di fondi della Corte e dell'inaccessibilità al territorio della Libia, si è concluso che la repressione di quei crimini sul piano statale potrebbe avere maggiori prospettive di successo. Considerata la situazione di estrema instabilità in Libia, tale compito dovrebbe verosimilmente essere assunto dagli Stati della sponda europea del Mediterraneo, in particolare dall'Italia, luogo di sbarco del 90% dei migranti provenienti dal Nord Africa e perciò nella posizione di raccogliere prove e testimonianze delle vittime.

La seconda parte del contributo ha dimostrato come a oggi l'ordinamento italiano non consenta la repressione di reati commessi sul territorio di uno Stato estero, da e contro un individuo privo della cittadinanza italiana, se non nel caso in cui l'accusato si trovi in Italia e non possa essere estradato verso il Paese sul cui territorio abbia commesso il reato o verso il Paese di cittadinanza e vi sia richiesta di procedere del Ministro della giustizia. Il legislatore italiano ha infatti deciso di adeguare le fattispecie di riduzione in schiavitù e tratta di esseri umani alle norme del diritto internazionale, senza però modificare le norme sull'ambito di applicazione della legge italiana. Né sembra potersi applicare al caso in esame la più recente prassi della Cassazione, in base alla quale è consentita la repressione delle condotte commesse dagli scafisti in alto mare.

Tenuto conto dell'impatto che gli abusi commessi contro i migranti in Libia hanno sul territorio italiano e sulle attività di assistenza agli individui che riescono a raggiungere le zone di mare presidiate dai soccorritori, sarebbe opportuno un intervento normativo *ad hoc* finalizzato all'ampliamento dell'ambito di applicazione della legge italiana in relazione alla tratta. In particolare, anche al fine di limitare le possibili ricadute negative sulle relazioni internazionali dell'Italia, il legislatore potrebbe autorizzare l'esercizio della giurisdizione universale sul reato di

tratta verso e attraverso la Libia, ulteriormente condizionandolo alla presenza delle vittime sul territorio dello Stato in un momento successivo alla realizzazione del reato. Ciò consentirebbe di promuovere un'effettiva tutela dei diritti umani dei migranti vittime di tratta, che favorirebbe a sua volta la loro collaborazione nelle indagini e nei procedimenti penali, così contribuendo a una più efficace repressione del fenomeno.

Qualora adottassero una simile iniziativa, le autorità italiane potrebbero inoltre avvalersi della cooperazione dell'Ufficio della Procura dell'ICC e delle attività investigative svolte da questo. Una simile iniziativa potrebbe tra l'altro culminare nella definizione di un "piano di lavoro" condiviso tra autorità statali e organi della Corte, sulla base del quale quest'ultima manterrebbe il compito di procedere nei confronti dei leader delle entità cui siano imputabili condotte qualificabili come crimini contro l'umanità di riduzione in schiavitù, mentre alle prime spetterebbe la repressione di quei singoli reati di tratta che le suddette norme sull'esercizio della giurisdizione universale consentano di ricondurre entro l'ambito di applicazione della legge statale.

# I “CORRIDOI UMANITARI” APERTI GRAZIE A *SPONSOR* PRIVATI: QUALE BASE GIURIDICA IN EUROPA?

Carola RICCI\*

SOMMARIO: 1. L’impegno a cercare vie d’ingresso legali alternative: le buone prassi di *private sponsorship* sbarcano in Italia. – 2. I beneficiari di una protezione *sui generis*. – 3. La compatibilità del modello con l’art. 25 del codice dei visti dopo la sentenza *X e X contro Belgio*. – 4. Quale altra base giuridica nel diritto internazionale? – 5. Questioni aperte in vista della diffusione di una prassi virtuosa in Europa.

## 1. *L’impegno a cercare vie d’ingresso legali alternative: le buone prassi di private sponsorship sbarcano in Italia*

Nella Dichiarazione di New York del settembre 2016 su rifugiati e migranti, gli Stati membri delle Nazioni Unite si sono impegnati a realizzare diversi obiettivi tra cui potenziare le vie legali alternative di accesso al territorio di Stati “sicuri” per i rifugiati in modo coordinato insieme alla società civile e al settore privato<sup>1</sup>.

Tra le buone prassi adottate per consentire alle persone bisognose di protezione internazionale di raggiungere il Paese di destinazione in condizioni di piena legalità e sicurezza, il già consolidato modello canadese di sponsorizzazioni private<sup>2</sup> ha attecchito in Italia, in una forma *sui gene-*

\* Professore associato di Diritto internazionale, Università degli Studi di Pavia.

<sup>1</sup> Cfr. *New York Declaration for Refugees and Migrants. Resolution adopted by the General Assembly on 19 September 2016, Seventy-first session*, UN doc. A/RES/71/1, 3 ottobre 2016, ove al punto 15 si legge: «We invite the private sector and civil society, including refugee and migrant organizations, to participate in *multi-stakeholder alliances* to support efforts to implement the commitments we are making today» e al punto 61 «we encourage *deeper interaction between Governments and civil society* to find responses to the challenges and the opportunities posed by international migration» (corsivi aggiunti). Similmente, v. anche il punto 85 oltre che, nell’allegato II, il punto 15.

<sup>2</sup> Il modello canadese di *private sponsorship*, che tuttora offre uno strumento complementare alle politiche di accoglienza e reinsediamento intraprese dallo Stato, fu inaugurato per rispondere all’emergenza delle due ondate di rifugiati causate dalla crisi indocinese registrata tra gli anni Settanta e Ottanta, per la prima volta codificato nell’*Immigration Act of 1978*. Cfr. NOLL, FAGERLUND, *Safe Avenues to Asylum? The Ac-*

ris, rendendo possibile nell'arco di due anni e mezzo l'ingresso sul territorio di 1.500 profughi, in prevalenza siriani provenienti dal Libano ai quali si stanno aggiungendo arrivi dall'Etiopia e, in futuro, da altri Paesi dell'area africana. Queste vie di ingresso legale alternativo, denominate "corridoi umanitari"<sup>3</sup>, sono state aperte grazie a due protocolli di intesa 'ibridi' stipulati rispettivamente, il 15 dicembre 2015 e il 12 gennaio 2017, tra i Ministeri degli Affari Esteri e dell'Interno, dal lato istituzionale, e la Federazione delle Chiese Evangeliche in Italia (FCEI), la Tavola Valdese, la Comunità di Sant'Egidio (parti del primo accordo)<sup>4</sup> e la CEI (che, grazie a Caritas e Fondazione Migrantes, partecipa al secondo accordo insieme alla Comunità di Sant'Egidio)<sup>5</sup>, dal lato degli sponsor

*tual and Potential Role of EU Diplomatic Representations in Processing Asylum Requests. A Study Conducted within the Framework of the Refugee Research Programme at the Danish Centre for Human Rights*, aprile 2002, pp. 80-88 (disponibile anche on-line: <http://www.unhcr.org/3cd000a52.pdf>); COURTLAND ROBINSON, *Terms of Refuge: The Indochinese Exodus and the International Response*, London, New York, 1998, pp. 138-142; YAHYAOUI KRIVENKO, *Hospitality and Sovereignty: What Can We Learn From the Canadian Private Sponsorship of Refugees Program?*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 24.3, 1 ottobre 2012, pp. 579-602; INELI-CIGER, *An Examination of the Comprehensive Plan of Action as a Response to Mass Influx of 'Boat People': Lessons Learnt for a Comprehensive Approach to Migration by Sea*, in MORENO-LAX, PAPASTAVRIDIS, *'Boat Refugees' and Migrants at Sea: A Comprehensive Approach*, Leiden, Boston, 2017, pp. 400-416, spec. p. 412.

<sup>3</sup> Sull'espressione di "corridoi umanitari", scelta dagli sponsor, si è fatto notare che essa «non appartiene al lessico formalizzato e tecnicizzato dalle organizzazioni internazionali che si occupano di asilo e immigrazione»; così MOROZZO DELLA ROCCA, *I due protocolli d'intesa sui "corridoi umanitari" tra alcuni enti di ispirazione religiosa ed il governo ed il loro possibile impatto sulle politiche di asilo e immigrazione*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2017, pp. 1-31, spec. p. 10. Tra gli altri primi commentatori dei protocolli di intesa, si rinvia a: IMPAGLIAZZO, *Le vie dell'integrazione 'latina'*, in *Limes*, 2016, p. 127 ss.; SOSSAI, *Canali di ingresso legale sicuro dei migranti in Europa: il modello dei "corridoi umanitari"*, in CURI (a cura di), *Vergogna ed esclusione. L'Europa di fronte alla sfida dell'emigrazione*, Roma, 2017, pp. 75-89; COLMAYER, SIGNORINI, *I corridoi umanitari, possibile alternativa di ingresso legale in Italia*, in *immigrazione.it*, n. 281 dell'1 febbraio 2017; MUTTI, *L'importanza dei corridoi umanitari*, in *La rivista il Mulino*, 14 febbraio 2017, <https://www.rivistailmulino.it/item/3777>.

<sup>4</sup> Secondo i dati diffusi dalla Comunità di Sant'Egidio e dall'agenzia di stampa della Federazione delle Chiese Evangeliche in Italia, in due anni sono giunti per questa via sicura e legale 1.000 rifugiati siriani dal Libano previsti dal primo protocollo. Invero, quest'ultimo prevedeva un'estensione anche al Marocco che non risulta però sia stata attuata (cfr. <http://www.santegidio.org> e <http://www.nev.it> oltre che, per rinvio, <https://www.chiesavaldese.org>).

<sup>5</sup> Il secondo protocollo, siglato a Roma il 12 gennaio 2017 (finanziato con fondi derivanti dall'8xmille di CEI e Comunità Sant'Egidio), prevede il trasferimento dai campi profughi in Etiopia di 500 Eritrei, Somali e Sud Sudanesi in un anno e mezzo dall'Etiopia, scelta sia per la «sua caratteristica di paese di transito», sia per la presenza sul territorio

privati, i quali si fanno completamente carico dei costi dell'encomiabile e coraggiosa iniziativa.

Entrambi i protocolli d'intesa istituiscono delle procedure di ingresso protetto<sup>6</sup> del tutto peculiari, come si scorge già dall'indicazione degli scopi principali che intendono perseguire. L'obiettivo comune è infatti di garantire non solo (i) l'arrivo in Italia di «*potenziali* beneficiari di protezione internazionale, in specie i soggetti più vulnerabili» *in modo legale e sicuro* dallo Stato terzo ove si trovino, a spese delle comunità religiose richiamate (art. 2 del primo e del secondo protocollo d'intesa), ma anche (ii) l'accoglienza in una fase iniziale, sempre ad opera della rete di volontari disseminati sul territorio nazionale che fanno capo alle stesse comunità, con modalità che possano assicurare l'effettivo sostegno nel processo di «inserimento socioculturale per un congruo periodo di tempo» (art. 4, secondo paragrafo di entrambi i protocolli).

A ciò va aggiunto un elemento del tutto caratteristico delle due intese italiane, rappresentato dall'ulteriore scopo di (iii) una «stabilizzazione in Italia» dei beneficiari, ai quali è assicurata dagli *sponsor* anche l'assistenza legale necessaria a richiedere protezione internazionale nel nostro Paese una volta che vi siano giunti (art. 4 lett. d della prima intesa e punto 11 c delle considerazioni iniziali della seconda intesa).

Il progetto, dunque, mira ad «*escludere* o limitare eventuali movimenti secondari volontari» verso altri Paesi<sup>7</sup>, tanto che – come si vedrà meglio oltre – già nella fase di selezione è richiesto ai potenziali beneficiari di esprimere la loro intenzione chiara e univoca in questo senso. Una volta selezionati, i loro dossier sono trasmessi alla rappresentanza italiana all'estero del paese di primo rifugio (Libano e Etiopia) e quindi sopposti ai controlli di sicurezza del Ministero dell'Interno e degli Affari Esteri italiani. Laddove non siano rilevati motivi ostativi, è reso un visto temporaneo che permette ai beneficiari di imbarcarsi su un aereo e giungere nel nostro Paese dove inizierà non solo la fase di accoglienza e integrazione che le

di realtà associative e di chiese già impegnate nel sostegno ai rifugiati.

<sup>6</sup> Per una definizione di procedure di ingresso protetto si vedano, *ex multis*: EX-COM Standing Committee, *Complementary Forms of Protection: Their Nature and Relationship to the International Refugee Protection Regime – 18th Meeting*, UN doc. EC/50/SC/CRP.18, 9 giugno 2000, pp. 4-5; NOLL, FAGERLUND, *Safe Avenues to Asylum?*, cit., pp. 14-21; MCADAM, *Complementary Protection in International Refugee Law*, Oxford, 2007, spec. pp. 19-51; GOODWIN-GILL, MCADAM, *The Refugee in International Law*, 3<sup>rd</sup> ed., Oxford, 2007, pp. 285-345.

<sup>7</sup> Questa finalità si trova esplicitamente indicata nell'art. 3, ultimo par., del primo e del secondo protocollo.

ONG garantiscono per almeno un anno a loro spese, ma anche la procedura formale di richiesta di protezione internazionale all'Italia.

Quanto alla base giuridica espressamente indicata in entrambi i protocolli che consente il rilascio del visto di ingresso, il riferimento è fatto all'art. 25 del regolamento (CE) n. 810/2009, c.d. codice dei visti o *visa code*<sup>8</sup>. Pare utile ricordare che, come pur noto, quest'ultima disposizione, in deroga al principio dell'adempimento delle condizioni di ingresso del codice frontiere Schengen<sup>9</sup>, riconosce a ciascuno Stato Membro la facoltà di rilasciare un visto, laddove lo ritenga necessario, «per motivi umanitari o di interesse nazionale o in virtù di obblighi internazionali», con una “validità territoriale limitata” (VTL) al proprio Stato per non più di 90 giorni (su un periodo totale di 180 giorni), a meno che – in via eccezionale – altri Stati membri abbiano acconsentito a estenderlo al proprio territorio<sup>10</sup>.

Si tratta di comprendere quanto tale peculiare procedura di ingresso protetto sponsorizzata da privati, ad oggi via d'ingresso legale di natura eccezionale e ristretta a un numero di beneficiari relativamente piccolo, possa diventare in futuro prassi (se non regola) diffusa in altri Stati europei e se, a tale scopo, debba essere diversamente modulata o modificata. In particolare, all'indomani della sentenza *X e X c. Belgio*, decisa dalla Corte UE il 7 marzo scorso<sup>11</sup>, non sembra che si possa mantenere for-

<sup>8</sup> Regolamento (CE) n. 810/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 luglio 2009 che istituisce un codice comunitario dei visti (codice dei visti), su cui v. PEERS, MORENO-LAX, GARLICK, GUILD (eds.), *EU Immigration and Asylum Law (Text and Commentary)*, 2<sup>nd</sup> rev. ed., Leiden, 2012, p. 251 ss.

<sup>9</sup> Il riferimento è alle condizioni poste dall'art. 5 par. 1, lett. a, c, d, e, del codice frontiere Schengen, adottato originariamente il 15 marzo 2006 con il regolamento (CE) n. 562/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un codice comunitario relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone e, di recente, trasposto nell'art. 6 della versione codificata dal regolamento (UE) 2016/399 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2016, che istituisce un codice unionale relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone.

<sup>10</sup> Sulla norma, da anni oggetto di un ampio dibattito e di proposte di modifica, si veda lo studio dettagliato, commissionato dal Comitato Libertà Civili, Giustizia e Affari Interni del Parlamento europeo, di IBSEN JENSEN, *Humanitarian Visas: Option or Obligation? Study for the LIBE Committee*, CEPS Paper in Liberty and Security in Europe No 68, ottobre 2014.

<sup>11</sup> Corte di giustizia UE, sentenza 7 marzo 2017 in causa C-638/16 PPU, *X e X c. État belge* (ECLI:EU:C:2017:173), che, contrariamente alle speranze di molti, non conferma le conclusioni dell'AG Mengozzi, presentate il 7 febbraio 2017 (ECLI:EU:C:2017:93). Tra i primi commenti si vedano: MORENO-LAX, *Asylum Visas as an Obligation under EU Law: Case PPU C-638/16 X, X v Belge (Part I and II)*, 16 e 21 febbraio 2017, in <http://eumigrationlawblog.eu>; CARLIER, LEBOEUF, *The X. and X. case: Humanitarian visas and the genuine enjoyment of the substance of the rights, towards a*

malmente lo stesso fondamento giuridico richiamato da entrambe le intese per i motivi che si intendono chiarire, prendendo le mosse dall'individuazione del loro ambito soggettivo di applicazione.

## 2. I beneficiari di una protezione sui generis

Per quanto concerne l'individuazione dei potenziali beneficiari, sono le ONG stesse a predisporre i *dossier* individuali in piena autonomia, acquisendo le informazioni necessarie direttamente sul terreno, per lo più nei campi profughi libanesi ed eritrei in cui hanno trovato rifugio. In questa fase viene rimessa agli *sponsor*, presenti sul campo ed esperti conoscitori del contesto in cui operano, la responsabilità di vagliare i potenziali beneficiari e predisporre una lista di selezionati sulla base dei criteri individuati nei protocolli (art. 3 di entrambi).

Beneficiari potranno essere non solo quelle «persone ritenute meritevoli dall'UNHCR, almeno *prima facie*, del riconoscimento dello *status* di rifugiato» ai sensi della Convenzione di Ginevra del 1951 (e del suo Protocollo del 1967), ma anche i potenziali richiedenti protezione comune in condizioni di oggettiva vulnerabilità.

Il progetto rientra, infatti, tra le procedure di ingresso protetto complementari rispetto al sistema della Convenzione di Ginevra per permettere una via di accesso legale alternativa anche a chi, pur in condizioni di bisogno e di oggettiva vulnerabilità, non riesca a ottenere il riconoscimento dello *status* di rifugiato dall'UNHCR. Ciò può accadere non solo per le molteplici cause che danno origine a situazioni di emergenza uma-

*middleway?*, 27 febbraio 2017, *ivi*, che è pubblicato in estratto anche nella rassegna *Droit européen des migrations*, in *Journal de droit européen*, 2017, pp. 110-119, spec. p. 111-113; ZOETEWIJ-TURHAN, PROGIN-THEUERKAUF, *AG Mengozzi's Opinion On Granting Visas to Syrians From Aleppo: Wishful Thinking?*, 14 febbraio 2017, in <http://europeanlawblog.eu>; EAD., *CJEU Case C-638/16 PP, X and X – Dashed Hopes for a Legal Pathway to Europe*, 10 marzo 2017, *ivi*; BROWER, *The European Court of Justice on Humanitarian Visas: Legal integrity vs. political opportunism?*, CEPS Paper No 2017/09, 16 marzo 2017; SPINELLI, *Sui visti umanitari per i profughi la battaglia è ancora aperta*, in *Internazionale*, 24 marzo 2017; DE VYLDER, *X and X v. Belgium: a missed opportunity for the CJEU to rule on the State's obligations to issue humanitarian visa for those in need of protection*, 14 aprile 2017, <http://strasbourgoobservers.com>; RAIMONDO, *Visti umanitari: il caso X e X contro Belgio, C-638/16 PPU*, in *Sidiblog*, 1 maggio 2017; DEL GUERCIO, *La sentenza X. e X. della Corte di giustizia sul rilascio del visto umanitario: analisi critica di un'occasione persa*, in *European Papers*, 12 maggio 2017; FAVILLI, *Visti umanitari e protezione internazionale: così vicini così lontani*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2017, pp. 553-561.

nitaria, anche diverse dalla persecuzione intesa ai sensi della Convenzione, ma parimenti, ad esempio, come conseguenza di politiche restrittive degli accessi introdotte dallo Stato di rifugio, come è accaduto nel maggio 2015 in Libano (non Parte della Convenzione), quando il governo ha chiesto di “deregistrare” i rifugiati giunti dopo il 5 gennaio 2015 e di sospendere nuove registrazioni<sup>12</sup>.

A fronte di simili prassi, i protocolli appunto ampliano le categorie di possibili beneficiari «vulnerabili». Con riferimento a questo concetto, però, si possono rintracciare alcune differenze tra i due accordi.

Nel primo protocollo è prevista l'estensione a due gruppi di persone. Si tratta, in primo luogo, di coloro rispetto ai quali «esista il fondato motivo di ritenere che, nel caso di rientro nel paese di origine, possano subire un danno grave anche come conseguenza di una situazione di conflitto armato, di violenza endemica o di violazione sistematica dei diritti umani» (art. 3 lett. b). Il riferimento sembra richiamare, sovrapponendole, le definizioni dei beneficiari di protezione sussidiaria e temporanea previste nella normativa europea, rispettivamente, nella direttiva c.d. qualifiche e nella direttiva c.d. protezione temporanea<sup>13</sup>. In secondo luogo, possono

<sup>12</sup> Cfr. *Vulnerability Assessment of Syrian Refugees in Lebanon 2016, conducted jointly by the United Nations Children's Fund (UNICEF), the United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR) and the United Nations World Food Programme (WFP)*, 16 dicembre 2016, p. 13 (<http://documents.wfp.org/stellent/groups/public/documents/ena/wfp289533.pdf>).

<sup>13</sup> Cfr. per i beneficiari di protezione sussidiaria, l'art. 15 lett. c della direttiva 2011/95/UE, di rifusione della direttiva 2004/83/CE, del 13 dicembre 2011, recante norme sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta (c.d. direttiva qualifiche). Viceversa, per l'ambito di applicazione soggettivo più ampio della direttiva 2001/55/CE del Consiglio, del 20 luglio 2001, sulle norme minime per la concessione della protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati e sulla promozione dell'equilibrio degli sforzi tra gli Stati membri che ricevono gli sfollati e subiscono le conseguenze dell'accoglienza degli stessi, si veda in particolare in suo art. 2 lett. c. Vi è una parziale sovrapposizione tra le categorie tutelate nei due atti ma, peraltro, come noto, al momento in cui si scrive, il meccanismo previsto dalla seconda direttiva citata non è finora mai stato attivato; nonostante le diverse richieste avanzate in tal senso anche dall'Italia, infatti, «l'esistenza di un afflusso massiccio di sfollati» non è ancora stata «accertata con decisione del Consiglio», da adottarsi a maggioranza qualificata su proposta della Commissione (art. 5 direttiva 2001/55/CE). Cfr. GOODWIN-GILL, MCADAM, *The Refugee in International Law*, cit., pp. 325-334 e 340-342; PEERS, MORENO-LAX, GARLICK, GUILD (eds.), *EU Immigration and Asylum Law*, cit., pp. 571-615; MUNARI, *Lo status di rifugiato e di richiedente protezione temporanea. La visione europea del «diritto di Ginevra»*, in AMADEO, SPITALERI (a cura di), *Le garanzie fondamentali dell'immigrazione in Europa*, Torino, 2015, pp. 48-54 e 60-61; DEL GUERCIO, *La pro-*

essere selezionati tutti i migranti che, pur non compresi nelle precedenti categorie, si trovino comunque «in una particolare condizione di vulnerabilità, per la loro situazione personale, l'età o le condizioni di salute» tra cui, a titolo esemplificativo, si annoverano le «donne sole con bambini, donne sole vittime di tratta, minori non accompagnati, anziani», disabili, vittime di traumi o in gravi condizioni di salute (art. 3 lett. c).

Nel secondo protocollo, diversamente, l'estensione ad altri migranti che non sarebbero coperti dalla Convenzione di Ginevra riguarda genericamente tutte le persone che si trovino in gravi condizioni di «vulnerabilità determinata dalla loro situazione personale, dall'età e dalle condizioni di salute», senza che sia data indicazione alcuna né della causa da cui sono dipese quelle condizioni, né della categoria di bisognosi specifica a cui riferire questo requisito, neppure a titolo esemplificativo (art. 3 lett. b), come accade invece nel primo protocollo.

Nonostante questa differenza, che tende a rendere potenzialmente ancora più ampio l'ambito soggettivo di applicazione del secondo strumento e quindi più duttile la selezione ad opera dello *sponsor*, emerge come segno comune in entrambi gli atti la rilevante specificazione che, nell'individuazione dei beneficiari, si terrà conto «in forma *complementare* e non sostitutiva» anche di ulteriori fattori, includendo nel programma quanti già possono usufruire in Italia di una «disponibilità all'accoglienza da parte di *singoli, chiese o associazioni* che provvedano inizialmente alla loro ospitalità» (art. 3 lett. d) e/o hanno «*reti familiari o sociali* stabili in Italia e per questa ragione hanno dichiarato di volersi stabilire ed integrare nel nostro paese» (art. 3 lett. e). Il fine espresso di questa previsione è di «*facilitare l'individuazione di percorsi di integrazione*» (art. 3 ultimo capoverso di entrambe le intese)<sup>14</sup>.

Da tutto quanto precede, risulta la peculiare natura della procedura di accesso protetto costituita dai corridoi umanitari, ideati per lodevole iniziativa di associazioni di riconosciuta esperienza sul campo, allo scopo di prevedere una via di accesso alternativa, legale e sicura, rivolta a singoli soggetti determinati (non a masse o a gruppi, come per il *resettlement*) selezionati direttamente dagli *sponsor* (e non delegata a altri organismi o organizzazioni internazionali), in grado di attribuire uno speciale rilievo alla loro stessa volontà, espressa prima ancora della partenza e condivisa direttamente con le stesse ONG promotrici e future 'ospiti',

*tezione dei richiedenti asilo nel diritto internazionale ed europeo*, Napoli, 2016, pp. 297-401, spec. pp. 398-400; CHERUBINI, *L'asilo dalla Convenzione di Ginevra al diritto dell'Unione Europea*, Bari, 2012, pp. 216-223.

<sup>14</sup> Corsivi aggiunti.

di integrarsi in modo stabile e duraturo nel paese a cui avanzeranno domanda di protezione. Fine ulteriore è l'esclusione di movimenti secondari volontari dallo stesso Paese di accoglienza in cui siano già stati predisposti percorsi di integrazione e/o siano già presenti membri della famiglia o di altre comunità ospiti, stabili sul territorio.

È chiara la natura *sui generis* del progetto, non solo perché rappresenta un raro «modello di pubblica mobilitazione della società in sinergia con lo Stato»<sup>15</sup>, ma anche perché si differenzia comunque da altre procedure di ingresso protetto<sup>16</sup>.

Il modello dei corridoi umanitari, ad esempio, non può essere assimilato all'asilo c.d. extraterritoriale o diplomatico<sup>17</sup>, in cui la domanda di protezione viene avanzata e già vagliata presso l'autorità diplomatica all'estero ed è concessa prima del trasferimento, predisposto comunque dallo Stato concedente.

Il confronto sembra più significativo con altre esperienze simili in cui, per iniziativa di privati ma sotto la regia dello Stato, si è concesso un visto temporaneo per operazioni di trasferimento umanitario, per ragioni di transito o ulteriore migrazione, come, ad esempio, i ponti aerei organizzati nel 1986 durante il conflitto tra Iran e Irak<sup>18</sup>. La temporaneità, peraltro, non è un fattore caratterizzante per i corridoi umanitari, viceversa finalizzati, come si è detto, a stabilizzare i richiedenti nella società di accoglienza a tempo indefinito.

Differenze sostanziali sono, infine, riscontrabili per procedure, ambito soggettivo e scopo del programma di reinsediamento dell'UE, quali si traggono attualmente dal regolamento (UE) n. 516/2004<sup>19</sup>. Nei corridoi umanitari, infatti, i potenziali beneficiari condividono le finalità del progetto con gli *sponsor*, individuando con loro il percorso di integrazione più appropriato prima ancora del trasferimento. Quest'ultimo, inoltre, può avvenire in momento in cui possono non essere (o non ancora o non

<sup>15</sup> Cfr. MOROZZO DELLA ROCCA, *I due protocolli di intesa*, cit., p. 10.

<sup>16</sup> *Ivi*, pp. 14-18, per un'attenta analisi di confronto con altre *protected entry procedures*.

<sup>17</sup> Sull'istituto in generale si rimanda a LENZERINI, *Asilo e diritti umani. L'evoluzione del diritto d'asilo nel diritto internazionale*, pp. 37-72.

<sup>18</sup> Li ricorda precisamente MOROZZO DELLA ROCCA, *I due protocolli di intesa*, cit., pp. 15-16.

<sup>19</sup> Il regolamento (UE) n. 516/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014, che istituisce il Fondo Asilo, migrazione e integrazione, al suo art. 2, definisce il reinsediamento come: «il processo mediante il quale, su richiesta dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati ("UNHCR") motivata da bisogno di protezione internazionale, cittadini di paesi terzi sono trasferiti da un paese terzo a uno Stato membro in cui sono autorizzati a soggiornare».

più) registrati dall'UNHCR nel Paese di primo asilo. A ciò si aggiunga che il fine principale dei corridoi è in primo luogo di protezione (e quindi di inclusione) non invece di «strumentalità riguardo alle politiche di cooperazione in materia di immigrazione con lo Stato di primo asilo»<sup>20</sup>. Quest'ultima, piuttosto, è una delle caratteristiche salienti delle politiche di reinsediamento europee che gli Stati membri sembrano voler orientare primariamente, anche per il futuro, alla cooperazione in materia di contrasto di flussi migratori illegali e di riammissione in Paesi di primo asilo «sicuri»<sup>21</sup>.

### 3. La compatibilità del modello con l'art. 25 del codice dei visti dopo la sentenza X e X contro Belgio

A quasi due anni di distanza dalla firma della prima intesa si può constatare certamente un primo successo. Più di 1.000 persone bisognose di protezione sono giunte in Italia (con voli di linea) e sono state già accolte dalle comunità aderenti, le quali si sono prese cura dell'inserimento dei beneficiari, costituiti per lo più da famiglie con bambini e persone bisognose di cure mediche. È forse troppo presto per predirne il bilancio finale, ma, al momento, il progetto ha funzionato per i primi obiettivi che si era posto. Si sono concretizzati sia l'arrivo sicuro e legale, sia il primo inserimento nelle comunità diffuse sul territorio italiano e non confinate in aree isolate, anche se ciò è avvenuto per numeri ancora relativamente piccoli. Lo scopo già indicato del presente scritto è verificare, in primo luogo, se possa essere esportato su più ampia scala in altri Stati dell'area Schengen e se, in secondo luogo, debba essere adattato a tale fine.

Sotto il primo profilo, la *best practice* italiana ha già contagiato la Francia, ove il 14 marzo 2017 è stato firmato un protocollo, che ricalca quello italiano a carattere ecumenico, dai Ministeri degli Esteri e dell'Interno francesi, dal lato istituzionale, e dalla promotrice, la Comu-

<sup>20</sup> Così ancora MOROZZO DELLA ROCCA, *I due protocolli di intesa*, cit., p. 18; invece FAVILLI, *Visti umanitari*, cit., p. 7, ritiene che le prassi dei corridoi umanitari «dovrebbero essere più propriamente inserite nell'alveo dei c.d. reinsediamenti».

<sup>21</sup> Cfr. 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*, 13 luglio 2016, COM (2016) 468 fin., 2016/0225(COD); e v. MOROZZO DELLA ROCCA, *ivi*, p. 18 e GENOVIVA, *Accesso legale e sicuro per i richiedenti asilo tra reinsediamenti e corridoi umanitari*, accessibile su <https://www.unhcr.it>.

nità di Sant'Egidio, dalla *Fédération protestante de France*, dalla *Fédération de l'Entraide protestante*, dalla *Conférence des évêques de France et le Secours catholique – Caritas*, da quello ecumenico. Porterà sul suolo francese famiglie siriane e irachene fuggite in Libano, prevedendo 500 arrivi in 18 mesi<sup>22</sup>. Anche altri Stati membri (Germania e Spagna) hanno già manifestato la loro attenzione al progetto; infine, alcune famiglie siriane sono già state ospitate nella Repubblica di San Marino, mentre la conferenza episcopale polacca ha espresso la propria intenzione di aderirvi<sup>23</sup>.

Con riferimento invece al possibile adattamento del modello per una sua diffusione come *format* europeo uniforme, sembra che la questione sia stata aperta proprio dai giudici di Lussemburgo e riguarda la sua base giuridica.

Nella citata sentenza della Corte di giustizia *X e X contro Belgio* si è statuito che uno Stato membro (nel caso di specie appunto il Belgio), può rifiutare – anche senza darne motivazione – una domanda di visto VTL presentata alla rappresentanza consolare belga in Libano sulla base dell'art. 25 *visa code* da una famiglia di profughi siriani (inclusi tre figli minori), cristiani ortodossi sottoposti a persecuzione ad Aleppo, quando dalla domanda si tragga, per loro stessa onesta ammissione, l'intenzione di richiedere protezione internazionale una volta arrivati in Belgio.

Una simile domanda, infatti, secondo la Corte, sottintenderebbe la volontà di permanere sul territorio ben oltre i 90 giorni prescritti dal codice dei visti, con la conseguente inapplicabilità non solo del codice stesso ma anche del diritto dell'Unione europea, oltre che degli standard di protezione posti dalla Carta dei diritti fondamentali, in particolare dagli artt. 4 e 18, che riconoscono rispettivamente il divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti, oltre che il diritto di asilo.

La Corte arriva a tale (assai criticabile) conclusione sulla base della constatazione che, sotto un primo aspetto, l'espressa intenzione di richiedere protezione internazionale contenuta formalmente in una domanda VTL è causa di non applicazione del codice dei visti (e non invece possibile motivo di rifiuto *ex art. 32 par. 1 lett. b* del codice stesso come aveva argomentato l'Avvocato Generale). Avendo un oggetto differente da quello di un visto di breve durata, secondo i giudici di Lus-

<sup>22</sup> In esecuzione del progetto denominato «Opération d'accueil solidaire de réfugiés en provenance du Liban (couloirs humanitaires)», il 5 luglio 2017 i primi sedici beneficiari sono giunti in Francia (<http://www.fep.asso.fr>).

<sup>23</sup> Cfr. SOSSAI, *Canali di ingresso legale e sicuro*, cit., p. 89.

semburgo deve essere qualificato come visto di lunga durata<sup>24</sup>. Su queste premesse, poiché la competenza in materia di definizione dei criteri uniformi per il rilascio di visti o titoli di soggiorno di lunga durata prevista nell'art. 79 par. 2 lett. a TFUE non è stata ancora esercitata dall'Unione, la Corte ha deciso che la stessa resta di competenza degli Stati<sup>25</sup>, i quali sono liberi di stabilire se concedere o rifiutare il visto.

L'esclusione, da parte della Corte, dell'applicabilità del diritto UE in materia di visti temporanei per motivi umanitari ha dunque come primo corollario l'impossibilità di fondare sul diritto UE e, in particolare, sugli artt. 4 e 18 della Carta, l'obbligo per uno Stato membro di concedere un VTL a chi, in caso di rifiuto, si trovi in un Paese terzo esposto a un sicuro pericolo di persecuzione e trattamenti inumani e degradanti. Si tratta di un risultato inaccettabile che contrasta apertamente anche con lo scopo del codice dei visti, contenuto nel suo preambolo, di «facilitare i viaggi legittimi e scoraggiare l'immigrazione clandestina», ponendosi in violazione di altra cospicua precedente giurisprudenza della Corte di Lussemburgo sui canoni ermeneutici da seguire nell'interpretazione del diritto europeo derivato<sup>26</sup> ma anche, in ultima analisi, della Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati (artt. 31-32).

Infine, per la specifica prospettiva che ci occupa, una simile ricostruzione interpretativa esclude l'operatività del suddetto art. 25 con riferimento a un caso che potenzialmente ricadrebbe nelle stesse intese italiane che si proclamano fondate su quello.

#### 4. Quale altra base giuridica nel diritto internazionale?

La decisione di riconoscere agli Stati piena discrezionalità intorno alla concessione di visti umanitari in circostanze simili a quelle del caso in commento – che avrebbero richiesto all'opposto, secondo Mengozzi, un *obbligo* di concessione già in base al *visa code*, oltre che in base alla Carta<sup>27</sup> – non implica peraltro il divieto per gli Stati stessi di concludere intese con *sponsor* privati per l'apertura di corridoi umanitari. Ciononostante, almeno fino a quando il legislatore europeo non intervenga a ri-

<sup>24</sup> Cfr. i parr. 43, 46-47 della sentenza in commento.

<sup>25</sup> *Ivi*, par. 44.

<sup>26</sup> Cfr. le conclusioni dell'AG Mengozzi, cit., punti 6 e 103; MORENO-LAX, *Asylum Visa as an Obligationa under EU Law*, cit., part I-II; DEL GUERCIO, *La sentenza X. e X. della Corte di giustizia*, cit., p. 291.

<sup>27</sup> Cfr. i punti 80-88 delle conclusioni dell'AG Mengozzi, cit.

formulare l'art. 25 *visa code*<sup>28</sup> (o la Corte non adotti una diversa interpretazione), sarebbe forse più opportuno non richiamare testualmente tale disposizione nei prossimi protocolli di intesa, considerato il requisito essenziale che in essi riveste l'espressa volontà del beneficiario di stabilirsi indefinitamente e permanere sul territorio per chiedere protezione internazionale.

Sotto questo punto di vista, sembra indicativo che non faccia menzione dell'art. 25 *visa code* il più recente protocollo d'intesa siglato in Francia pochi giorni dopo la sentenza della Corte di giustizia (art. 3).

Si ritiene, in ogni caso, che una base giuridica sia *già* rintracciabile nel diritto internazionale. Il riferimento va rivolto, in particolare, al principio di *non refoulement* (e dunque, *in primis*, all'art. 33 della Convenzione di Ginevra, letto congiuntamente all'art. 31 della stessa). A dispetto delle prassi seguite da molti Stati di "*obstructing asylum*"<sup>29</sup>, orientate a impedire di fatto l'accesso al territorio per escludere in via preventiva la possibilità di proposizione della richiesta di protezione, secondo la dottrina maggioritaria il divieto di *non refoulement* implicherebbe all'opposto un obbligo di ammissione e permanenza temporanea *funzionale* alla protezione del richiedente, fintanto che lo Stato non abbia verificato se lo stesso è meritevole della tutela apprestata dalla Convenzione o anche fino a quando comunque lo Stato non abbia accertato che, nel Paese verso cui lo respingerebbe, il richiedente non sarebbe esposto "*in any manner whatsoever*" a rischio di persecuzione<sup>30</sup>.

<sup>28</sup> DEL GUERCIO, *La sentenza X. e X. della Corte di giustizia*, cit., pp. 287-288.

<sup>29</sup> GOODWIN-GILL, MCADAM, *The Refugee in International Law*, cit., pp. 371-380.

<sup>30</sup> Si vedano in tal senso: HATHAWAY, *The Rights of Refugees under International Law*, Cambridge, 2005, pp. 278-302, spec. p. 301; cfr. similmente: COLEMAN, *Non-Refoulement Revised. Renewed Review of the Status of Non-Refoulement as Customary International Law*, in *European Journal of Migration and Law*, 2003, spec. pp. 40 ss.; LAUTERPACHT, BETHLEHEM, *The scope and content of non-refoulement: opinion*, in FELLER, TÜRK, NICHOLSON (eds.), *Refugee Protection in International Law. UNHCR's Global Consultations on International Protection*, Cambridge, 2003, pp. 113-117; GOODWIN-GILL, MCADAM, *The Refugee in International Law*, cit., pp. 206-208, 211-213 e 290; LENZERINI, *Asilo e diritti umani*, cit., pp. 404-414, spec. p. 410; HURWITZ, *The Collective Responsibility of States to Protect Refugees*, New York, 2009, spec. p. 176; WOUTERS, *International Legal Standards for the Protection from Refoulement: a legal analysis of the prohibitions of refoulement contained in the Refugee Convention, the European Convention of Human Rights, the International Covenant of Civil and Political Rights and the Convention against Torture*, Antwerp, Oxford, Portland, 2009, pp. 148-151 e p. 569-570; CHERUBINI, *L'asilo dalla Convenzione di Ginevra al diritto dell'Unione Europea*, cit., pp. 43-48; LAMBERT, *Temporary Refuge from War: Customary International Law and the Syrian Conflict*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2017, pp. 723-745, spec. 727. Sulla stessa linea si attesta da anni l'Alto Com-

Lo stesso principio è ribadito nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo come interpretata e applicata alla luce della copiosa giurisprudenza della Corte di Strasburgo<sup>31</sup>, attinente in primo luogo al divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti contenuto nell'art. 3 e alla sua efficacia extraterritoriale (ribadita, ad esempio, nel caso *Hirsi*)<sup>32</sup> oltre che al divieto di espulsioni collettive contenuto nell'art. 4 del Protocollo n. 4.

Nel sistema CEDU, peraltro, gli standard convenzionali sono applicabili a favore degli individui che sono sottoposti alla giurisdizione dello Stato parte (art. 1), cioè a quanti siano sotto il suo controllo diretto ed effettivo. La Corte di Lussemburgo non ha fatto alcun riferimento alla possibilità di configurare, «in virtù di obblighi internazionali», a cui l'art. 25 *visa code* appunto rimanda, la giurisdizione belga sulla famiglia di perseguitati cristiani di Aleppo una volta che questa ha richiesto protezione nella sede consolare in Libano. Si ritiene, invece, che tale lettura sia suffragata anche da altre norme convenzionali sui diritti umani, fonti divenute di natura generale, obbligatorie per tutti gli Stati<sup>33</sup>, che rinforzano un'interpretazione estensiva del principio di *non refoulement*. Il riferi-

missario per i Rifugiati, come risulta da innumerevoli atti, tra cui in particolare si richiama: UNHCR, *Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of Non-Refoulement Obligations under the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol*, 26 gennaio 2007, spec. par. 8, reperibile sul sito [www.unhcr.org](http://www.unhcr.org).

<sup>31</sup> LANG, *Il divieto di refoulement tra CEDU e Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in AMADEO, SPITALERI (a cura di), *Le garanzie fondamentali*, cit., pp. 209-244; DEL GUERCIO, *La protezione dei richiedenti asilo*, cit., pp. 120-226; PAL-LADINO, *La tutela dei migranti irregolari e dei richiedenti protezione internazionale*, in DI STASI (a cura di), *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2010-2015)*, Padova, 2016, pp. 167-203.

<sup>32</sup> Corte europea dei diritti umani, *Hirsi Jamaa et al. c. Italia*, ricorso n. 27765/09, sentenza del 23 febbraio 2012. Sulla storica sentenza si vedano: ZANGHÌ, *L'intervento in alto mare tra "non refoulement", diritti umani e contrasto all'immigrazione clandestina*, in PARISI, FUMAGALLI MERAVIGLIA, SANTINI, RINOLDI (a cura di), *Scritti in onore di Ugo Draetta*, Napoli, 2011, pp. 815 ss.; LENZERINI, *Il principio del non-refoulement dopo la sentenza Hirsi della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. int.*, 2012, p. 712 ss.; NAPOLETANO, *La condanna dei 'respingimenti' operati dall'Italia verso la Libia da parte della Corte europea dei diritti umani: molte luci e qualche ombra*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2012, p. 227 ss.; GIUFFRÉ, *Watered-down Rights on the High Seas: Hirsi Jamaa and Others v Italy*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2012, pp. 728-750.

<sup>33</sup> Cfr. BENVENUTI, *La Convenzione di Ginevra sullo status dei rifugiati*, in PINE-SCHI (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani*, Milano, 2006, spec. p. 207; WOUTERS, *International Legal Standards*, cit. pp. 359-520; SALERNO, *L'obbligo internazionale di non-refoulement dei richiedenti asilo*, in FAVILLI (a cura di), *Procedure e garanzie del diritto di asilo*, Padova, 2011, p. 3 ss.; DEL GUERCIO, *La protezione dei richiedenti asilo*, cit., pp. 54-111.

mento è rivolto, ad esempio, oltre che al diritto alla vita, codificato nell'art. 6 del Patto sui diritti civili e politici del 1966<sup>34</sup> (e al divieto di tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti, previsto nel successivo art. 7, consacrato poi anche nella Convenzione del 1984 che le proibisce), anche al diritto al rispetto della vita familiare, nonché al diritto di ogni minore alla tutela del suo superiore interesse, su cui si fonda la Convenzione di New York del 1989 sui diritti del fanciullo (artt. 7 ss. e 10)<sup>35</sup>.

Tutte le norme menzionate avrebbero potuto giustificare nel caso *X e X contro Belgio* la necessità della concessione di un VTL. Anche se la Corte non si è pronunciata sulla questione specifica, pur sollevata dal giudice *a quo*, la discrezionalità degli Stati membri non può essere esercitata senza il rispetto dei limiti posti dagli obblighi derivanti dal diritto internazionale. Appigliandosi a un'interpretazione formalistica della normativa europea, i giudici di Lussemburgo hanno preferito sostenerne una lettura ingiustificatamente fragile se parametrata ai «valori umanitari e del rispetto dei diritti dell'uomo sui quali si fonda la costruzione europea... come si afferma rispettivamente negli articoli 2 e 3 del Trattato EU»<sup>36</sup>.

Anche a volere ammettere una diversa lettura più restrittiva di questi obblighi internazionali, cioè, pur concedendo che il divieto di *refoulement* possa applicarsi solo nei casi in cui i profughi raggiungano il territorio o i confini degli Stati parte e che per l'applicazione degli standard della CEDU i migranti debbano essere sottoposti alla giurisdizione degli Stati membri (e che tale non sia esercitata in una loro rappresentanza diplomatica all'estero), il rifiuto di accordare un visto per motivi umanitari comporta in modo indubitabile delle *conseguenze* per le politiche europee comuni di asilo e la loro applicazione. Ciò potrebbe di per sé condurre a considerare la questione rientrante nelle competenze dell'Unione, proprio in forza della giurisprudenza sviluppata dalla Corte in tema di

<sup>34</sup> Sull'ampliamento della giurisdizione degli Stati contraenti il Patto sui diritti civili e politici e la CEDU, anche alla luce della giurisprudenza degli organi istituiti da tali trattati, si veda per tutti DE SENA, *La nozione di giurisdizione statale nei trattati sui diritti dell'uomo*, Torino, 2002.

<sup>35</sup> V. CAMPIGLIO, *Disciplina delle migrazioni: limiti internazionali*, in GASPARINI CASARI (a cura di), *Il diritto dell'immigrazione. Profili di Diritto italiano, Comunitario e Internazionale*, vol. I, Modena, 2010, pp. 23-44; spec. pp. 28-29; DEL GUERCIO, *La protezione dei richiedenti asilo*, cit., pp. 113-118, richiama anche le disposizioni rilevanti della Convenzione del 1990 sulla protezione dei diritti dei lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie, oltre che il Protocollo del 2000 sul *trafficking* allegato alla Convenzione di Palermo.

<sup>36</sup> Conclusioni dell'AG Mengozzi, cit., punto 6.

“effetto utile”, e quindi portare all’applicazione della Carta che non dipende dalla sussistenza della giurisdizione dello Stato<sup>37</sup>.

Infine, in ogni caso, lo Stato belga avrebbe dovuto fornire almeno una motivazione del rifiuto di adempimento dell’obbligo di rispettare il diritto di ogni individuo a un ricorso effettivo, principio cardine non solo della Carta, ma anche della CEDU e comune agli ordinamenti interni degli Stati membri<sup>38</sup>.

##### 5. *Questioni aperte in vista della diffusione di una prassi virtuosa in Europa*

Resta la delusione per le parole della Corte che, prendendo le distanze dal lungo e appassionato parere dell’Avvocato Generale Mengozzi, espressosi a favore dell’applicazione dell’art. 25 *visa code* e della Carta dei diritti fondamentali, in una breve sentenza, ha spazzato via le speranze di quanti attendevano una coraggiosa e coerente presa di posizione dell’Unione a favore della prevalenza dei diritti umani dei migranti in condizione di vulnerabilità e di estremo e urgente bisogno di protezione sulle ottiche stataliste securitarie e protezionistiche.

La Corte sembra avere celato nei passi conclusivi della decisione<sup>39</sup> le vere ragioni che ai suoi occhi (e a quelli degli Stati membri stessi) erano ostative all’applicazione dell’art. 25 *visa code* e cioè il timore, da un lato, che le rappresentanze diplomatiche degli Stati membri situate in Stati terzi sarebbero immediatamente diventate il canale preferenziale di richieste di VTL; e, dall’altro, che si sarebbe in tal modo favorito il fenomeno del c.d. *asylum shopping* e cioè della scelta dello Stato a cui avanzare richiesta di protezione internazionale direttamente operata dai potenziali beneficiari di protezione.

Una decisione di segno opposto da parte della Corte probabilmente avrebbe fatto definitivamente collassare il già traballante sistema Dublino che gli Stati membri si ostinano a mantenere in vita.

È certo che la Corte ha perso l’occasione di utilizzare uno strumento già esistente per uniformare prassi nazionali ad oggi parcellizzate negli Stati membri che regolano discrezionalmente in modo non univoco la concessione di visti per motivi umanitari, di breve o lungo periodo<sup>40</sup>.

<sup>37</sup> *Ivi*, punti 49, 70, 76, 80, 88, 90, 97.

<sup>38</sup> CARLIER, LEBOEUF, *The X. and X. case*, cit.

<sup>39</sup> Cfr. i parr. 48-49 della sentenza citata.

<sup>40</sup> IBSEN JENSEN, *Humanitarian Visas*, cit., pp. 28-34.

Queste prassi, se ben gestite, all'opposto, permetterebbero l'indubbio vantaggio per lo Stato ospite di controllare (e selezionare) preventivamente gli ingressi sul suo territorio a favore dei soggetti che diano maggiori garanzie di integrazione, proprio quando dichiarino espressamente la loro volontà di stabilirsi nel Paese e abbiano già dei collegamenti con le comunità di accoglienza, se non addirittura con familiari già stabiliti, a cui avrebbero comunque diritto di ricongiungersi, come «corollario del più generale rispetto della vita familiare»<sup>41</sup>.

Restano aperte, cionondimeno, alcune questioni per potere estendere i modelli di intese fin qui adottati. In particolare, sotto un primo aspetto, connessa alla buona riuscita dei progetti virtuosi è l'identificazione degli Stati «sicuri», sia di transito sia di accoglienza.

Sotto un altro aspetto, la definizione dei criteri di scelta e delle procedure di selezione applicabili in concreto non sembra che possa essere completamente delegata a privati in caso di allargamento generalizzato del progetto a numeri più ampi dal lato degli *sponsor*, i quali, si auspica, possano essere 'contagiati'<sup>42</sup> dalle prassi virtuose dei corridoi umanitari, anche senza essere magari così esperti sul campo come gli attuali. A tale scopo, sarebbe importante approfittare della disponibilità offerta dalle associazioni ecumeniche oggi impegnate a educare a un nuovo lessico delle migrazioni tramite la diffusione e la condivisione del *know-how* e dei metodi usati per l'inclusione che stanno avendo successo. Ciò permetterebbe anche una buona armonizzazione delle modalità di accoglienza seguendo un percorso di integrazione dei beneficiari secondo un modello «adozionale», sviluppato non tanto con intervento diretto dello Stato, ma piuttosto sotto una regia pubblica di sostegno<sup>43</sup>. Una regia pos-

<sup>41</sup> Così CAMPIGLIO, *Disciplina delle migrazioni: limiti internazionali*, cit., p. 28-29.

<sup>42</sup> Il primo accordo, ad esempio, ha fatto da volano per il lancio di un successivo insolito progetto denominato «Adottiamo il futuro» tra FCEI e Federazione nazionale lavoratori agroindustria (FLAI-CGIL): tale sindacato, a partire dal 1° maggio 2017, si è impegnato a farsi carico di un «sostegno tutorio» per un anno, e dunque delle spese legate all'accoglienza di una delle famiglie di profughi siriani giunte in Italia con i corridoi umanitari dal Libano (cfr. <http://www.nev.it>).

<sup>43</sup> Cfr. MOROZZO DELLA ROCCA, *I due protocolli d'intesa*, cit., p. 30, che richiama l'efficace definizione coniata per i corridoi umanitari da IMPAGLIAZZO, *Le vie dell'integrazione 'latina'*, in *Limes*, 2016, p. 127 e RICCARDI, *L'Europa dei migranti. Modelli di integrazione*, in IMPAGLIAZZO (a cura di), *Integrazione*, Milano, 2013, p. 103 ss. Un modello di convivenza «ispirato ai valori della Costituzione», è quello che si propone il *Primo piano nazionale di integrazione*, presentato il 27 settembre 2017 al Viminale. Il patto vorrebbe realizzare il «bilanciamento» tra diritti e doveri di chi è accolto e di chi accoglie: il primo «si impegna a imparare la lingua italiana, condividere i valori della Costituzione italiana, rispettare le leggi, partecipare alla vita economica, sociale e culturale del territorio in

sibilmente stabilita a diversi livelli, non solo nazionale ma anche europeo, secondo il paradigma suggerito dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite di «multi-stakeholder alliance»<sup>44</sup>. In tale direzione, infatti, si auspica che si diriga anche il *recast* della normativa europea rilevante, tuttora in via di (difficile) elaborazione<sup>45</sup>.

In attesa di una riforma strutturale, il coinvolgimento del terzo settore potrebbe essere decisivo per risolvere l'*impasse* che i governi europei non riescono a superare insieme, anche se non mancano impegni di singoli Paesi. In Italia, ad esempio, la presa di coscienza delle potenzialità del sistema ha ispirato la previsione di una norma specifica nel disegno di legge n. 3146 sulla *Disciplina organica del diritto di asilo e altre forme di protezione internazionale*. Il suo art. 25 prevede, infatti, la possibilità di rilascio di un visto temporaneo (15 giorni) per domande di protezione avanzate anche nello Stato di origine e previa intervista con l'UNHCR, con altro ente nazionale o internazionale, o «con ONG presenti sul territorio»<sup>46</sup>.

I corridoi umanitari si situano nel ventaglio delle opzioni intermedie tra l'apertura incondizionata e la chiusura di ogni canale di ingresso regolare. Un canale che si auspica possa essere potenziato con sollecitudine con il supporto dello Stato, soggetto che resta comunque *primariamente* obbligato al rispetto del diritto internazionale e della protezione dei diritti umani fondamentali.

In senso favorevole depone l'impegno a "raddoppiare", confermato dalle stesse associazioni ecumeniche che si sono fatte promotrici del primo progetto, pochi giorni dopo l'arrivo del sedicesimo e ultimo volo di rifugiati con cui si è raggiunta la prima quota 1.000. Il 7 novembre 2017 i Ministeri degli Esteri e dell'Interno, la Comunità di Sant'Egidio,

cui vive», il secondo» «si impegna ad assicurare l'uguaglianza e la pari dignità, la libertà di religione, l'accesso all'istruzione e alla formazione, interventi diretti a facilitare l'inclusione nella società e nei suoi valori non negoziabili». Cfr. <http://www.interno.gov.it>.

<sup>44</sup> Cfr. *New York Declaration for Refugees and Migrants*, cit., punto 15.

<sup>45</sup> DEL GUERCIO, *La sentenza X. e X. della Corte di giustizia*, cit., pp. 287-290; IBSEN JENSEN, *Humanitarian Visas*, cit., 18-27, 36-37.

<sup>46</sup> Sul d.d.l. presentato il 26 maggio 2015, v. CATALDI, *Introduzione*, in ANTONUCCI, PAPANICOLOPULU, SCOVAZZI (a cura di), *L'immigrazione irregolare via mare nella giurisprudenza italiana e nell'esperienza europea*, Torino, 2016, p. XIX; RICCI, *I diritti "essenziali" della convivenza universale*, introduzione a BETTINELLI, *Umanità e sovranità. I diritti negati ai migranti (1986-2015)*, Pavia, 2017, pp. 9-28, spec. p. 27. Non prevede disposizioni specifiche simili, invece, la successiva l. 13 aprile 2017 n. 46 di conversione «con modificazioni, del decreto-legge 17 febbraio 2017, n. 13, recante disposizioni urgenti per l'accelerazione dei procedimenti in materia di protezione internazionale, nonché per il contrasto dell'immigrazione illegale» (in *Gazz. Uff.*, n. 90 del 18 aprile 2017).

la Tavola Valdese e la FCEI hanno siglato un nuovo Protocollo di intesa che porterà a integrarsi in Italia altri 1.000 soggetti in condizione di «vulnerabilità» provenienti per lo più da Libano e Eritrea nei prossimi due anni<sup>47</sup>.

Se è indubitabile che, al momento, i progetti italiani coinvolgono relativamente piccoli numeri (peraltro già ora comparabili alle quote di *re-settlement* assicurate in alcuni Stati membri), il modello ha delle potenzialità di notevole espansione e rappresenta «una sfida per i Governi e l'Europa a fare di più»<sup>48</sup>. Anche a questo riguardo, l'esempio del Canada potrebbe essere significativo: nonostante il sistema presenti diversi punti critici per i quali si sta da tempo chiedendo una riforma<sup>49</sup>, lo stesso ha permesso di accogliere tra novembre 2015 e luglio 2017 quasi 19.000 siriani tramite sponsorizzazione privata<sup>50</sup>, a cui accedono sia associazioni sia singoli che rispondono a requisiti di base indicati dallo Stato in modo chiaro e facilmente accessibile<sup>51</sup>.

Resta in ogni caso urgente avviare immediatamente una seria riflessione sulla riapertura di tutti i possibili canali d'ingresso regolari «per salvare oggi chi non può aspettare domani»<sup>52</sup>, nel rispetto del principio

<sup>47</sup> La «vulnerabilità» nel nuovo Protocollo di intesa è definita, similmente al secondo accordo, in modo ampio e più inclusivo (art. 3). Il visto umanitario temporaneo, inoltre, è concesso «nei limiti previsti dalla normativa in vigore» ai sensi dell'art. 4, anche se per vero rimane pure un riferimento all'art. 25 *visa code* in premessa, al punto 10 lett. c (cfr. <http://www.santegidio.org>).

<sup>48</sup> Così MOROZZO DELLA ROCCA, *I due protocolli di intesa*, cit., p. 10.

<sup>49</sup> Il Consiglio Canadese per i Rifugiati ha raccomandato una revisione del Programma che permetta, tra l'altro, di eliminare le restrizioni esistenti rispetto alle regioni di provenienza dei beneficiari e il limite massimo annuale; di reinserire il programma sanitario federale per coprire le spese mediche di base di rifugiati non siriani, che dal 2012 non sono più sovvenzionati; di rivedere le condizioni del prestito che i rifugiati non siriani richiedono al Governo per coprire le spese di trasporto sostenute per giungere sul territorio canadese. Cfr. *Renewing Canada's Private Sponsorship of Refugees Program* (gennaio 2016) e *Private sponsorship of refugees in 2017* (gennaio 2017) del Canadian Council for Refugee/Conseil canadien pour les réfugiés, disponibili rispettivamente ai seguenti indirizzi: <http://ccrweb.ca> e [www.rstp.ca](http://www.rstp.ca).

<sup>50</sup> Più precisamente, si tratta di 18.865 su un totale di 47.735, di cui altri 24.420 assistiti direttamente dal Governo e 4.445 giunti grazie a programmi misti. Per il dettaglio, si vedano i dati forniti dal Department of Immigration, Refugees and Citizenship, *Canada – Admissions of Syrian Refugees by Province/Territory and Census Metropolitan Area (CMA) of Intended Destination and Immigration Category, November 4th, 2015 – July 31st, 2017*, all'indirizzo <http://www.cic.gc.ca>.

<sup>51</sup> Le istruzioni minime per proporsi come *sponsor* e/o beneficiari nel sistema canadese si trovano presentate in un *Private Sponsorship of Refugees Toolkit*, pubblicato alla pagina: <http://ccrweb.ca/en/private-sponsorship-refugees>.

<sup>52</sup> Queste le parole incisive usate da FAVILLI, *L'urgenza di un'azione umanitaria*, in

della solidarietà tra Stati membri, chiamati alla condivisione delle responsabilità e delle risorse dall'art. 80 TFUE<sup>53</sup>, soprattutto quando si tratta di proteggere “rights which are not theoretical or illusory, but real and effective”<sup>54</sup>.

*La rivista il Mulino*, 19 ottobre 2017, accessibile all'indirizzo <https://www.rivistailmulino.it>.

<sup>53</sup> MUNARI, *Lo status di rifugiato e di richiedente protezione temporanea*, cit., p. 63; DEL GUERCIO, *La protezione dei richiedenti asilo*, cit., p. 398 ss.; ADINOLFI A., *Art. 80*, in POCAR, BARUFFI (a cura di), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, 2<sup>a</sup> ed., Padova, 497-499.

<sup>54</sup> Queste le parole dell'AG Mengozzi al punto 158 delle sue conclusioni.



*La condizione dei migranti*



## LA VULNERABILITÀ COME CRITERIO EMERGENTE PER UNA MAGGIORE TUTELA DEL MIGRANTE NEL CONTENZIOSO INTERNAZIONALE

Francesca IPPOLITO\*

SOMMARIO: 1. La dimensione descrittiva della nozione: una nozione collettiva ... – 2. ... ma anche una nozione ‘individualizzata’: a favore dei diritti dei migranti come pure degli Stati. – 3. Dalla dimensione descrittiva della vulnerabilità a quella precettiva. – 4. La vulnerabilità quale fonte di obbligazioni positive procedurali... – 5. ... e di obbligazioni positive sostanziali. – 6. L’impatto della vulnerabilità sulla valutazione del margine di apprezzamento della *due diligence* nazionale. – 7. Considerazioni conclusive.

La vulnerabilità è un concetto etico, filosofico e sociale che ha trovato spazio anche nel discorso giuridico internazionale dei diritti umani quale nozione composita<sup>1</sup>, che assomma in sé, accanto ad una dimensione universale – come esseri umani siamo tutti vulnerabili – una dimensione particolare tale per cui ognuno sperimenta un’esposizione a un danno/violazione in modo univoco, a seconda del relativo grado di resistenza, dipendenza e autonomia. In particolare, nel contesto giuridico, a venire in rilievo è la natura relazionale della nozione, che suggerisce un rapporto di responsabilità tra il contesto, e dunque lo Stato, da un lato, e l’individuo, dall’altro.

Nello specifico caso dell’applicazione della nozione ai migranti, così come è emersa nella più recente giurisprudenza internazionale elaborata dagli organi universali e regionali di tutela dei diritti umani, tale nozione si è rivelata favorevole alla promozione di una maggior tutela dei

\* Professore Associato di Diritto dell’Unione europea, Università degli studi di Cagliari.

<sup>1</sup> Si veda per una ricostruzione del concetto più ampia: FINEMAN, *The Vulnerable Subject and the Responsive State*, 60 in *Emory Law Journal* 2010-11, p. 251, 268-9; NEAL, “Not Gods but Animals”: *Human Dignity and Vulnerable Subjecthood*, in 33 *Liverpool L. Rev.* 2012, p. 177, spec., p. 186-187; FINEMAN, ‘*Equality, Autonomy, and the Vulnerable Subject in Law and Politics*’, in FINEMAN, GREAR (eds.), *Vulnerability: Reflections on a New Ethical Foundation for Law and Politics*, Farnham: Ashgate, 2013; PERONI, TIMMER, *Vulnerable groups: The promise of an emerging concept in European Human Rights Convention’ law*, in *Int J Const Law* 2013, p. 1056-108.

loro diritti, attraverso una valutazione delle violazioni sensibile al contesto ed una migliore definizione dell'ambito dei doveri statali. Questo contributo si propone di enucleare gli elementi giuridici della nozione di vulnerabilità, così come emersi davanti agli anzidetti organismi internazionali di controllo in materia di immigrazione. Una siffatta analisi e ricostruzione sarà funzionale alla successiva enucleazione degli effetti che detta concettualizzazione del migrante in termini di vulnerabilità comporta rispetto al contenuto concreto del regime speciale di protezione che vede la definizione di nuovi obblighi (positivi) in capo agli Stati.

### *1. La dimensione descrittiva della nozione: una nozione collettiva ...*

La nozione di vulnerabilità impiegata nelle decisioni degli organi universali e regionali di monitoraggio dei diritti umani è essenzialmente da ricollegarsi al concetto di 'gruppi vulnerabili'. Con 'gruppo vulnerabile' si intende un gruppo di persone con una vulnerabilità a un determinato rischio simile con la conseguente necessità di un adattamento nella loro tutela sostanziale e processuale. Questo è sicuramente vero per i richiedenti asilo rispetto ai quali l'obbligo per lo Stato ospite di disporre misure di protezione speciali è stato fatto discendere dalla "vulnerabilità inerente alla situazione [del ricorrente] in qualità di richiedente asilo"<sup>2</sup>. La vulnerabilità dei richiedenti asilo (come categoria) è puntualmente ricollegata alla loro totale dipendenza dallo Stato per soddisfare i propri bisogni fondamentali, unitamente alla circostanza fattuale delle esperienze traumatiche che essi abbiano attraversato durante il loro viaggio per raggiungere il paese di destinazione.

Con riferimento ai migranti irregolari, invece, non è dato ritrovare uniformemente nella giurisprudenza internazionale una loro concettualizzazione in termini di gruppo vulnerabile a solo motivo della privazione di ogni status da parte dello Stato in cui si trovino. La giurisprudenza regionale della Corte Inter-Americana dei Diritti Umani (in prosieguo "Corte IADU"), sin dal parere consultivo OC-18/03<sup>3</sup>, ha da subito riconosciuto una dimensione collettiva della vulnerabilità dei migranti irregolari riconducendola alla loro maggiore esposizione alle potenziali o effettive violazioni dei loro diritti umani, ovvero alla mancanza di prote-

<sup>2</sup> Corte EDU, *M.S.S. c. Grecia e Belgio*, ricorso n. 30696/09, 21 gennaio 2011 parr. 233 e 251; Corte IADU, *Pacheco Tineo v Bolivia* sentenza del 25 novembre 2013 Serie A.

<sup>3</sup> Corte IADU, *Juridical Status and Rights of Undocumented Migrants. Advisory Opinion OC-18/03* of September 17 2003. Series A No. 18, para. 114.

zione dei loro diritti e di differenze nell'accesso alle risorse pubbliche amministrato dallo Stato nei confronti dei cittadini o dei residenti<sup>4</sup>. Inoltre, di una siffatta situazione di vulnerabilità viene sottolineata la dimensione ideologica e contestuale *de jure* (disparità tra cittadini e stranieri nelle leggi) e *de facto* (disuguaglianze strutturali)<sup>5</sup>. La posizione dei migranti irregolari è altresì aggravata dai preconcetti che finiscono per influenzare la loro capacità di integrarsi in una nuova società.

Un percorso analogo, con un'enfasi particolare sulla esposizione allo sfruttamento e all'abuso come conseguenza della deprivazione di ogni status, caratterizza anche l'orientamento degli organi di monitoraggio dei diritti umani delle singole convenzioni settoriali delle Nazioni Unite. Sono rivelatori di tale enfasi, ad esempio, la giurisprudenza sviluppata dal Comitato per l'eliminazione della discriminazione nei confronti delle donne<sup>6</sup>, dal Comitato per i lavoratori migranti dei lavoratori migranti<sup>7</sup>, e, più di recente, dal Comitato per i diritti socio-economici e culturali che ha identificato i lavoratori migranti come un gruppo i cui diritti sono particolarmente a rischio – specialmente quando irregolari – in quanto “vulnerabili allo sfruttamento, a lunghe ore di lavoro, salari sleali e ambienti di lavoro pericolosi e malsani”<sup>8</sup>. Di tenore analogo è anche la recente giurisprudenza sviluppata dalla Commissione Inter-Americana rispetto al caso specifico di migranti irregolari che subiscono sfruttamenti lavorativi<sup>9</sup> e dal Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite. Anche qui, infatti, ad essere sottolineata è stata la duplice vittimizzazione derivante dallo status irregolare che, da un lato, espone i migranti a violazioni dei

<sup>4</sup> Corte IADU *Velez Loor c. Panama*, sentenza del 23 novembre 2010 serie C 218 para 98 e *Nadege Dorzema c Repubblica Dominicana* sentenza del 24 ottobre 2012 serie n 251 para 152; *Pacheco Tineo v Bolivia*, cit. supra nota 2.

<sup>5</sup> *Ibidem*.

<sup>6</sup> Raccomandazione generale CEDAW n. 26 (2008) al punto 22.

<sup>7</sup> Raccomandazione generale n. 1 (2011) sui lavoratori domestici migranti che ha osservato che questi rischi e vulnerabilità sono ulteriormente aggravati per i lavoratori domestici migranti irregolari.

<sup>8</sup> Raccomandazione generale n. 23 del 2016 sul diritto a condizioni giuste e favorevoli di lavoro. Essa ha elencato un certo numero di fattori che possono aumentare tale vulnerabilità, incluse le situazioni in cui il datore di lavoro ha il controllo dello stato di residenza del lavoratore migrante o accordi che legano i lavoratori migranti a un determinato datore di lavoro; l'incapacità dei lavoratori di parlare la lingua nazionale; la paura delle rappresaglie dai datori di lavoro; e eventuali espulsioni se questi lavoratori cercano di lamentarsi delle condizioni di lavoro.

<sup>9</sup> Commissione IADU, Merits Report No. 50/16, Case 12.834, *Undocumented Workers* (United States of America), 30 novembre 2016.

loro diritti umani e, dall'altro, mina il loro diritto fondamentale di accesso alla giustizia<sup>10</sup>.

Anche la Corte EDU, nel recente caso *Chowdury e altri c. Grecia*<sup>11</sup> ha sottolineato la vulnerabilità dei migranti irregolarmente impiegati, così realizzando una modifica dell'orientamento invece manifestato con riferimento ai casi di violazioni dell'articolo 3 CEDU, o dell'articolo 8 CEDU a motivo della loro espulsione. Nei casi di espulsione, infatti, la Corte EDU non ha mai sostenuto, ad oggi, una concettualizzazione di una vulnerabilità *per se* dei migranti irregolari. La loro vulnerabilità a motivo della privazione di ogni status, in particolare, è stata sì menzionata, ma solo in sovrapposizione ad altri elementi personali eccezionali quali la detenzione amministrativa, l'età, le disabilità mentali o fisiche, le condizioni sanitarie ed i servizi disponibili nel paese di destinazione, o il fatto di aver depositato una domanda di asilo<sup>12</sup>. Al contrario, nel caso *Chowdury e altri c. Grecia*, relativo alle violazioni di cui all'articolo 4 CEDU, la vulnerabilità del migrante irregolare illegalmente sfruttato ed impiegato in un'attività lavorativa è stata finalmente individuata e sottolineata di per sé. Ad avviso della Corte EDU, infatti, la situazione amministrativa precaria derivante dalla loro situazione irregolare di lavoratori migranti sarebbe aggravata dalla mancanza di mezzi finanziari e dal rischio di detenzione o di espulsione in caso di contatto con le autorità, considerazioni che aumentano il rischio di sfruttamento del lavoro<sup>13</sup>.

Si assiste pertanto all'affermarsi di una dimensione collettiva della nozione di vulnerabilità che non comporta necessariamente rispetto a tutti i membri del gruppo lo stesso tipo di conseguenze protezionistiche. Quasi a compensazione, dunque, gli stessi organi di tutela internazionale

<sup>10</sup> Si veda per tutti il ragionamento seguito dal Comitato dei diritti umani nella Comunicazione no. 2470/2014, relativa ad un caso di deportazione dalla Danimarca all'Italia.

<sup>11</sup> Corte EDU, *Chowdury e altri c. Grecia*, ricorso n. 21884/15, 30 marzo 2017.

<sup>12</sup> A questo proposito si vedano, ad esempio, *Soering c. Regno Unito* (1989) 11 EHRR 439; *Cruz Varas e a c. Svezia*, ricorso n. 15576/89 20 marzo 1991; *R c. Regno Unito*, ricorso n. 146/1996/767/964, 2 maggio 1997; *Aden Ahmed c. Malta*, ricorso n. 55352/12, 23 luglio 2013; *Uuner c. Paesi Bassi*, ricorso n. 46410/99, 18 ottobre 2006; *Kiyutin v Russia* (2011) 53 EHRR 364; *Gul c. Svizzera*, 1996-I, 173-74; e più di recente l'illuminante caso *Khlaifia e altri c. l'Italia* (ricorso n. 16483/12, 15 dicembre 2016) in cui è stato esaminato l'approccio *hotspot* adottato in Italia nel contesto delle azioni immediate previste dall'Agenda europea per la migrazione e le procedure di espulsione negli accordi tra l'Italia e la Tunisia. La Corte EDU, in particolare, ha sottolineato come le ricorrenti non si trovavano nella specifica condizione di vulnerabilità propria dei richiedenti asilo, né affermavano di aver subito esperienze traumatiche nel loro paese d'origine o di essere affette da una particolare condizione medica non adeguatamente curata presso il centro di identificazione.

<sup>13</sup> *Chowdury e altri c. Grecia*, par. 97.

dei diritti umani hanno progressivamente ‘individualizzato’ la nozione. Questo approccio presenta il vantaggio di riflettere meglio la natura composita del concetto di vulnerabilità che, come anticipato, è composto sia da una dimensione universale, che da una dimensione particolare. Tuttavia, – come verrà ulteriormente descritto – l’approccio dei vari organismi internazionali, così come la giurisprudenza interna agli stessi organi internazionali di tutela, non mancano, anche in questo caso, di una certa eterogeneità al riguardo.

2. ... ma anche una nozione ‘individualizzata’: a favore dei diritti dei migranti come pure degli Stati

Il primo tipo di individualizzazione della nozione collettiva dei gruppi vulnerabili che è possibile riscontrare rispetto ai richiedenti asilo e migranti irregolari consiste nello sviluppo della nozione complementare di vulnerabilità aggravata. Con tale nozione si intende la peculiare situazione in cui la condizione di migrante risulta aggravata dalla contemporanea sussistenza di molti altri fattori che aumentano la vulnerabilità, come l’età, l’orientamento sessuale, il genere e così via<sup>14</sup>. Così facendo, l’individualizzazione della nozione di vulnerabilità assurge ad elemento rafforzativo delle posizioni giuridiche soggettive – procedurali e sostanziali – dei migranti sotto un duplice profilo. Da un lato, l’individualizzazione della nozione finisce per limitare l’arbitrarietà dello Stato nel determinare i casi di espulsione. Dall’altro, la stessa individualizzazione della nozione richiede l’applicazione di un test di necessità più rigoroso per i casi di privazione della libertà. Emblematica pare a questo proposito la giurisprudenza della Corte EDU, sviluppata in relazione ai minori. In particolare, secondo quanto stabilito nei casi *Tarakhel*<sup>15</sup> e *V.M.*, nel valutare se un determinato maltrattamento abbia raggiunto un livello di gravità tale da rendere configurabile una violazione dell’articolo 3 CEDU, si dovrà tener conto di tutte le circostanze del caso, come la durata del trattamento, gli effetti fisici o mentali e, in alcuni casi, il sesso, l’età e lo stato di salute della vittima. Conseguentemente, le condizioni di accoglienza per i minori richiedenti asilo devono essere adatte alla loro età, al

<sup>14</sup> Si vedano *Price c. Regno Unito*, ricorso n. 33394/96 punto 24, ECHR 2001-VII; *Mouisel c. Francia*, ricorso n. 67263/01 par 37, ECHR 2002-IX; *Jalloh c. Germania* [GC], ricorso n. 54810/00 par. 67, ECHR 2006-IX.

<sup>15</sup> Corte EDU, *Tarakhel c. Svizzera* ricorso n. 29217/12, 4 novembre 2014, par. 104.

fine di evitare loro “una situazione di stress e ansia, con conseguenze particolarmente traumatiche”<sup>16</sup> tali da integrare il divieto di cui all’articolo 3 CEDU.<sup>17</sup> A tal fine, ad avviso della Corte EDU, occorre altresì che le autorità nazionali ottengano garanzie da parte delle controparti (ad esempio nel quadro del sistema di ritorno di Dublino) che i richiedenti verranno accolti in strutture e condizioni adeguate all’età dei bambini e che l’unità familiare sarà preservata. Inoltre, una protezione speciale per i minori deve essere assicurata anche nelle more della decisione definitiva sullo status di rifugiato, in particolare laddove si tratti di minori disabili, con conseguente adattamento al ribasso della soglia di gravità dei relativi maltrattamenti ex articolo 3 CEDU.

Si noti infine che i principi suddetti non sono stati limitati dalla giurisprudenza della Corte EDU ad una esclusiva applicazione in favore dei bambini o delle famiglie con figli. Le stesse sentenze riconoscono, infatti, la possibilità per tutti i richiedenti asilo di richiedere una protezione speciale ai sensi dell’articolo 3 CEDU a causa della loro vulnerabilità. Da quest’ordine di considerazioni discende che un analogo abbassamento della soglia di gravità dell’articolo 3 CEDU debba applicarsi a *tutti* i casi di vulnerabilità aggravata (ad esempio per disabilità, genere, orientamento sessuale, stato di gravidanza, appartenenza a minoranze sessuali, ovvero per essere stati sottoposti a torture, stupri o altre forme gravi di violenza psicologica, fisica o sessuale).

Una prima prova della validità di una siffatta interpretazione viene offerta dal recente caso *O.M. c. Ungheria*<sup>18</sup>, relativo alla detenzione amministrativa nelle more della procedura di riconoscimento dello status di rifugiato di un richiedente asilo omosessuale proveniente dall’Iran. Tale detenzione era stata disposta presumibilmente a motivo dell’incapacità del signor O.M. di chiarire la sua identità e la sua nazionalità, oltreché per via del suo ingresso irregolare in Europa. La Corte EDU, in particolare, ha dato peso all’appartenenza del ricorrente ad una minoranza sessuale nel riconoscere il carattere ingiustificato della sua detenzione rispetto all’articolo 5, paragrafo 1, lettera b) CEDU stante l’assenza di ogni valutazione individuale che tenesse conto, in particolare, del suo orientamento sessuale, nonostante egli avesse segnalato la propria paura di subire molestie in detenzione. Significativamente, un siffatto riconoscimento da parte della Corte EDU è avvenuto *a latere* della sua condizione di richiedente asilo. La mancata considerazione di tali circostanze

<sup>16</sup> (*Mutatis mutandis*,) *ivi*, par. 102.

<sup>17</sup> In caso contrario, le condizioni in questione possono dirsi raggiungere la soglia di gravità necessaria per rientrare nell’ambito del divieto di cui all’articolo 3 della CEDU.

<sup>18</sup> Corte EDU, *O.M. c. Ungheria*, ricorso n. 9912/15, sentenza del 5 luglio 2016.

determinava infatti, agli occhi della Corte, il protrarsi nel paese di destinazione delle stesse situazioni che hanno portato le persone omosessuali, bisessuali, transgender, intersessuali a fuggire dal proprio paese di origine<sup>19</sup>.

La giurisprudenza del sistema Inter-Americano di protezione dei diritti umani, ed anche la più recente giurisprudenza della Corte Internazionale di Giustizia illustrano, invece, un altro modo di individualizzare la dimensione collettiva di gruppo vulnerabile mediante l'introduzione della dimensione di una *vulnerabilità situazionale*. La Corte Inter-Americana dei diritti umani, in particolare, ricorre all'espressione 'situazione di vulnerabilità' per fare riferimento alla limitazione strutturale dei diritti degli immigrati irregolari nei loro sistemi nazionali, alla loro estrema fragilità sociale e legale<sup>20</sup> che li espone a danni dovuti a omissioni istituzionali ovvero ad atteggiamenti attivamente discriminatori o criminalizzanti.

La giurisprudenza della Corte Internazionale di Giustizia, d'altro lato, nell'ambito dei giudizi relativi alle misure cautelari, contiene, in sia pur rari recenti casi, qualche riferimento alla vulnerabilità situazionale per fare riferimento all'esposizione a danni connessi alle azioni statali, con particolare riguardo alla presenza di conflitti armati. Ad esempio, la vulnerabilità di un segmento della popolazione (i rifugiati e gli sfollati interni) dovuta alla presenza di conflitti regionali è stata decisiva per disporre le misure provvisorie per l'applicazione della Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale nel caso *Georgia c. Federazione Russa*<sup>21</sup>. Un ragionamento simile è stato altresì recentemente proposto nel caso *Ucraina c. Federazione Russa* del 19 aprile 2017 (ma tuttavia non ripreso dalla Corte Internazionale di Giustizia) dal giudice Cançado Trindade nella sua opinione dissenziente relativa alle misure provvisorie nel caso di applicazione della Convenzione internazionale per la soppressione del finanziamento del terrorismo e della Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale<sup>22</sup>. Precisamente, il giudice Cançado Trindade proponeva di sostituire il criterio attuale della 'plausibilità dei diritti' per l'indicazione delle misure provvisorie di protezione con la prova della vulnerabilità umana essendo in definitiva gli individui gli ultimi benefi-

<sup>19</sup> Ivi, par. 54.

<sup>20</sup> Corte EDU, *Chowdury and Others c. Grecia*, cit. supra nota 11.

<sup>21</sup> CIG, *Georgia c. Federazione Russa*, parr. 142-43 e 149.

<sup>22</sup> CIG, doc. CR 2017/1, of 06.03.2017, p. 32, para. 25.

ciari di tali misure. Ora, come ricorda Anne Peters<sup>23</sup>, la maggior parte degli Stati è probabilmente d'accordo sul fatto che l'ordinamento giuridico internazionale contemporaneo poggi su due principi fondamentali: il principio della sovranità statale / non intervento, da un lato, e il principio dell'umanità o della dignità umana, dall'altro lato. Le controversie vertono ('solo') sullo spessore o sull'importanza relativa di questi due pilastri. Dunque, anche non ricorrendo a una vera e propria sostituzione del test della plausibilità dei diritti con quello della vulnerabilità ai fini della concessione delle misure provvisorie, la 'umanizzazione' del diritto internazionale potrebbe rivelarsi idonea a condurre la Corte Internazionale di Giustizia quanto meno a considerare la 'vulnerabilità' – nel caso di specie quella delle vittime del terrorismo internazionale – quale chiave interpretativa dell'argomento della plausibilità delle violazioni delle disposizioni delle Convenzioni in oggetto e di un pericolo di danni irreparabili.

Nonostante l'individualizzazione della nozione di vulnerabilità abbia la potenzialità di condurre a tutele di maggior favore per i migranti, non di meno, mancano casi nella giurisprudenza internazionale in cui ad una siffatta individualizzazione sia stato fatto corrispondere un *favor* per gli Stati, ovvero il riconoscimento di una maggiore discrezionalità nell'individuare chi, caso per caso, abbia un diritto (più ampio) di protezione in virtù della sua (maggiore) vulnerabilità. In particolare, con riferimento alla categoria dei richiedenti asilo, è la giurisprudenza della stessa Corte EDU ad offrire uno spunto di riflessione in tal senso. Infatti, nel caso *A.M.E. c. Paesi Bassi*<sup>24</sup>, la Corte ha considerato la situazione del ricorrente, "un giovane capace senza legami di dipendenza", non comparabile alla particolare vulnerabilità di una famiglia con figli. Allo stesso modo, in *Ilias e Ahmed*<sup>25</sup>, riguardante due cittadini del Bangladesh che avevano attraversato la Grecia, l'ex Repubblica Jugoslava di Macedonia e la Serbia prima di raggiungere l'Ungheria per ivi presentare domanda di asilo, i ricorrenti sono stati considerati dalla Corte EDU non più vulnerabili di qualsiasi altro richiedente asilo adulto detenuto in quel mo-

<sup>23</sup> PETERS, "Vulnerability" versus "Plausibility": Righting or Wronging the Regime of Provisional Measures? Reflections on ICJ, *Ukraine v. Russian Federation*, Order of 19 April 2017 in *EJIL: Talk!* (maggio 2017) disponibile sul sito <https://www.ejiltalk.org/vulnerability-versus-plausibility-righting-or-wronging-the-regime-of-provisional-measures-reflections-on-icj-ukraine-v-russian-federation-order-of-19-apr/> (ultimo accesso 27 luglio 2017).

<sup>24</sup> Corte EDU (terza sessione), decisione di inammissibilità del ricorso n. 51428/10 *A.M.E. c. Paesi Bassi*, 5 febbraio 2015.

<sup>25</sup> Corte EDU, *Ilias and Ahmed c. Ungheria*, ricorso n. 47287/15, 14 marzo 2017.

mento<sup>26</sup>. La ragione di ciò è stata individuata dalla Corte nel fatto che gli avvenimenti in Bangladesh all'origine della fuga dei ricorrenti erano avvenuti diversi anni prima del loro arrivo in Ungheria.

In senso analogo potrebbe anche citarsi, questa volta a livello normativo più che giurisprudenziale, la posizione dell'Unione europea che, nell'introdurre la nozione di vulnerabilità, predilige l'utilizzo di una nozione selettiva. Nella nozione di vulnerabilità accolta e promossa dai vari strumenti costitutivi dell'*acquis* europeo in materia di asilo (Direttiva qualifiche, Direttiva accoglienza, Direttiva procedure, Regolamento Dublino III, Regolamento Eurodac), infatti, non sono ricompresi tutti i richiedenti asilo ma solo coloro che sono menzionati nelle liste – sia pur esemplificative e non esaustive – di volta in volta contenute nei vari strumenti legislativi adottati. Con riferimento ai migranti irregolari, la Direttiva rimpatri del 2008<sup>27</sup> abbraccia una selettività ancor più severa ove si consideri che la lista dei soggetti irregolari la cui vulnerabilità debba essere tenuta in considerazione è una lista chiusa. Ciononostante, l'adozione di altri strumenti normativi più recenti quali il Regolamento Eurosur<sup>28</sup> e quello per l'istituzione di una Guardia di frontiera e costiera europea<sup>29</sup> consente di riscontrare alcuni margini di dilatazione della nozione.

### 3. Dalla dimensione descrittiva della vulnerabilità a quella precettiva

Nonostante il diverso grado di individualizzazione della nozione collettiva dei gruppi vulnerabili, nucleo comune dell'argomento della vulnerabilità è l'effetto di attirare l'attenzione su persone o gruppi di persone che necessitano del contributo di un'altra entità (lo Stato) per superare il loro stato di vulnerabilità. Detto contributo inizia con l'onere di perseguire giudizialmente i responsabili delle violazioni e dei tratta-

<sup>26</sup> Ivi, par. 87.

<sup>27</sup> Direttiva 2008/115/CE del 16 dicembre 2008 recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare GUUE L 348/98 24.12.2008.

<sup>28</sup> Regolamento (UE) n. 1052/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 ottobre 2013, che istituisce il sistema europeo di sorveglianza delle frontiere (Eurosur) GUUE L 295/11, 6.11.2013.

<sup>29</sup> Regolamento (UE) 2016/1624 del 14 settembre 2016 relativo alla guardia di frontiera e costiera europea che modifica il regolamento (UE) 2016/399 del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga il regolamento (CE) n. 863/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, il regolamento (CE) n. 2007/2004 del Consiglio e la decisione 2005/267/CE del Consiglio, GUUE 251/1 16.9.2016.

menti degradanti con conseguente riparazione dei danni, evitando al contempo ogni stigmatizzazione dei gruppi o degli individui destinatari delle misure compensative nazionali.

Ora, con riferimento al contesto migratorio, la nozione di vulnerabilità ha diversamente impattato sulla natura e sulla tipologia degli obblighi di riparazione. Un primo tipo di impatto è quello riconducibile alla giurisprudenza sulle misure di giusta soddisfazione della Corte EDU. Infatti, dal recente riconoscimento della vulnerabilità *per se* dei lavoratori migranti irregolari sfruttati in ambito lavorativo, la Corte EDU ha fatto discendere la necessità di riparare non solo le perdite materiali, ma anche quelle morali<sup>30</sup>. In futuro, sulla falsariga di un tale argomento e in virtù della direttiva UE sulla sanzione dei datori di lavoro dell'Unione europea, potrebbe essere fatto rientrare nel novero degli oneri nazionali di riparazione anche l'obbligo di versare i salari non retribuiti<sup>31</sup>.

Una seconda tipologia di impatto della vulnerabilità sulla riparazione è quella che risulta dalla giurisprudenza del sistema interamericano di protezione dei diritti umani che proprio dalla nozione collettiva di vulnerabilità dei migranti irregolari ha derivato, a favore dell'intero gruppo di migranti in condizioni irregolare, una gamma diversificata di riparazioni tra cui, in particolare, l'onere di organizzare e svolgere una formazione specifica per coloro che lavorano con gli immigrati<sup>32</sup>. Tuttavia, proprio quelle giurisdizioni internazionali che spesso rappresentano l'ultima speranza di molti migranti, e che preannunciano soluzioni di particolare favore – come le giurisdizioni interamericane – soffrono di una certa vulnerabilità (che potremmo definire istituzionale) che deriva, ad esempio, dall'inefficacia del sistema rispetto all'esecuzione delle decisioni giudiziarie. Infatti, a differenza del sistema europeo, in cui il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa è espressamente incaricato di controllare l'esecuzione delle decisioni della CEDU, la Convenzione americana sui diritti dell'uomo non è dotata di un organismo specifico incaricato di assicurare il rispetto delle decisioni della Corte Inter-Americana, la quale rimane quindi la sola responsabile di verificare che le proprie decisioni vengano rispettate da parte degli Stati. Tuttavia, un simile compito risulta spesso eccessivamente gravoso, soprattutto in ragione dell'estrema limitatezza del budget della Corte.

<sup>30</sup> Corte EDU, *Chowdury*, cit.

<sup>31</sup> Direttiva 2009/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 giugno 2009, che introduce norme minime relative a sanzioni e a provvedimenti nei confronti di datori di lavoro che impiegano cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare OJ L 168 del 30 giugno 2009. P. 24.

<sup>32</sup> Corte IADU *Velez Loor*, cit., par. 16; *Pacheco Tineo*, cit., par. 9.

È allora in momenti del giudizio diversi da quello della riparazione che l'impatto della vulnerabilità rivela la sua maggiore significatività per la specialità della protezione dei soggetti vulnerabili in particolare allorché la vulnerabilità diviene fonte di obblighi positivi procedurali e sostanziali a carico degli Stati, e si inserisce tra gli elementi di valutazione della proporzionalità degli obblighi nazionali di *due diligence*.

#### 4. La vulnerabilità quale fonte di obbligazioni positive procedurali...

La nozione di obblighi positivi, concetto fondamentale nell'ambito dei diritti umani sotto il profilo dell'effettività dei diritti e della responsabilità internazionale di uno Stato per omissione<sup>33</sup>, si ricollega alla vulnerabilità in quanto rende possibile l'autonomia dell'essere umano<sup>34</sup>, quale essenza stessa della vulnerabilità.

Ciò risulta evidente se si considera l'approccio adottato in materia dal sistema inter-americano di protezione dei diritti umani, in cui la Corte, oltre a riservare allo Stato una posizione di garante speciale della vittima, riconosce la necessità di garantire una maggiore tutela ai gruppi particolarmente vulnerabili. In particolare, l'approccio sviluppato dalla Corte IADU rispetto alla vulnerabilità impone agli Stati di astenersi da qualsiasi azione che la favorisca o la incrementi, così come di assicurare, nel caso di discriminazione di fatto, una uguaglianza sostanziale<sup>35</sup>.

In particolare, "per quanto riguarda i diritti umani dei minori", la Corte IADU ha riconosciuto che lo Stato debba adottare misure speciali volte al superiore interesse del fanciullo<sup>36</sup> tra cui, in particolare, la predisposizione di procedure volte a identificare le loro specifiche esigenze di

<sup>33</sup> AGO, *Second Report on State Responsibility in Yearbook of International Law Commission*, Vol. 2, 1970, p. 177, 188, U.N. Doc. A/CN.4/233/1970, si riferiva alla maggiore numerosità dei casi di invocazione di responsabilità per omissione che per azione a seguito della proliferazione di strumenti internazionali in cui pure si oppone "the responsibility for abstention alla responsibility for State actions".

<sup>34</sup> XENOS, *Positive Obligation of the State under the European Convention of Human Rights*, Routledge, 2012.

<sup>35</sup> Si veda per un'analisi delle misure positive nel sistema inter-americano e per un'analisi in quello europeo: LAVRYSEN, *Positive obligations in the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights*, in *Inter-American And European Human Rights Journal*, 2014, p. 94-115; Id., *Human Rights in a Positive State. Rethinking the relationship between Positive and Negative Obligations under the European Convention of Human Rights*, Intersentia, 2017.

<sup>36</sup> Corte IADU 18 settembre 2003, *Bulacio v Argentina*, par. 133 e *Advisory Opinion OC-21/14* del 19 agosto 2014 su "Rights and guarantees of children in the context of migration and/or in need of international protection".

protezione attraverso una valutazione iniziale che includa garanzie di sicurezza e di riservatezza – ivi compresa la garanzia di accesso ai territori nazionali. Ma non solo. A ciò deve infatti aggiungersi l'onere di adattare il processo anche nei suoi elementi corollari, quali il diritto all'informazione sui diritti, sugli obblighi del minore e sul prevedibile sviluppo del processo, il diritto all'assistenza giudiziaria, il diritto ad un interprete e a che ogni procedura sia eseguita in un ambiente amichevole offrendo garanzie di sicurezza e riservatezza da parte di professionisti qualificati. Nel caso della procedura per il riconoscimento dello status di rifugiato, un siffatto adattamento processuale alle esigenze dell'infanzia ha altresì il merito di meglio garantire un'autentica identificazione delle forme specifiche che la persecuzione è capace di assumere nel caso dei minori richiedenti asilo, assicurando così una migliore interpretazione degli elementi della definizione di rifugiato alla luce dell'età<sup>37</sup>.

La vulnerabilità aggravata del minore migrante ha poi avuto un impatto ulteriore sulla definizione dei seguenti diritti: a) il diritto ad essere informati sui motivi dell'arresto o della detenzione in una lingua che la persona comprenda, il diritto di richiedere l'asilo, di ottenere assistenza legale, di essere ascoltati, con la possibilità di ricorrere all'assistenza consolare e, se del caso, alla nomina di un tutore e all'assistenza di un interprete se il minore non comprende o non parla la lingua del paese ricevente; b) il diritto di essere condotto prontamente davanti a un giudice o ad altri funzionari competenti; c) il diritto di notifica della situazione ad un familiare, ad un tutore o ad un legale rappresentante e il diritto di comunicare con l'esterno e, in particolare, con le agenzie internazionali specializzate, ovvero di nomina del tutore nel caso di minori stranieri non accompagnati.

Un simile risultato in termini di obbligazioni positive di adattamento delle procedure per i minori migranti non è, invece, ancora stato abbracciato dalla giurisprudenza CEDU relativamente al contesto migratorio. Tuttavia, quanto meno con particolare riguardo al diritto ad essere ascoltati, la vulnerabilità aggravata dei minori richiedenti asilo privati della loro libertà personale a causa della detenzione amministrativa, parrebbe schiudere – anche se solo implicitamente – nuovi orizzonti di protezione nella stessa direzione (almeno parziale) della giurisprudenza interamericana. Infatti, la Corte EDU, in un recente caso in cui veniva in ri-

<sup>37</sup> Si veda per una interpretazione del principio del superiore interesse del fanciullo quale nuova fonte di protezione dei rifugiati e della Convenzione di New York quale strumento suppletivo e *ad adiuvandum* della Convenzione di Ginevra sui rifugiati del 1951 per la protezione dei minori in cerca di protezione internazionale POBYOJ, *The Child in International Refugee Law*, Cambridge (Cambridge University Press), 2017.

lievo la detenzione per la durata di otto mesi di due minori in attesa dell'esito delle rispettive procedure relative al riconoscimento dello status di rifugiato, ha richiesto che venisse prestata "adeguata considerazione" alle circostanze individuali dei minori ed alle loro particolari esigenze<sup>38</sup>. Una siffatta "adeguata considerazione" implica sicuramente un diritto di informazione in capo al minore sottoposto a detenzione amministrativa del "motivo e delle ragioni" dell'arresto e delle procedure disponibili per contestare la restrizione o la privazione della libertà. Infatti, la Corte si è basata sulla vulnerabilità intrinseca del minore per riscontrare una violazione dell'articolo 3 CEDU, proprio a causa della mancanza di idonei meccanismi di sostegno ai minori, nonché della mancanza di adeguata informazione sulla loro situazione di detenzione amministrativa. Nel caso in esame, inoltre, occorre rilevare come l'età dei richiedenti constatata al momento della detenzione fosse di circa diciassette anni. Tale dato risulta particolarmente interessante considerando che gli standard speciali di assistenza fino ad ora riconosciuti ai minori immigrati in stato di detenzione riguardavano essenzialmente soggetti in tenera età.

Inoltre, la stessa necessità di "adeguata considerazione" delle circostanze individuali dei minori potrebbe anche essere interpretata come implicante la necessità di una partecipazione effettiva del minore al processo come miglior soggetto atto a rappresentare adeguatamente la propria situazione. In tal caso, dovendosi attivare garanzie procedurali adeguate all'infanzia, ivi compresa, nel caso di minore non accompagnato, la nomina di un tutore, risulterebbe arbitraria ogni privazione della libertà in caso di incapacità dello Stato alla nomina di detto tutore, o anche solo di inefficacia della nomina.

In tal senso sembra collocarsi, in ambito europeo, l'obbligazione positiva di adattamento del processo con particolare riguardo al diritto di essere ascoltati che è stata riconosciuta dalla Corte di giustizia pronunciata relativamente al diritto di partecipazione dei minori migranti nelle procedure di determinazione della protezione internazionale negli Stati membri che prevedono due procedure distinte e tra loro successive per esaminare le domande di status di rifugiato e le domande di protezione sussidiaria. Infatti, il riconoscimento della garanzia di un'intervista del minore nella procedura relativa alla decisione sulla protezione sussidiaria (successiva ad un esito negativo della procedura per la determinazione dello status di rifugiato) è stato circoscritto ai soli casi in cui l'audizione del richiedente appaia necessaria per consentirgli di chiarire elementi ca-

<sup>38</sup> Corte EDU, *Abdullahi Elmi and Aweys Abubakar c. Malta* ricorsi n. 25794/13 e 28151/13, 22 novembre 2016.

pacì di incidere sull'esito finale della domanda, e la sua posizione si caratterizzi per un fattore di vulnerabilità quale l'età, la salute ovvero l'essere stato sottoposto a gravi forme di violenza<sup>39</sup>. Già in precedenza, d'altro lato, la Corte di Giustizia dell'Unione europea aveva sottolineato che “anche se interrogatori vertenti su nozioni stereotipate possono costituire un elemento utile a disposizione delle autorità competenti”, la valutazione delle domande di concessione dello status di rifugiato sulla sola base di nozioni stereotipate (nel caso di specie associate agli omosessuali<sup>40</sup>) non consente alle autorità competenti di tener conto della situazione individuale e delle circostanze personali del richiedente asilo<sup>41</sup>.

##### 5. ... e di obbligazioni positive sostanziali

Accanto alle obbligazioni positive di natura essenzialmente o prevalentemente procedurale troviamo poi obblighi positivi, questa volta sostanziali, che pure possono dirsi alimentati dall'introduzione della concettualizzazione della vulnerabilità in ambito migratorio nelle argomentazioni delle corti regionali di protezione dei diritti umani.

Ciò vale in particolare per la giurisprudenza della Corte EDU che si è sviluppata intorno agli obblighi di prevenzione che sono fatti discendere dall'articolo 4 CEDU con riferimento, in particolare, a bambini e altre persone vulnerabili. In particolare, la Corte EDU ha affermato come le vittime di tratta non possano essere lasciate (o fatte ritornare) in una situazione di tratta e di sfruttamento, una volta dimostrato che le autorità statali erano a conoscenza, o avrebbero dovuto essere a conoscenza delle circostanze che hanno dato origine ad un credibile sospetto che un individuo fosse in reale e immediato rischio di essere sfruttato o sottoposto a tratta<sup>42</sup>. Si noti, però, che tale obbligo dev'essere interpretato in un modo che non imponga “un onere impossibile o sproporzionato alle autorità”<sup>43</sup>.

D'altra parte, la vulnerabilità ha generato anche un obbligo positivo di particolare attenzione al *minimum core* dei diritti sociali fondamentali dei richiedenti asilo. Ad esempio, in *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, la Corte EDU ha ritenuto che le autorità greche non avessero tenuto debitamente

<sup>39</sup> CGUE, M, causa C-560/14, sentenza del 9 febbraio 2017 ECLI:EU:C:2017:101, para 51.

<sup>40</sup> CGUE, A., B., C., cause riunite da C-148/13 a C-150/13; sentenza del 2 dicembre 2014, ECLI:EU:C:2014:2406.

<sup>41</sup> Ivi, par. 62.

<sup>42</sup> Corte EDU, *Rantsev c. Cipro e Russia*, ricorso n. 25965/04, 7 gennaio 2010.

<sup>43</sup> Ivi, para. 287.

conto della vulnerabilità del richiedente asilo e dovevano pertanto essere ritenute responsabili, a causa della loro inazione, della situazione in cui si era venuta a trovare la vittima ricorrente, da diversi mesi senza fissa dimora, senza risorse o accesso alle strutture sanitarie e senza alcun mezzo per soddisfare le sue necessità essenziali. Tali condizioni di vita, combinate con l'incertezza prolungata in cui il richiedente asilo si era trovato a convivere, unitamente alla totale mancanza di prospettive di miglioramento della sua situazione, integravano il livello di gravità richiesto per rientrare nell'ambito di applicazione dell'articolo 3 della Convenzione. Dalla violazione dell'articolo 3 CEDU la Corte ha fatto discendere un obbligo positivo in capo allo Stato membro di fornire al richiedente asilo un alloggio e condizioni materiali adeguate, anche in virtù dell'attuazione da parte dello Stato convenuto della direttiva 2003/9 sulle condizioni di accoglienza dei richiedenti asilo<sup>44</sup>. Al riguardo, la stessa Corte di giustizia dell'Unione europea ha precisato, nella sentenza *Cimade*<sup>45</sup>, che il rispetto della dignità umana impone che i richiedenti asilo non siano privati delle tutele disposte dalle norme della direttiva sulle condizioni di accoglienza nemmeno per un periodo di tempo temporaneo. Tale principio è stato ritenuto applicabile da parte della Corte di giustizia anche alle procedure inerenti all'esame della domanda di protezione internazionale da parte delle autorità nazionali ai sensi del regolamento di Dublino.

Infine, in *Saciri*, la stessa Corte di giustizia dell'Unione europea ha offerto una interpretazione estensiva della formulazione letterale della direttiva di accoglienza nella parte in cui questa impone l'erogazione di alloggi di tipo diretto (alloggio in natura) per preservare l'unità familiare "per quanto possibile"<sup>46</sup>. Ed è stato proprio alla luce della maggiore vulnerabilità dei minori richiedenti asilo che la Corte ha precisato come il sovraffollamento delle strutture di alloggio destinate specificamente ai richiedenti asilo non possa giustificare alcuna deroga alle norme di accoglienza e che, pertanto, l'indennità finanziaria che le autorità nazionali sono tenute ad erogare ai sensi della Direttiva accoglienza "deve consentire, se necessario, ai figli minorenni di richiedenti asilo di essere alloggiati con i loro genitori, in modo da mantenere l'unità familiare ..."<sup>47</sup>.

<sup>44</sup> Corte EDU, *M.S.S.*, cit., para 263.

<sup>45</sup> CGUE, *Cimade, Groupe d'information et de soutien des immigrés (GISTI)*, Causa C-179/11, 27 settembre 2012, ECLI:EU:C:2012:594 para. 56.

<sup>46</sup> CGUE, *Federaal agentschap voor de opvang van asielzoekers v Saciri*, Causa C-79/13, 24 febbraio 2014 EU: C: 2014: 103 par. 40.

<sup>47</sup> Ivi, parr. 42 e 50.

6. *L'impatto della vulnerabilità sulla valutazione del margine di apprezzamento della due diligence nazionale*

Al riconoscimento di obblighi positivi corrisponde il riconoscimento di un margine di apprezzamento particolarmente ampio agli Stati. Conseguentemente, la stessa vulnerabilità, che ha assunto un ruolo decisivo nel riconoscimento delle obbligazioni positive, si trova ad assumere un ruolo altrettanto rilevante nella valutazione della proporzionalità del potere discrezionale esercitato dagli Stati membri nel contesto migratorio, ed in particolare relativamente al ricorso alla clausola discrezionale nell'ambito del sistema di Dublino nell'UE ed alla non arbitrarietà del ricorso allo strumento di controllo degli accessi al territorio nazionale, quali la detenzione amministrativa.

Nel caso del sistema di Dublino nell'UE, la vulnerabilità si qualifica come elemento costante dell'argomentare giuridico delle corti regionali e dei meccanismi di controllo onusiani. Infatti, in una serie di casi in cui il Comitato dei diritti umani è stato chiamato a valutare la legittimità del rifiuto da parte delle autorità danesi di esaminare le domande di protezione internazionale avanzate da famiglie con minori (rifiuto che derivava dal fatto che l'Italia era il paese di primo approdo in applicazione dei criteri del Regolamento di Dublino),<sup>48</sup> l'argomento della vulnerabilità individuale dei ricorrenti è venuto in rilievo all'interno della valutazione individuale del rischio, come limite alla discrezionalità degli Stati membri nell'attuazione del regolamento di Dublino. Si impone così agli Stati un onere di *due diligence* particolarmente stringente nel verificare che lo Stato di accoglienza fornisca garanzie adeguate. In particolare, il Comitato dei diritti umani ha riconosciuto come la vulnerabilità dei ricorrenti in qualità di richiedenti asilo, unitamente ai fattori dell'età e del genere, debba essere oggetto di valutazione, così come le indicazioni sull'esperienza passata degli individui rimossi dal 'paese di primo asilo'. Queste ultime, in particolare, permettono di individuare i rischi specifici che i ricorrenti potrebbero trovarsi ad affrontare nel caso di re-invio nel paese di primo approdo in applicazione dei criteri di Dublino. Nei casi in esame, ad essere state esaminate sono state, in particolare, la non adeguata considerazione del contesto familiare e della specifica esperienza personale dei soggetti coinvolti, nonché l'omissione di una qualsivoglia valutazione concreta dei rischi di espulsione, in particolare per i bambini nati

<sup>48</sup> Comitato per i diritti umani ONU, *Raziyeh Rezaifar v. Denmark* comunicazione no. 2512/2014 del 10 aprile 2017; *Y.A.A. and F.H.M. v. Denmark* comunicazione no. 2681/2015 del 21 aprile 2017; e *R.A.A. and Z.M. v. Denmark*, comunicazione no. 2608/2015 del 15 dicembre 2016.

in Danimarca. Segnatamente, le autorità avevano omesso di considerare il fatto che un permesso di soggiorno rinnovabile avrebbe effettivamente protetto i ricorrenti ed i loro figli dalla povertà e da condizioni di vita indegne. Nessun peso era infatti stato dato all'età dei minori ed alle loro condizioni familiari nel momento della richiesta di assicurazioni da parte del paese di primo approdo.

Un ragionamento analogo è stato di recente proposto – sia pur in un'unica pronuncia – dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea. In origine, infatti, la posizione della Corte di giustizia era stata chiara nel limitare le ipotesi di operatività della discrezionalità nazionale nell'applicazione dei criteri del Regolamento Dublino<sup>49</sup> ai soli casi in cui mancassero in maniera sistematica procedure nazionali di asilo e condizioni di accoglienza adeguate. Invece, nel recente caso *C.K.*<sup>50</sup>, la Corte di giustizia ha ammesso un'ulteriore ipotesi di superamento del principio generale di mutua fiducia tra gli Stati membri, e dunque della presunzione di parità di rispetto da parte di tutti gli Stati membri dei diritti fondamentali. Alle carenze sistemiche la Corte ha infatti aggiunto anche quelle che interessano l'assistenza sanitaria ed il sostentamento di “persone particolarmente vulnerabili”, come madre e figlio. Più precisamente, a giudizio della Corte, il cattivo stato di salute dell'individuo diviene una circostanza aggravante, in grado di abbassare la soglia di tutela prevista dall'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, come pure un elemento di apprezzamento della gravità di un trattamento, capace di orientare il cursore da trattamenti inumani e degradanti a tortura, condizionando così fortemente la *due diligence* nazionale richiesta nei casi di trasferimenti infra-statali ai sensi del sistema di competenza di Dublino.

Passando a considerare l'impatto della vulnerabilità sul piano della valutazione della legittimità e proporzionalità della detenzione amministrativa, è solo in maniera implicita che la vulnerabilità trova un proprio riconoscimento nella giurisprudenza internazionale, ed in particolare in quella del Comitato dei Diritti umani e della Corte di Giustizia dell'Unione europea. Segnatamente, viene dato spazio all'argomento vulnerabilità quando si tratta di interpretare la nozione di 'arbitrarietà' al fine di includervi i concetti di inadeguatezza e ingiustizia della detenzione dei richiedenti asilo che siano entrati illegalmente in uno Stato per un

<sup>49</sup> Regolamento (UE) 604/2013 del 26 giugno 2013 che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide (rifusione) GUUE L 180/31 29.6.2013.

<sup>50</sup> CGUE, *C. K., H. F., A. S.*, Causa C-578/16 PPU, 16 febbraio 2017, ECLI:EU:C:2017:127.

breve periodo iniziale a fini identificativi<sup>51</sup>. Da un lato, infatti, il Comitato sui diritti umani ha messo in evidenza come la decisione nazionale sulla detenzione amministrativa degli immigrati debba anche tenere conto, caso per caso, delle esigenze dei minori e della condizione di salute mentale dei detenuti, così indirettamente introducendo la nozione di vulnerabilità specifica.

D'altro lato, la Corte di giustizia ha utilizzato l'argomento della vulnerabilità nel valutare la necessità, non arbitrarietà e residualità del trattamento amministrativo di richiedenti asilo ammesso dalla direttiva relativa alle condizioni di accoglienza<sup>52</sup>. Segnatamente, ad avviso della Corte, le vulnerabilità per età e salute determinano una presunzione favorevole alla non detenzione, con un controllo regolare e un supporto su misura, con eccezioni per casi debitamente giustificati e per un periodo ragionevole (il più breve possibile), quando un richiedente sia trattenuto in un posto di frontiera o in una zona di transito.

Analogamente, nella giurisprudenza della Corte EDU la vulnerabilità legata alla minore età assume rilevanza nella valutazione della proporzionalità della discrezionalità degli Stati nell'imporre misure detentive. Segnatamente, essa è stata funzionale all'abbreviazione della durata della detenzione, e al miglioramento delle norme minime nelle strutture di detenzione. Nel caso *Kanagaratnam e altri*<sup>53</sup>, in cui il periodo di detenzione contestato era di quattro mesi, i minori avevano tredici, undici e otto anni, mentre in *Muskhadzhiyeva e altri*<sup>54</sup> e *Popov*<sup>55</sup>, i minori coinvolti erano di sette mesi, tre e mezzo, cinque e sette anni e la durata della detenzione era, per alcuni ricorrenti di cinque mesi, per altri di tre anni. La durata del periodo di detenzione è stata definita dalla Corte eccessiva in quanto percepita dai ricorrenti come infinita, considerando l'inade-

<sup>51</sup> Comitato dei diritti umani, *M.M.M. c. Australia*, comunicazione no 2136/2012, 25 luglio 2013, par. 10.3; *F.K.A.G. c. Australia*, comunicazione no 2094/2011, 26 luglio 2013, par. 9.3; *Hamadie Al-Gertani v. Bosnia-Erzegovina*, comunicazione no 1955/2010, 1 novembre 2013, par. 10.3; *Hew Raymond Griffiths c. Australia*, comunicazione no 1973/2010, 21 ottobre 2014, par. 7.2.

<sup>52</sup> Direttiva 2013/33 del 26 giugno 2013 recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale (rifusione) GUUE 180/96 29.6.2013, articolo 8, paragrafo 2 e in relazione cfr. sentenza della CGUE, *N.*, C-601/15 PPU, 15 febbraio 2015, punto 61 e *Arslan*, causa C-534/1, 30 maggio 2013, punto 63 in riferimento alla precedente Direttiva accoglienza 2003/9 del 27 gennaio 2003 recante norme minime relative all'accoglienza dei richiedenti asilo negli Stati membri che prevedeva condizionalità similari, GUUE 31/18 6.2.2003.

<sup>53</sup> Corte EDU, *Kanagaratnam e a.*, ricorso n. 15297/09, 13 dicembre 2011.

<sup>54</sup> Corte EDU, *Muskhadzhiyeva e a.* ricorso n. 41442/07, 12 ottobre 2006.

<sup>55</sup> Corte EDU, *Popov*, ricorso n. 39472/07 e 39474/07, 19 gennaio 2012.

guatezza delle strutture rispetto alle loro esigenze e, in particolare, alla loro età.

Più di recente<sup>56</sup>, la Corte EDU ha altresì attribuito rilievo ad una vulnerabilità diversa da quella legata all'età, ovvero quella in cui versano richiedenti asilo che soffrano di malattie mentali. Il caso specifico riguardava un cittadino dello Zimbabwe sottoposto a detenzione amministrativa in vista della sua espulsione. Nel ragionamento della Corte la vulnerabilità aggravata del ricorrente è stata funzionale a riconoscere che le autorità nazionali non avevano adempiuto al dovere di limitare la durata della detenzione al più breve tempo possibile. La procedura di determinazione dello status di rifugiato si era infatti protratta per circa due anni e dieci mesi, periodo chiaramente eccessivo considerata la particolare vulnerabilità del soggetto in questione.

### 7. Considerazioni conclusive

L'analisi delle recenti decisioni giurisprudenziali a livello internazionale in materia di immigrazione sin qui condotta ha ricostruito la nozione etica della vulnerabilità, quale base concettuale per la teoria dei diritti umani nel contesto della migrazione. La prima parte dell'indagine ha così enucleato una possibile giuridicità della nozione desumibile dalla nozione emergente di 'gruppi vulnerabili', dunque attraverso una ricostruzione della dimensione collettiva della nozione, che è andata poi progressivamente 'individualizzandosi'. Una siffatta individualizzazione, tuttavia, lungi dal presentarsi con connotati e finalità uniformi nel panorama della giurisprudenza internazionale (universale, come pure regionale) rivela invece una certa eterogeneità. Da un lato, infatti, la giurisprudenza che l'ha riconosciuta se ne è servita per rafforzare i diritti procedurali e sostanziali dei richiedenti asilo, in particolare limitando l'arbitrio degli Stati per quanto riguarda il ritorno e la detenzione di migranti. D'altro lato, la stessa giurisprudenza non ha mancato di derivarne un privilegio per gli Stati, concedendo loro una considerevole libertà nel valutare, caso per caso, chi ha diritto a (una più ampia) protezione in virtù della loro (maggiore) vulnerabilità.

La natura descrittiva della vulnerabilità, per quanto caleidoscopica, si è dimostrata capace di un significativo potenziale nell'interpretazione da parte degli organi di controllo del rispetto dei diritti umani a livello internazionale, come pure regionale, dei diritti degli immigrati – e, corre-

<sup>56</sup> Corte EDU, *S.S.M. c. Regno Unito*, ricorso n. 77450/12, 22 giugno 2017.

lativamente degli obblighi degli Stati. L'analisi condotta ha infatti chiarito i contorni della specialità del regime di protezione dei migranti che spaziano da regimi eccezionali o derogatori di protezione ad un'opera di adeguamento dei diritti processuali, con il riconoscimento di obbligazioni sostanziali (sociali) e di riparazione, ed effetti sul margine di apprezzamento degli Stati e dei relativi obblighi di *due diligence*. Tuttavia, nonostante la tendenza giurisprudenziale sembri positivamente avviata verso l'impiego della nozione di vulnerabilità in ambito migratorio, una grande dose di persistenza e di determinazione sarà necessaria affinché queste manifestazioni positive iniziali possano essere in grado di costituire una risposta efficace alle sfide attuali dei processi migratori.

**HEALTHCARE OF UNDOCUMENTED MIGRANTS  
FRAMED AS A *RIGHT TO EMERGENCY TREATMENT*?  
THE STATE OF THE ART IN EUROPEAN  
AND INTERNATIONAL LAW**

Stefano ANGELERI\*

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. European Human Rights Law and Healthcare for Irregular Migrants. – 3. International Human Right to Health between Vulnerability and Minimum Core Approach. – 4. Conclusions.

*1. Introduction*

An established maxim of international law is that the management of immigration, including the entry, residence and expulsion of aliens, is a matter of domestic sovereignty.<sup>1</sup> Although immigration control and enforcement have been defined as one of ‘the last bastion[s] of sovereignty’,<sup>2</sup> the domestic powers in this area, both legislative and executive, are not absolute, and international asylum and human rights law can provide a limit to arbitrary treatment of people on the part of national authorities.<sup>3</sup>

Human rights have become part of the international legal order since the aftermath of the second world war. Indeed, the Universal Declaration of Human Rights (‘UDHR’) qualifies every human being as a human rights holder.<sup>4</sup> The ‘common standards achievement’ which were urged

\* Doctoral researcher at the Irish Centre for Human Rights – National University of Ireland Galway, e-mail: s.angeleri1@nuigalway.ie.

<sup>1</sup> E.g., New York Declaration for Refugees and Migrants, G.A. Res. 71.1 of the 16 September 2016, A/RES/71/1, para. 24; ECtHR, *Case of Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. UK*, Applications Nos. 9214/81, 9474/81, Judgement 28 May 1985, para. 67; Article 79 of the International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families (‘CMW’), G.A. Res. No. 45/158, 18 December 1990.

<sup>2</sup> DAUVERGNE, *Sovereignty, Migration and the Rule of Law in Global Times*, in *The Modern Law Review*, 2004, vol. 67(4), pp. 600-601.

<sup>3</sup> Vienna Convention on the Law of Treaties, 1969, 1155 UNTS 331, Article 27.

<sup>4</sup> Universal Declaration of Human Rights, G.A. Res. 217 A, 10 December 1948, Article 1: ‘All human beings are born free and equal in dignity and rights. [...]’.

by the UDHR were later transformed into legal standards with, *inter alia*, the International Covenants ('ICCPR' and 'ICESCR'), and, as far as Europe was concerned, the European Convention of Human Rights ('ECHR') and the European Social Charter ('ESC').<sup>5</sup> Notwithstanding the development of general European and international human rights law, when the rights of migrants are at stake, narratives of emergency, crisis, border control, security and limited resources counterweigh their belonging to the *human* family and can lead to *de jure* and *de facto* limitations of rights.

This phenomenon is even more acute in relation to irregular migrants, whose existence represent a breach of the sovereign power to enforce border control and to exclude aliens from the state territory. Irregular migrants, who normally avoid contact with host states' authorities for fear of deportation, are often exposed to sub-standard living conditions, labour exploitation and social exclusion.<sup>6</sup> Not only is the enjoyment and vindication of rights of undocumented people problematic at domestic level due to the irregularity of their status, but their entitlements themselves are at times unevenly set out, also, in international law.<sup>7</sup>

The clash between sovereignty and human rights in the field of immigration, and the spread of bias towards perceived resource-dependant socio-economic rights have led to a situation in which irregular migrants' health is often treated as a matter of emergency, or, in any case, is cared for outside the framework of 'universal primary healthcare'.<sup>8</sup>

The word 'emergency' stands for 'a serious, unexpected, and often dangerous situation requiring immediate action'.<sup>9</sup> Describing interna-

<sup>5</sup> International Covenant on Civil and Political Rights, G.A. Res. 2200A (XXI), New York, 16 December 1966; International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, G.A. Res. 2200A (XXI), New York, 16 December 1966; Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, ETS. No. 5, Rome, 4 November 1950; European Social Charter, ETS. No. 35, Turin, 18 October 1961, and European Social Charter (Revised), ETS. No. 163, Strasbourg, 3 May 1996.

<sup>6</sup> For an overview of the precarious situations in which undocumented people live, see European Union Agency for Fundamental Rights, *Fundamental Rights of Migrants in an Irregular Situation in the European Union – Comparative Report*, Vienna, November 2011.

<sup>7</sup> I.e., Articles 28 and 43 of the CMW, cit.

<sup>8</sup> Declaration of Alma-Ata—Health for All, 12 September 1978. Herein, at VI 'primary health care is essential healthcare [...] universally accessible [...], the first level of contact of individuals [...] with the national health system. [...] It addresses the main health problems in the community, providing promotive, preventive, curative and rehabilitative services' and 'includes at least [...] appropriate treatment of common diseases [...] and provision of essential drugs'.

<sup>9</sup> 'Emergency.' *Oxford Dictionaries*, <https://en.oxforddictionaries.com> (last access 26 June 2017).

tional migration, including irregular migration, as an unexpected circumstance or as caused by unexpected circumstances is inaccurate.<sup>10</sup> However, the media frequently qualify migration as ‘emergencies’ or ‘crises’ which could threaten security and resources in the receiving states.<sup>11</sup> More consistently, the word ‘emergency’ can be employed to depict the appalling conditions in which asylum seekers and undocumented people are often kept or reside<sup>12</sup> or it can be used in relation to their level of entitlements, including in the field of healthcare, under domestic and international law.

The World Health Organization (‘WHO’) considers that ‘emergency healthcare’ entails the treatment of critical or acute health conditions which requires an immediate medical response.<sup>13</sup> The exclusive focus on a right to *emergency care* leaves the prevention, promotion and treatment of non-severe or non-critical health situations outside the scope of the right to health. From the outset, it is worth mentioning that the formulation of a right to health in these terms for irregular migrants does not seem to comply with a textual and purposive interpretation of the international right to health as ‘the right of *everyone* to the enjoyment of the *highest attainable* standard of physical and mental health’.<sup>14</sup>

The following section will provide an overview of the norms and case-law concerning access to healthcare for undocumented people in the European framework for the protection of human rights. This analysis acknowledges that greater legal protection may be provided at domestic level rather than at supranational or international level.<sup>15</sup>

<sup>10</sup> The root-causes of migration are acknowledged, *inter alia*, in the New York Declaration, cit., para. 1: ‘Since earliest times, humanity has been on the move. Some people move in search of new economic opportunities and horizons. Others move to escape armed conflict, poverty, food insecurity, persecution, terrorism, or human rights violations and abuses. Still others do so in response to the adverse effects of climate change, natural disasters (some of which may be linked to climate change), or other environmental factors. Many move, indeed, for a combination of these reasons’.

<sup>11</sup> RAMJI-NOGALES, *Migration Emergencies*, in *Hastings Law Journal*, 2017, vol. 68, pp. 616-625.

<sup>12</sup> I.e., ECtHR, *Case of M.S.S. v. Belgium and Greece*, Application No. 30696/09, GC Judgement 21 December 2011; ECtHR, *Case of Rahimi v. Greece*, Application No. 8687/2008, Judgement 5 April 2011, paras. 85, 95-96.

<sup>13</sup> ‘Emergency Care.’ *World Health Organization*, <http://www.who.int/emergencies/systems/en/> (last access 29 May 2017). See also ‘Emergency-related’ terms in *Mosby’s Dictionary of Medicine, Nursing & Health Professions – Tenth Edition*, Elsevier, St. Louis, 2017, pp. 607-608.

<sup>14</sup> Article 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, cit., italics added.

<sup>15</sup> I.e., Article 53 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, Nice 2000, OJEC 2000/C 364/01; Article 53 of the European Convention of Human

## 2. European Human Rights Law and Healthcare for Irregular Migrants

The legal frameworks of the Council of Europe and the European Union, within their respective limits of competence, have both grappled with socio-economic conditions of undocumented people, although essentially reaffirming an emergency-approach in relation to their human right to health.

The European Convention on Human Rights is probably the most advanced jurisdictional system for the international legal protection of human rights. Although it sets forth essentially civil and political rights, the Court has long considered that ‘many of them have implications of a social or economic nature’ and ‘there is no water-tight division separating that sphere from the field covered by the Convention’.<sup>16</sup>

As far as health is concerned, Articles 2, 3 and 8 ECHR have been widely employed to ground claims on the lack of respect and protection for individual health.<sup>17</sup> For instance, when it was found that deaths had occurred because of the denial of access to appropriate health care, the Court ruled in favour of the applicants, finding violations of Article 2 ECHR. However, in these cases, only systemic and qualified state deficiencies, together with the special vulnerabilities of the deceased victims have led the Court to conclude that the state had not complied with its positive obligations in relation to the right to life.<sup>18</sup> The prohibition of

Rights, cit., Article H of the Revised Social Charter, cit.. For an overview of the domestic legal guarantees in this area, see SPENCER, HUGHES, *Outside and in: Legal Entitlements to Health Care and Education for Migrants with Irregular Status in Europe—COMPAS Report*, Oxford, 2015, pp. 9 - 29.

<sup>16</sup> ECtHR, *Case of Airey v. Ireland*, Application No. 6289/73, Judgement 9 October 1979, para. 26.

<sup>17</sup> Council of Europe/European Court of Human Rights, *Thematic Report - Health-related issues in the case-law of the European Court of Human Rights*, June 2015, available at [www.echr.coe.int/Documents/Research\\_report\\_health.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Research_report_health.pdf) (last access June 2017).

<sup>18</sup> For instance, in the *Case of Centre for Legal Resources on behalf of Valentin Câmpănu v. Romania*, Application No. 47848/08, GC Judgement 17 July 2014, the Court ruled on the case of a young Roma man, who was HIV positive and mentally disabled and had remained in state care for all his life. He died in a psychiatric hospital because of the inappropriate medical care and treatment he had been issued. The Grand Chamber found a violation of Article 2 of the Convention because the authorities had unreasonably put his life in danger notwithstanding his multi-layered vulnerability and in consideration of the proven medical inadequate care. In the *Case of Mehmet Şentürk and Bekir Şentürk v. Turkey*, Application No. 13423/09, Judgement 9 April 2013, paras. 84 – 97, the Court pointed out that ‘an issue may arise under Article 2 where it is shown that the authorities of a Contracting State put an individual’s life at risk through the denial of health care they have undertaken to make available to the population in general’ and this is the case when a pregnant woman dies as result of a ‘flagrant malfunctioning of the hospital departments’ including the deprivation ‘of the possibility of access to appropriate emergency care’.

torture and inhuman and degrading treatment, set forth in Article 3 ECHR, has also been relied upon in health-related cases. However, established and widespread case-law of the Court of Strasbourg indicates that the ill-treatment must attain a *minimum level of severity* to trigger the applicability of this norm. Furthermore, ‘the assessment of this minimum [level of severity] is, in the nature of things, *relative*, and it depends on all the circumstances of the case [...]’.<sup>19</sup> From this type of argument, it appears clear that the interference with individual health must be particularly suited to fit the material scope of these provisions, and that no freestanding right to health exists in the ECHR framework.

Focusing on migrants, a fluctuating case-law has developed in cases where the principle of *non-refoulement* is employed to prevent the deportation, removal or extradition of people with severe health conditions.<sup>20</sup> The overall trend in this case-law is to refer to the ‘relative’ assessment of minimum severity with a considerably high threshold, and in exceptional situations. In one such case, *A.S. v. Switzerland*, the Court held that ‘Article 3 does not place an obligation on the Contracting State’ to provide ‘free and unlimited health care to all aliens without a right to stay within its jurisdiction. A finding to the contrary would place too great a burden on the Contracting States’.<sup>21</sup> In the most recent of these cases, *Paposhvili v. Belgium*, the Grand Chamber of the European Court of Human Rights, by recalling its previous judgements in this field, clarified the scope of the exceptional circumstances in which severe health conditions can prevent the removal of aliens:

‘He or she, *although not at imminent risk of dying*, would face a *real risk*, on account of the absence of appropriate treatment in the receiving country or the lack of access to such treatment, *of being exposed to a serious, rapid and irreversible decline in his or her state of health resulting in intense suffering or to a significant reduction in life expectancy*’.<sup>22</sup>

<sup>19</sup> ECtHR, *Case of Kudla v. Poland*, Application No. 30210/96, GC Judgement 26 October 2000, para. 91. Emphasis and italics added.

<sup>20</sup> ECtHR, *Case of D. v. UK*, Application No. 30240/96, GC Judgement 2 May 1997, ECtHR, *Case of N. v. UK*, Application No. 26565/05, Judgement 27 May 2008, and ECtHR, *Case of Paposhvili v. Belgium*, Application No. 41738/10, GC Judgement 13 December 2016, paras. 172-183.

<sup>21</sup> ECtHR, *Case of A.S. v. Switzerland*, Application No. 39350/13, Judgement 30 June 2015, para. 31. When a case raises issues concerning the allocation of resources, the Court makes wide use of the concept of ‘margin of appreciation’, i.e., ECtHR, *Case of Da Conceição Mateus and Santos Januário v. Portugal*, Application Nos. 62235/12, 57725/12, Decision 8 October 2013, para. 22.

<sup>22</sup> ECtHR, *Case of Paposhvili v. Belgium*, cit., para. 183. Emphasis and italics added.

This overall restrictive and exceptional approach is not very surprising: in such cases the application of the principle of *non-refoulement* would affect the essence of the sovereign power to control immigration, by granting a ‘right to stay’.

Shifting to a more jurisdictional perspective, and outside of ‘removal cases’, the approach of the Court in relation to social care (and *mutatis mutandis* health care) of irregular migrants is clarified by comparing the arguments in *M.S.S.*, on the one side, and in *Hunde*, on the other.<sup>23</sup> Very briefly, the former concerned severe socio-economic deprivation to which asylum seekers were exposed in Greece, while the latter involved a claim of emergency social care for irregular migrants in the Netherlands. Whereas the dire living conditions and the vulnerability of asylum seekers led the Court to find a violation of Article 3 ECHR in *M.S.S.*, the lack of status of asylum seeker and of a situation of ‘extreme poverty’ did not qualify Mr. Hunde as sufficiently ‘vulnerable’ and suitable to fall under the protection of the same article. This resulted in a declaration of inadmissibility of the application as it was deemed to be manifestly ill-founded. Unlike *Hunde*, the Court categorised irregular migrants as vulnerable people in the recent Judgement on the case of *Chowdury and Others v. Greece*.<sup>24</sup> Notwithstanding this important statement, the finding of ‘vulnerability’ is therein linked to the concrete situation of the case which concerned trafficked (irregular) migrants, kept in dire living and working conditions, and subjected to forced labour which is covered by Article 4(2) of the ECHR.<sup>25</sup> Once again, irregular migrants are protected in extreme cases of compounded vulnerability.<sup>26</sup>

The findings of the cited case-law clearly depict the Strasbourg Court’s approach in relation to social and health care for undocumented migrants as being inspired by a logic of emergency and exceptional positive obligations. The Court seems to be reluctant to further develop the normative content of states’ obligations around health protection<sup>27</sup>. Due

<sup>23</sup> ECtHR, *Case of M.S.S. v Belgium and Greece*, cit., paras. 251, 254; ECtHR, *Case of Hunde G.I. v. The Netherlands*, Application No. 17931/16, Decision 5 July 2016, paras. 55, 59.

<sup>24</sup> ECtHR, *Case of Chowdury and Others v. Greece*, Application No. 21884/15, Judgement 30 March 2017, para. 97 : ‘la Cour note que les requérants ont commencé à travailler alors qu’ils se trouvaient dans une situation de vulnérabilité, en tant que migrants en situation irrégulière n’ayant pas de ressources et courant le risque d’être arrêtés, détenus et expulsés. [...]’.

<sup>25</sup> Ivi, paras. 92-101.

<sup>26</sup> For further details on the concept ‘vulnerability’, also in the European human rights framework, see the Chapter of IPPOLITO in this volume.

<sup>27</sup> ECtHR, *Case of Cyprus v. Turkey*, Application No. 25781/94, 10 May 2001, para. 219; *Şentürk and Şentürk* cit..

to its material limitations, the underpinning interests of legal protection are merely the subsistence and the psychophysical integrity of the person, rather than the individual highest attainable standard of health.

Whereas the ECHR does not directly grapple with the right to health, this right features in the material scope of another core treaty of the Council of Europe: the European Social Charter.<sup>28</sup> Most relevantly, Article 11 of the ESC sets forth obligations to provide curative, promotional and preventive health with individual and collective measures, and Article 13 provides the legal basis for the right to social and medical assistance for people ‘without adequate resources’.

Although the ESC specifically deals with the right to health, it is overall a weaker instrument than the ECHR. Among other structural issues, its monitoring body, the European Committee of Social Rights (‘ECSR’), does not have the authority of a court of law,<sup>29</sup> states can perform what is essentially a ‘provision shopping’ of its Articles,<sup>30</sup> and its Appendix excludes ‘unlawful’ migrants from its competence *ratione persone*. This is an unusual circumstance for a real *human rights* treaty. This textual limitation has not, however, prevented the ECSR from partially extending the personal scope of the treaty to irregular migrants: arguing on the complementary nature of the ESC and the ECHR (the latter has a universal personal scope), on human dignity, and on the indivisibility of human rights, the Committee has ruled out the domestic measures that excluded irregular migrants from medical assistance.<sup>31</sup> The ECSR also justified this extension with the reminder that the Charter, as an instrument of international law, must be interpreted ‘in the light of other applicable rules of international law’.<sup>32</sup> Finally, so as to realise its aim and achieve the object of the treaty, individual rights and respective state

<sup>28</sup> European Social Charter, cit..

<sup>29</sup> Although the ESC sets forth legal obligations of an international nature, its monitoring body has competence to issue ‘conclusions’ and ‘decisions’ which have a recommendatory force, see Articles C, D of the European Social Charter-Revised, cit.; Article 6 of the Additional Protocol to the European Social Charter, ETS. No. 128, Strasbourg 5 May 1988; Articles 9 and 12 Additional Protocol to the European Social Charter Providing for a System of Collective Complaints, ETS. No. 158, Strasbourg, 9 November 1995.

<sup>30</sup> Article 20 of the ESC and Article A of the ESC-Revised, cit., regulate the so-called ‘à la carte’ approach. This means that state parties have the faculty to choose the articles of the ESC into which they may opt in and opt out.

<sup>31</sup> ECSR, *Case of International Federation of Human Rights League (FIDH) v. France*, Complaint No. 14/2003, Decision 8 September 2004, paras. 26-32.

<sup>32</sup> ECSR, *Case of Defence for Children International (DCI) v. The Netherlands*, Complaint No. 47/2008, Decision 20 October 2009, para. 35; ECSR, *Case of Conference of European Churches (CEC) v. The Netherlands*, Complaint No. 30/2013, Decision 1 July 2014, para. 68.

obligations should not be excessively restricted.<sup>33</sup> Although most of the decisions of the ECSR concerned the extension of medical assistance to undocumented children, the Committee has made clear that, at least, emergency care – which is interconnected with the realisation of other fundamental rights – should be provided to *all* irregular migrants.<sup>34</sup> Once again, the standard of healthcare for undocumented people according to European human rights bodies appears characterised by an emergency approach.

This logic seems to be shared in EU law as well. However, the limitations of EU competence in the areas of human rights, immigration and healthcare vis-à-vis states parties' retention of sovereignty must be acknowledged. The European Union, which is the result of progressive and steady economic and political integration between some European States since 1957, has gradually extended its competence in the field of immigration from the late 1980s.<sup>35</sup> Today, immigration and asylum are fields in which the Union shares legislative competence with its member states.<sup>36</sup> Further to that, in the distribution of powers, the organisation of healthcare is a matter of national competence.<sup>37</sup> It is also worth remembering that the Treaty of Lisbon (2007) granted the EU Charter of Fundamental Rights ('CFR' or 'Charter')<sup>38</sup> – which also contains the right to healthcare – the same legal value as the treaties; however, it reiterated that this would not 'extend in any way the competences of the Union as defined in the Treaties'.<sup>39</sup>

As part of the EU secondary legislation, the Return Directive establishes rules concerning access to medical care for irregular migrants while return is pending. The minimum standard established therein is 'emergency health care and essential treatment of illness'.<sup>40</sup> The Directive (and the provision of care therein) does not apply to all unauthor-

<sup>33</sup> ECSR, *DCI*, cit., para. 36.

<sup>34</sup> ECSR, *CEC*, cit., paras. 73, 75; ECSR, *European Federation of National Organisations working with the Homeless (FEANTSA) v. The Netherlands*, Complaint No. 86/2012, 2 July 2014, paras. 171, 173, 182-183, 186.

<sup>35</sup> For an overview, see BOELES et al., *European Migration Law*, 2<sup>nd</sup> ed., Cambridge/Antwerp/Portland, 2014.

<sup>36</sup> Article 4 and Title V of the Consolidated Version of the Treaty on the Functioning of the European Union ('TFEU'), OJEU 2016/C 202/01.

<sup>37</sup> Article 168(7) of the TFEU, cit..

<sup>38</sup> Charter of Fundamental Rights of the European Union, cit..

<sup>39</sup> Article 6(2) of the Consolidated Version of The Treaty on European Union ('TEU'), OJEU 2016/C 202/01.

<sup>40</sup> Directive 2008/115/EC of 16 December 2008 on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third-country nationals OJ 2008 L 348/98.

ised migrants on the Union's territory but it comes into play as a binding instrument only during the pre-deportation detention or during the period of voluntary departure of the migrant. The Court of Justice of the European Union ('CJEU') interpreted this standard in the *Abdida* case as:

'to make provision, in so far as possible, for the basic needs of a third country national suffering from a serious illness to be met, in order to ensure that such a person may in fact avail himself of emergency health care and essential treatment of illness during the period in which the Member State concerned is required to postpone removal of the third country national following the lodging of an appeal against a decision ordering that person's return'.<sup>41</sup>

Furthermore, the CJEU, which also referred to the case law of the ECtHR on non-refoulement for health reasons, interpreted 'a serious risk of grave and irreversible deterioration in his state of health' as a limit to the deportability of the irregular third-country national who already suffered from serious illness.<sup>42</sup>

Moreover, in *Abdida*, the CJEU raised issues of compatibility of the domestic practice with, *inter alia*, Article 19(2) CFR on non-refoulement, but refused to make mention of Article 35 CFR on the right to health, regardless of the recommendation of the Advocate General in that regard.<sup>43</sup>

Unfortunately, the jurisprudence of the CJEU has not clarified the exact scope of the right to health as of Article 35, first sentence, CFR, which sets forth a 'right of access to preventive health care and [...] medical treatment, *under the conditions established by national law* [...]'.<sup>44</sup> To date, the CJEU has mainly focused its attention on the second sentence of Article 35 CFR - which grapples with the collective dimension of the right to health as 'high level of human protection [...] in the definition and implementation of the all Union policies and activities' - rather than defining the normative content of the individual right to health.<sup>45</sup> Finally, considering the rules of interpretation of the Charter, it is very unlikely that EU law on fundamental rights will develop the right to healthcare for irregular migrants beyond emergency care: while Article 52(3) CFR tends to align the scope of the provisions of the Charter

<sup>41</sup> CJEU, *Case of Centre public d'action sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve v. Moussa Abdida*, C-562/13, Judgment of 18 December 2014, par. 62.

<sup>42</sup> *Ivi*, paras. 50, 63-64.

<sup>43</sup> Opinion of Advocate General, 4 September 2014, paras. 12, 155.

<sup>44</sup> Article 35 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, *cit.*, italics added.

<sup>45</sup> BESTAGNO, *La Tutela della Salute tra Competenze dell'Unione Europea e degli Stati Membri*, in PINESCHI (ed.), *La Tutela della Salute nel Diritto Internazionale ed Europeo tra Interessi Globali e Interessi Particolari*, Napoli, 2017, pp. 137-153.

with those of the ECHR, the ‘Explanations’<sup>46</sup> of Article 35 CFR refer to the European Social Charter. As previously highlighted, both the ECHR and the ESC treat the ‘health of undocumented people’ as a matter of emergency and as an exception to their material and personal scope respectively. Regardless of the EU legislative limitations due to the ‘principle of conferral’,<sup>47</sup> it is worth recalling that the EU Commission recently adopted the ‘EU Pillar on Social Rights’, a soft-law initiative aimed at guiding the future action of states and EU institutions in compliance with more visible social rights. Although this recommendation frames the universal right to healthcare with a wording<sup>48</sup> that is closer to that of the UN instruments and their treaty bodies’ normative interpretations,<sup>49</sup> no mention is made of migrants nor of undocumented people. The same shortcoming emerges from the documents adopted in the context of the ongoing Council of Europe’s Turin Process for strengthening the ESC’s system.<sup>50</sup>

The next section will show to what extent international human rights law, unlike European human rights law, tends to go beyond an emergency approach to healthcare. In particular, the Committee on Economic Social and Cultural Rights’ understanding of ‘vulnerability’ and ‘minimum core obligations’ can guide human rights arguments over and above the life-saving approach to health for migrants with irregular status.

### *3. International Human Right to Health between Vulnerability and Minimum Core Approach*

The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (‘ICESCR’) is the most authoritative general treaty of interna-

<sup>46</sup> Explanations relating to the Charter of Fundamental Rights, OJEU 2007/C 303/02.

<sup>47</sup> Article 5 of the TEU, cit..

<sup>48</sup> EU Commission Recommendation of 26 April 2017 on the European Pillar of Social Rights, C (2017) 2600 final ‘16. Healthcare. Everyone has the right to timely access to affordable, preventive and curative health care of good quality’. See also the explanatory Commission Staff Working Document, Accompanying the Communication of the European Commission [...] Establishing a European Pillar of Social Rights (COM (2017) 250 final), SWD (2017) 201 final, available at [https://ec.europa.eu/commission/priorities/deeper-and-fairer-economic-and-monetary-union/european-pillar-social-rights\\_en](https://ec.europa.eu/commission/priorities/deeper-and-fairer-economic-and-monetary-union/european-pillar-social-rights_en) (last access 17 June 2017).

<sup>49</sup> On the normative content of the right to health in the ICESCR, see section 3 below.

<sup>50</sup> Documents available at <https://www.coe.int/en/web/turin-european-social-charter/turin-process> (last access 17 June 2017).

tional human rights law in the area of socio-economic rights. Indeed, it is one of the instruments which compose the International Bill of Rights, together with the International Covenant on Civil and Political Rights and the Universal Declaration of Human Rights. Article 12 of the ICESCR frames the right to health as the right to enjoy a variety of ‘facilities, goods, services and conditions necessary for the realisation of the *highest attainable standard of physical and mental health*’.<sup>51</sup> Articles 2 and 12 of this treaty create state obligations to take immediate steps, within the limit of maximum available resources, for the progressive and future full realisation of the right to health for ‘everyone’. Although the general obligations of the ICESCR are ‘progressive’ in nature, the treaty also imposes obligations of immediate effect, amongst which is the duty of non-discrimination enshrined in Article 2(2), including, implicitly, non-discrimination on the grounds of nationality and legal status.<sup>52</sup>

The authoritative interpretation of this provision by the monitoring body of the ICESCR, namely the Committee on Economic, Social and Cultural Rights (‘CESCR’), has provided several classifications of the normative content of the right to health and respective state duties. First, the Committee defines the scope of this right as extending to factors and conditions which protect and promote the right to health beyond the sole provision of ‘healthcare’ services, goods and facilities, showing that the right to health is dependent on, and contributes to the realisation of many other human rights.<sup>53</sup> Moreover, services, goods, facilities and conditions, which are necessary to realise the highest attainable standard of health, must be available, accessible, acceptable and of good quality.<sup>54</sup> This approach is defined as the ‘AAAQ’ framework: it describes the essential elements of the right to health (i.e., availability, accessibility, acceptability and good quality) and represents a useful tool to attentively monitor state obligations in this respect.

<sup>51</sup> UN CESCR, *General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12 of the Covenant)*, E/C.12/2000/4, 11 August 2000, para. 9. Emphasis added.

<sup>52</sup> UN CESCR, *General Comment No. 20: Non-discrimination in Economic, Social and Cultural Rights (Art. 2, para. 2, of the Covenant)*, E/C.12/GC/20, 2 July 2009, para. 30.

<sup>53</sup> The ‘underlying determinants of health’, which together with ‘healthcare’ composes the scope of this right, are the ‘[...] access to safe and potable water and adequate sanitation, an adequate supply of safe food, nutrition and housing, healthy occupational and environmental conditions, and access to health-related education and information [...]’, UN CESCR, *General Comment No. 14*, cit., para. 11.

<sup>54</sup> Ivi, para. 12.

Finally, to reduce the possibility that obligations of a progressive nature could unduly delay the realisation of socio-economic rights, the Committee, from the 1990s, has embraced the concept of ‘minimum core obligations’. While the scholarship does not fully agree on a common conceptualisation of the minimum core approach,<sup>55</sup> the Committee identified the *rationale* of these obligations as the fact that ‘minimum essential levels of each right should be realised immediately’.<sup>56</sup> As far as the right to health is concerned, there is, *inter alia*, a minimum core obligation of ensuring ‘the right of access to health facilities, goods and services on a non-discriminatory basis, especially for vulnerable or marginalised groups’.<sup>57</sup> The Committee interprets this obligation as entailing that ‘essential elements of primary healthcare’<sup>58</sup> must be provided to everyone, including undocumented migrants as vulnerable people. Indeed, in contrast to the European framework of human rights, in international human rights law, undocumented people are considered ‘vulnerable *per se*’, without the need of any further type of personal disadvantage. The idea of vulnerability that the Committee appears to embrace derives from the greater difficulty of certain groups in society to enjoy and vindicate human rights on an equal basis with others.<sup>59</sup> This approach was recently clarified in a ‘Statement of the Committee on the Duties of States towards Refugee and Migrants’:<sup>60</sup> by recalling the guarantees of the ICESCR for migrants, the Committee focused on the prohibition of non-discrimination, on the previously mentioned minimum core obligations and on ‘the specific vulnerability of undocumented migrants’.<sup>61</sup>

The Committee made clear that ‘any distinction, exclusion, restriction or preference, or other differential treatment on the ground of nationality and legal status, should therefore be in accordance with the law, pursue a legitimate aim, and remain proportionate to the aim pursued’. Moreover, considering the text and purpose of the treaty, the

<sup>55</sup> FORMAN et al, *Conceptualising Minimum Core Obligations under the Right to Health: How should we Define and Implement the ‘Morality of the Depths’*, in *The International Journal of Human Rights*, 2016, vol. 20(4), pp. 531-548

<sup>56</sup> UN CESCR, *General Comment No. 3: The Nature of States Parties’ Obligations (Art. 2, para. 1, of the Covenant)*, E/1991/23, 14 December 1990, para. 10.

<sup>57</sup> UN CESCR, *General Comment No. 14*, cit., para. 43 a).

<sup>58</sup> *Ibid.*

<sup>59</sup> CHAPMAN, CARBONETTI, *Human Rights Protections for Vulnerable and Disadvantaged Groups: The Contributions of the UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights*, in *Human Rights Quarterly*, 2011, p. 683.

<sup>60</sup> UN CESCR, *Duties of States towards refugees and migrants under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights – Statement*, 13 March 2017, E/C. 12/2017/1.

<sup>61</sup> *Ivi*, section III.

above-mentioned minimum core obligations, complemented by the fact that all persons, including migrants, must have equal 'access to preventive, curative and palliative health services'<sup>62</sup> seems to outlaw laws and practices that reduce access to healthcare for undocumented migrants to emergency treatment only.

Whereas it may be said that emergency care is not the minimum acceptable standard of the universal right to health, it is not completely clear what 'essential primary health care'<sup>63</sup> means. The Concluding Observations of the CESCR adopt a terminology which ranges from 'basic', 'adequate', 'essential' healthcare for everyone, while often expressing 'concern' about the uneven access for undocumented people.<sup>64</sup>

Although the CESCR, in its monitoring activity and General Comments, interprets the right to health as a norm of universal personal application, at least in its core content, the international context is somewhat complicated by the little-ratified Convention of Migrant Workers ('CMW'). This Convention explicitly limits the right to health of undocumented migrants 'to medical care that is urgently required for the preservation of their life or the avoidance of irreparable harm to their health'.<sup>65</sup> However, this divergence of standards is addressed by the monitoring body of the CMW which, by making use of a contextual interpretation of applicable standards, clarified that this provision, 'read together with other international human rights instruments, may create broader obligations for States parties to both instruments'.<sup>66</sup>

The minimum core approach ('MCA'), which focuses on non-discrimination and vulnerability, appears to be a pragmatic but acceptable compromise to extend a responsive healthcare to community outsiders like irregular migrants. Minimum core obligations, analysed in the context of general obligations of a progressive nature, grant a certain discretion to states in implementing elements (*rectius*: 'services', 'goods' and 'conditions' necessary for the realisation) of the right to health which fall outside the 'core'. Nevertheless, at the same time, these obligations are designed to safeguard certain minimum acceptable stand-

<sup>62</sup> UN CESCR, *General Comment No. 14*, cit., para. 34.

<sup>63</sup> UN CESCR, *General Comment No. 14*, cit., para. 43, emphasis added. For a definition of 'primary health care', see the extract from the Declaration of Alma-Ata, cit..

<sup>64</sup> ANGELERI, *The Impact of the Economic Crisis on the Right to Health of Irregular Migrants, as Reflected in the Jurisprudence of the UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights*, in *European Journal of Migration and Law*, 2017, vol. 19(2), p. 187.

<sup>65</sup> Article 28 of the CMW, cit..

<sup>66</sup> UN CMW, *General Comment No. 2 on the rights of migrant workers in an irregular situation and members of their families*, 28 August 2013, CMW/C/GC/2, para 72.

ards for the most vulnerable against targeted or retrogressive measures.<sup>67</sup> While greater precision of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights is desirable in order to clearly identify what ‘essential primary health care’ means, the rationale of the MCA suggests that this terminology should indicate the establishment of basic health-related entitlements that respond to the most common health needs of a community, without requiring situations of emergency to trigger the legitimate protection of individual health.

This framework is also substantially harmonised with the United Nations-led project of Universal Health Coverage (‘UHC’) as a part of the post-2015 Sustainable Development Goals, in particular goal 3.8 that aims to achieve ‘access to quality essential health-care services and access to safe, effective, quality and affordable essential medicines and vaccines for all’.<sup>68</sup> On several occasions, the UN General Assembly and the World Health Assembly, the latter being the decision-making body of the WHO, have clarified the meaning of UHC as including ‘access, without discrimination, to nationally determined sets of the needed promotive, preventive, curative and rehabilitative basic health services [...] with a special emphasis on the poor, vulnerable and marginalized segments of the population’.<sup>69</sup>

This section demonstrated that legal and political debates at international level revolve around a more generous level of standards for *everyone*, and in particular for the most vulnerable segments of the population. The vocabulary and the employed arguments easily guarantee at least essential primary health care to undocumented people, beyond an emergency-oriented paradigm.

#### 4. Conclusions

The previous sections have demonstrated the extent to which European and international human rights frameworks differ in relation to entitlements to healthcare for irregular migrants: the former mirrors an emergency and control-based approach, the latter is more genuinely uni-

<sup>67</sup> ANGELERI, cit., pp. 182-187.

<sup>68</sup> UN GA Res. 70/1, 25 September 2015, *on Transforming our World: the 2030 Agenda for Sustainable Development*.

<sup>69</sup> UN GA Res. 67/81, 12 December 2012, *Global Health and Foreign Policy*; WHA Res. 69.1, 27 May 2016, *Strengthening Essential Public Health Functions in Support of the Achievement of Universal Health Coverage*. See FORMAN et al., *What Do Core Obligations under the Right to Health Bring to Universal Health Coverage?* in *Health and Human Rights Journal*, 2016, Vol. 18(2), pp. 23-34.

versal. However, whereas the European Courts and the European Committee of Social Rights face challenges of limited competence in this area, the Committee on Economic, Social and Cultural Rights has developed a highly protective jurisprudence outside any jurisdictional case, namely in General Comments and Concluding Observations.

To reduce what seems to be a divergence of arguments in the international case-law and thus guarantee a harmonised dialogue between human rights adjudicators, the following lines recommend some human rights-oriented suggestions for improvement, at both European and international levels.

Concerning the European human rights framework, in order to move beyond the current emergency approach and frame the access of undocumented migrants to health care as a genuine universal entitlement, it is suggested that the personal scope of the European Social Charter be universally extended. Indeed, the European Social Charter is the key regional instrument which protects and promotes socio-economic rights in the Old Continent. Considering that this amendment is not currently on any European agenda, the European Committee of Social Rights should begin to align its interpretative techniques with the 'minimum core approach'. The ECSR has only minimally hinted at this approach and has evolved its findings concerning the states' compliance to the Charter around an 'European average' approach.<sup>70</sup> Adding the MCA to the interpretative and monitoring tools of the ECSR would allow the provision of, *inter alia*, essential primary healthcare services for everyone on a non-discriminatory basis, and, in turn, the provision of a fixed minimum threshold of care. Finally, in the dialogue between 'courts', this approach might be relied upon or referred to by both the European Courts in Strasbourg and Luxemburg, as a result of the principle of interdependence and of the indivisibility of human rights, and by way of contextual interpretation of rights at EU level.

At international level, regardless of the much-welcomed development of the MCA, which is vulnerability-centred and hence applicable to irregular migrants, greater clarification of this concept in its concrete application is advisable, perhaps in the context of the newly-established individual complaint mechanisms for the ICESCR.<sup>71</sup> This is a case-based and quasi-legal system of state accountability, similar to the well-known

<sup>70</sup> LOUGARRE, *What Does the Right to Health Mean? The Interpretation of Article 11 of the European Social Charter by the European Committee of Social Rights*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2015, Vol. 33(3), pp. 342-346.

<sup>71</sup> Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, G.A. Res. A/RES/63/117, 10 December 2008.

system of applications to the European Court of Human Rights. This avenue would favor the development of a jurisprudence of greater detail which generally characterises case-based decisions. An enhanced clarity of arguments at international level on the range of services which primary health care entails, in addition to assisting states to comply with treaty obligations in the context of reporting mechanisms, would permit a dialogue of increased quality between international and regional human rights adjudicators, and guide a normative progress beyond the emergency approach to healthcare for undocumented people.

# HIGHER EDUCATION AS A HUMAN RIGHT AND THE REFUGEE CRISIS

Heidi R. GILCHRIST\*

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. Higher Education as a Human Right. – A. Right to Higher Education under International Law. – B. Right to Education Under United States Law. – C. Right to Higher Education Under European Union Law. – D. Higher Education is a Right, Not a Luxury. – 3. Impact in the Refugee Crisis – The Syrian Example. – 4. Higher Education as a Counterterrorism Measure. – 5. Conclusion.

## *1. Introduction*

Although the right to primary education enjoys broad recognition in human rights law, the human right to higher education is not as fully developed. However, the right to higher education is just as important and is an integral part of the right to education. Although the right to higher education may sound lofty or like a luxury at first glance, it is not. To deny someone with capacity access to higher education is to deny them their full dignity and potential as a human being. By making higher education a human right, we can change the dialogue about higher education. No longer should elite colleges be considered only accessible to the wealthy, but to those with the capacity and ability. And everyone who has capacity should be able to attend college. In the United States, we have reached a point of crisis. Costs at many elite institutions are estimated to be between \$60,000 to almost \$80,000 per year and yet the median household income in the United States in 2015 was \$53,718. On a global level, recognizing the human right to higher education has counter-terrorism benefits. We need diverse, educated, innovative thinking to combat terrorism. And, in war-torn countries such as Syria, we cannot risk a ‘lost generation’ who lack education to rebuild Syria or integrate into the host country in which they are living. We do not want a

\* Assistant Professor of Legal Writing at Brooklyn Law School; Lecturer-in-Law at Columbia Law School. This paper is an excerpt of a paper forthcoming 16 Wash. U. Global Studies L. Rev. xx (2018).

fertile ground for more terrorist groups to grow in. But, at the most basic level, a human right to higher education is simply correct.

## 2. Higher Education as a Human Right

### A. Right to Higher Education under International Law

There is both broad language in international law recognizing the right to education and specific language regarding the right to higher education. Article 26 of the Universal Declaration of Human Rights (UNDHR) recognizes the right to education, stating “Everyone has a right to education” and “higher education shall be equally accessible to all on the basis of merit.”<sup>1</sup> Although the Declaration is not binding, it has strong moral authority as it is generally agreed to be the foundation of international human rights law<sup>2</sup> and much of it has acquired the status of customary international law.<sup>3</sup>

The United Nations International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR) of 1966 declares, in Article 13, “The States Parties to the present Covenant recognize the right of everyone to education” and that “higher education shall be made equally accessible to all, on the basis of capacity, by every appropriate means, and in particular by the progressive introduction of free education.”<sup>4</sup> The ICESCR is incredibly important for discussing the right to higher education as it is a legally binding document on state parties and is widely recognized with 165 state parties, and five signatories.<sup>5</sup> The language shifted from “merit”, as referred to under article 26 UNDHR, to “capacity” to include those who come from disadvantaged backgrounds.<sup>6</sup> Capacity must be looked at broadly to include those who may not have benefited from a strong primary and secondary education, but nonetheless have the capacity for further study. Also, the aspirational nature of the right is evident as the cost of education is very high so

<sup>1</sup> Art. 27, Universal Declaration of Human Rights (Dec. 10, 1948).

<sup>2</sup> <http://www.un.org/en/sections/universal-declaration/foundation-international-human-rights-law/>.

<sup>3</sup> See HURST HANNUM, *The Status of the Universal Declaration of Human Rights in National and International Law*, in *Ga. J. of Int'l & Comp. L.* 287, 353-54 (1995/1996).

<sup>4</sup> International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Dec. 16, 1966, 993 U.N.T.S. 3 [hereinafter ICESCR] (entered into force Jan. 3, 1976).

<sup>5</sup> <http://indicators.ohchr.org/> The United States is one of the five signatories.

<sup>6</sup> K. D. BEITER, *The Protection of the Right to Education by International Law* 97 (2006).

states are only required to have higher education that is “equally accessible” and free higher education is a goal.<sup>7</sup>

The Convention on the Rights of the Child is the most widely ratified treaty with 196 states parties and one signatory – the United States.<sup>8</sup> Therefore, it is an important source of the human right to higher education. Article 28 of the Convention on the Rights of the Child states that signatories should “make higher education accessible to all on the basis of capacity by every appropriate means” and should “make primary education compulsory and available free to all.”<sup>9</sup> The treaty differentiates between primary education and higher education, but higher education is still recognized as a human right.

The right to education is also enshrined in other conventions against discrimination. The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women provides that “The same conditions for career and vocational guidance, for access to studies and for the achievement of diplomas in educational establishments of all categories in rural as well as in urban areas; this equality shall be ensured in pre-school, general, technical, professional and higher technical education, as well as in all types of vocational training.” The Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination recognizes, “The right to education and training.”<sup>10</sup> The Convention on the Rights of Persons with Disabilities requires state parties to ensure that persons with disabilities are “able to access general tertiary education” without discrimination.<sup>11</sup> The Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families also provides that migrant workers shall have equality of treatment with nationals of the State of employment in relation to access to educational institutions.<sup>12</sup>

Refugees’ recognized right to higher education is extremely limited. The Convention Relating to the Status of Refugees states,

The Contracting States shall accord to refugees treatment as favourable as possible, and, in any event, not less favourable than that

<sup>7</sup> ICESCR 993 U.N.T.S. Art. 13(2)(c).

<sup>8</sup> See <http://indicators.ohchr.org/>

<sup>9</sup> G.A. Res. 44/25, annex, Convention on the Rights of the Child (Sept. 2, 1990).

<sup>10</sup> International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, S. Exec. Doc. C, 95-2 (1978), 660 U.N.T.S. 195.

<sup>11</sup> Convention on the Rights of Persons with Disabilities, G.A. Res. 61/106, 76th plen. mtg., U.N. Doc A/RES/61/106 (Dec. 13, 2006).

<sup>12</sup> International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families art. 43-1, 2220 U.N.T.S. 93 (entered into force July 1, 2003)

accorded to aliens generally in the same circumstances, with respect to education other than elementary education and, in particular, as regards access to studies, the recognition of foreign school certificates, diplomas and degrees, the remission of fees and charges and the award of scholarships.<sup>13</sup>

Under current law, state parties to the ICESCR have to “take steps” towards making higher education equally accessible to all and must ensure that it is provided without discrimination “fully and immediately.”<sup>14</sup> Although aspirational in nature, there is a right to education generally and higher education specifically in international law. Education generally needs to be available, accessible to all without discrimination, acceptable, and adaptable.<sup>15</sup> Looking at widespread treaty ratifications as a basis for finding a universal human right to education under customary international law<sup>16</sup>, there is a strong argument that education is indeed a human right under customary international law.<sup>17</sup> A country with the resources, such as the United States, needs to recognize that higher education is a human right and look closely at barriers to accessibility for those from disadvantaged or lower socio-economic groups. It is not enough to say there are financial aid, scholarships, and loans; there needs to be an understanding of higher education as a human right and ways to ensure that all those with capacity are actually taking advantage of these opportunities. The United States needs a concrete plan on how to make sure that it is not violating its obligation to make higher education equally accessible to all, even vulnerable groups.

#### B. Right to Education Under United States Law

The right to education is not recognized in the United States Constitution, although it is included in many state constitutions.<sup>18</sup> Bizarrely, the right to even primary education is not considered a fundamental right in the United States. In *San Antonio Independent*

<sup>13</sup> Convention Relating to the Status of Refugees, July 28, 1951, 19 U.S.T. 6259, 189 U.N.T.S. 150.

<sup>14</sup> JANE KOTZMANN, *Lifting the Cloak of Conceptual Confusion: Exploring the Meaning of the Human Right to Higher Education*, Australian J. of Hum. Rts. 84 (2015).

<sup>15</sup> Comm. on Econ., Soc. and Cultural Rights, General Comment 13: The Right to Education, U.N. Doc. E/C.12/1999/10 (1999).

<sup>16</sup> ALVAREZ, JOSÉ E., *The Human Right to Property* (June 20, 2017). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2989942>.

<sup>17</sup> See Connie de la Vega, *The Right to Equal Education: Merely a Guiding Principle or Customary International Legal Right?* 11 Harv. BlackLetter L.J. 37, (1994).

<sup>18</sup> See JOSHUA E. WEISHART, *Reconstituting the Right to Education*, 67 Ala. L. Rev. 915, 917 (2016).

*School District v. Rodriguez* the Supreme Court in 1973 declared, “Education, of course, is not among the rights afforded explicit protection under our Federal Constitution. Nor do we find any basis for saying it is implicitly so protected.”<sup>19</sup> In *Rodriguez*, a class action was brought in Texas on behalf of children of poor or minority families residing in areas with a low property tax base attacking the Texas system of financing public education in part through local property taxation.<sup>20</sup> The amount spent per pupil in the poorer district was 40 percent less than that spent in the more affluent area.<sup>21</sup> The Court said it carefully considered all of the arguments in favor of finding that education is a fundamental right and found those arguments unpersuasive.<sup>22</sup> However, as the Dissent pointed out, the Court discussed arguments in favor of finding a fundamental right to education that are very convincing:

education is itself a fundamental personal right because it is essential to the effective exercise of First Amendment freedoms and to intelligent utilization of the right to vote. In asserting a nexus between speech and education, appellees urge that the right to speak is meaningless unless the speaker is capable of articulating his thoughts intelligently and persuasively. The ‘marketplace of ideas’ is an empty forum for those lacking basic communicative tools. Likewise, they argue that the corollary right to receive information becomes little more than a hollow privilege when the recipient has not been taught to read, assimilate, and utilize available knowledge.<sup>23</sup>

The majority is working very hard to convince itself that education is not a fundamental right because it is a fundamental right and it is hard to argue that it is not. They themselves point to the very convincing argument that education is essential to exercise other rights, such as the First Amendment.

In fact, the Supreme Court has long recognized the importance of education, stating in *Brown v. Board of Education*:

It[education] is the very foundation of good citizenship. Today it is a principal instrument in awakening the child to cultural values, in preparing him for later professional training, and in helping him to adjust normally to his environment. In these days, it is doubtful that any

<sup>19</sup> *San Antonio Indep. Sch. Dist. v. Rodriguez*, 411 U.S. 1, 35 (1973).

<sup>20</sup> *Id.* at 4-6.

<sup>21</sup> *Id.* at 12-13.

<sup>22</sup> *Id.* at 37.

<sup>23</sup> *San Antonio Indep. Sch. Dist. v. Rodriguez*, 411 U.S. 1, 35 (1973).

child may reasonably be expected to succeed in life if he is denied the opportunity of an education.<sup>24</sup>

In *Brown v. Board of Education*, the Court noted how incredibly important education is in itself and as an empowerment right to exercise all other rights and for life in general. As *Brown* was decided before *Rodriguez*, as many scholars have noted,<sup>25</sup> the Court took a step backwards in recognizing the fundamental right to education. The *Brown* court held that the segregation of children in public schools solely based on race, even if the physical facilities and other ‘tangible’ factors were equal, deprived minority children of equal educational opportunities.<sup>26</sup>

Although the Court in *Plyler v. Doe* still did not recognize a fundamental right to education, the Court in 1982 made a significant step forward in recognizing the right to education by finding that states could not constitutionally deny illegal aliens access to public education: “We are reluctant to impute to Congress the intention to withhold from these children, for so long as they are present in this country through no fault of their own, access to a *basic education*.”<sup>27</sup> Although the court specifically says ‘basic education’, and many have argued that the court decided the case because of sympathetic children plaintiffs,<sup>28</sup> the case indicates that the Court does recognize how important education really is, stating, “education has a fundamental role in maintaining the fabric of our society. We cannot ignore the significant social costs borne by our Nation when select groups are denied the means to absorb the values and skills upon which our social order rests.”<sup>29</sup> By giving children illegally living in the United States access to free education, the Court is indicating how vital education truly is.

Courts in the United States have noted the obligation of the United States under international law for equal access to higher education, generally framed as non-discrimination. In *Tayyari v. New Mexico State University*, the court declared unconstitutional and invalidated a Motion passed by the regents of the University of New Mexico to deny enrollment at the University to any student whose home government

<sup>24</sup> *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483, 493 (1954) (emphasis added).

<sup>25</sup> See Areto A. Imoukhuede, *The Fifth Freedom: The Constitutional Duty to Provide Public Education*, 22 U. Fla. J.L. & Pub. Pol’y 45, 68 (2011).

<sup>26</sup> *Brown*, 347 U.S. at 493.

<sup>27</sup> *Plyler v. Doe*, 457 U.S. 202, 226 (1982) (emphasis added).

<sup>28</sup> See Geoffrey Heeren, *Persons Who are Not the People: The Changing Rights of Immigrants in the United States*, 44 Colum. Hum. Rts. L. Rev. 367, 383 (2013).

<sup>29</sup> *Plyler v. Doe*, 457 U.S. 202, 221 (1982).

holds or permits the holding of United States hostages.<sup>30</sup> The case took place during the Iran hostage crisis and the University basically tried to bar Iranian nationals from attending their University in retaliation for their government's actions.<sup>31</sup> The court discussed United States policy against nondiscrimination on the basis of nationality against aliens lawfully residing in the country in the area of public education.<sup>32</sup> The Court specifically pointed to the UDHR and ICESCR and the United States commitment to international law that provides for equal access for all to higher education, on the basis of capacity, without discrimination on the basis of national origin or other status.<sup>33</sup>

The Supreme Court in *Grutter v. Bollinger* recognized the real importance of diversity in higher education. Petitioner, a white student, alleged that she was rejected from Michigan Law School because race was used as a "predominant" factor and that minority applicants had a significantly greater chance of admission than those with similar credentials who were white.<sup>34</sup> The Court found that the Equal Protection Clause did not prohibit the law school's narrowly tailored use of race in its admission decision to "further a compelling interest in obtaining the educational benefits that flow from a diverse student body."<sup>35</sup> "Access to legal education (and thus the legal profession) must be inclusive of talented and qualified individuals of every race and ethnicity, so that all members of our heterogeneous society may participate in the educational institutions that provide the training and education necessary to succeed in America."<sup>36</sup> The Court stressed the importance of ensuring that public institutions are open to all segments of American society and "[n]owhere is the importance of such openness more acute than in the context of higher education."<sup>37</sup>

Whether using due process, Equal Protection, human dignity<sup>38</sup>, human rights law, or international law, the United States needs to recognize education as a fundamental right. And education does not only mean basic or primary education, it includes higher education to those

<sup>30</sup> *Tayyari v. New Mexico State University*, 495 F.Supp. 1365, 1380-81 (1980).

<sup>31</sup> *Id.*

<sup>32</sup> *Id.* at 1379.

<sup>33</sup> *Id.* at 1379-80 . (quoting affidavit by David D. Newsom, Undersecretary for Political Affairs, United States Department of State).

<sup>34</sup> *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306, 317 (2003).

<sup>35</sup> *Id.* at 343.

<sup>36</sup> *Id.* at 333.

<sup>37</sup> *Id.* at 331-32 (citing Brief for United States as *Amicus Curiae* 13).

<sup>38</sup> Areto A. Imoukhuede, *Education Rights and the New Due Process*, 47 *Ind. L. Rev.* 467 (2014).

with capacity. Therefore, it is not premature to speak of a human right to higher education as education does not have a cut-off point, especially in today's global economy.

### C. Right to Higher Education Under European Union Law

Courts in the European Union have gone much further than the United States, recognizing not only a human right to education but a human right to higher education. Although some cases have restricted the right or have given wide latitude to the states in deciding what the right involves, at least they are now having the valuable discussion about the scope of the right. Unfortunately, the United Kingdom has recently taken a large step backwards dramatically increasing the amount that can be charged for higher education. In Europe, Article 2 of the First Protocol to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, adopted in 1950, obliges all signatory parties to guarantee the right to education stating, "No person shall be denied the right to education."<sup>39</sup>

*R (Douglas) v. North Tyneside MBC*, decided in 2004 by the Court of Appeal in the United Kingdom, was the first case to recognize that higher education fell within the scope of Article 2 of the First Protocol to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. The court concluded, "[t]here was no reason in principle for concluding that the Art. 2 right should cease at any particular stage in the educational process."<sup>40</sup> The court stressed the fact that primary, secondary, and tertiary education were not even divisible into self-contained compartments across the contracting states and "it would be artificial to cut away the third stage of education from that which had gone before."<sup>41</sup> The claimant was denied a loan for a one-year course to obtain a Higher National Diploma because he was over the age of 55 and argued that denial violated his right to education.<sup>42</sup> However, the court found that although the lack of availability of loans might make it more difficult for a student to exercise his Article 2 rights, they "were not so closely related as to prevent him from doing so."<sup>43</sup>

<sup>39</sup> Council of Europe, European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, *as amended by* Protocol 1, Sept. 3, 1953, E.T.S. 155 [http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf).

<sup>40</sup> *R (Douglas) v. North Tyneside MBC* [2004] A.C.D. 25.

<sup>41</sup> *Id.*

<sup>42</sup> *R (Douglas) v. North Tyneside MBC* [2004] A.C.D. 25.

<sup>43</sup> *Id.*

Although Article 2 does not oblige states to provide higher education institutions, if they have them, then states must provide “an effective right of access to them.”<sup>44</sup> In *Sahin v. Turkey*, the European Court of Human Rights also concluded that as Article 2 of Protocol No. 1 provides that no one shall be denied the right to education, there was no reason that such mandate should not include higher education,<sup>45</sup> although recognizing that the right can be restricted if there are legitimate aims.<sup>46</sup> The Court found that the ban on wearing an Islamic headscarf in an institution of higher education pursued the “legitimate aims of protecting the rights and freedoms of others and maintaining public order. The obvious purpose of the restriction was to preserve the secular character of education institutions.”<sup>47</sup>

In *Hurley v. Moore*, two students who wished to go to University challenged regulations in the United Kingdom that allowed institutes of higher education to increase fees from the current amount of £3,290 to £9000 per year.<sup>48</sup> One of their arguments was that the fee increase is contrary to the right to education conferred by Article 2 or Protocol 1 of the European Convention on Human Rights because the new rules will have a “chilling effect on the ability of those from disadvantaged social backgrounds to take up university places.”<sup>49</sup> The court did not quash the regulations, reasoning that the Secretary of State, prior to introducing the regulations, considered equality objectives, that loans are widely available to those that need them, and that the decision to fix fees at the new level were the subject of appropriate analysis.<sup>50</sup>

The claimant in *Hurley v. Moore* argued that with the almost threefold increase in fees, for many of the poorer students the right to higher education would be “rendered theoretical and illusory.”<sup>51</sup> She used a 2007 study that showed that students from lower socio-economic classes are generally more debt averse than the wealthier students and are more likely to be deterred from attending University if loans, especially significant loans, are required.<sup>52</sup> The claimant also reinforced her submission by relying on the ICESCR as the United Kingdom and all

<sup>44</sup> Id. at para. 137.

<sup>45</sup> Id. at para. 134.

<sup>46</sup> Id. at para. 158.

<sup>47</sup> Id.

<sup>48</sup> R. (on the application of Hurley & Moore) v. Secretary of State for Business, Innovation & Skills, [2012] EWHC (Admin) 201 (Eng.) at [1-3].

<sup>49</sup> Id. at [4(1)].

<sup>50</sup> Id. at [99].

<sup>51</sup> Id. at para. 33.

<sup>52</sup> Id. at para. 35.

EU member states have ratified the international instrument.<sup>53</sup> The Committee on Economic, Social and Cultural Rights, which enforces obligations under the Covenant emphasized that the obligations under the ICESCR are not merely aspirational, and noted with concern that the higher tuition fees and loans in the UK appears inconsistent with the obligations under Article 13 and “has tended to worsen the position of students from more disadvantaged backgrounds.”<sup>54</sup>

The Court admitted that there was evidence that some students would be discouraged from applying to institutions of higher education because of the fee increases even though loans and grants were available.<sup>55</sup> However, it concluded that the “fact that someone may be temperamentally or psychologically disinclined to accept a student loan and enter into debt does not justify the conclusion that the right to higher education of such a person has been effectively denied or unjustifiably restricted.”<sup>56</sup> As for the ICESCR, the Court concluded that the progressive introduction of free education is not an absolute obligation and it must depend on the resources available and based on a determination of how large the tertiary sector should be.<sup>57</sup>

Although higher education is considered a human right, courts interpreting a state’s obligation under Article 2 of Protocol 1 (A2P1) have stressed that fees are permissible for higher education:

In the Court’s view, the State’s margin of appreciation in this domain increases with the level of education, in inverse proportion to the importance of that education for those concerned and for society at large. Thus, at the university level, which to this day remains optional for many people, higher fees for aliens – and indeed fees in general – seem to be commonplace and can, in the present circumstances, be considered fully justified.<sup>58</sup>

The European Court of Human Rights in *Ponomaryovi. v. Bulgaria* held that Article 14 read together with A2P1 had been infringed where Bulgaria required Russian national to pay for secondary education but not others.<sup>59</sup> However, the court recognized the incredible and increasing importance of education beyond basic education in present society

<sup>53</sup> Id. at para. 37.

<sup>54</sup> Id. at para. 38.

<sup>55</sup> Id. at para. 39.

<sup>56</sup> Id. at para. 42.

<sup>57</sup> Id. at para. 44.

<sup>58</sup> *Ponomaryovi v. Bulgaria*, 2011 Eur. Ct. H.R. at para. 56.

<sup>59</sup> Id. at para. 57.

stating, “the Court is mindful of the fact that with more and more countries now moving towards what has been described as a ‘knowledge-based’ society, secondary education plays an ever-increasing role in successful personal development and in the social and professional integration of the individuals concerned.”

Education cases in European Union go further than those in the United States in recognizing not only a human right to education, but also recognizing the human right to higher education. However, many of the cases chip away at this invaluable right.

#### D. Higher Education is a Right, Not a Luxury

The right to education and the right to higher education are not luxuries. We need to recognize and understand the right to higher education as a human right or it has the very real potential of becoming a luxury that only the wealthy can afford. Education is a human right in itself and is needed to enjoy other rights. In the words of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights,

Education is both a human right in itself and an indispensable means of realizing other human rights. As an empowerment right, education is the primary vehicle by which economically and socially marginalized adults and children can lift themselves out of poverty and obtain the means to participate fully in their communities ... But the importance of education is not just practical: a well-educated, enlightened and active mind, able to wander freely and widely, is one of the joys and rewards of human existence.<sup>60</sup>

In the words of Katerina Tomasevski, the first United Nations Special Rapporteur on the right to education of the United Nations Commission on Human Rights, education “functions as a multiplier, enhancing all rights and freedoms when it is guaranteed while jeopardizing them all when it is violated.”<sup>61</sup>

Giving higher education the label of a human right is important especially today when in the United States people have become complacent about the skyrocketing costs of higher education and people have started to think of many universities as out of reach because of the incredible cost of attending them. Arguing about the changes that need to be made and that higher education needs to be accessible to all will have

<sup>60</sup> General Comment 13.

<sup>61</sup> Katerina Tomasevski, *Human Rights Obligations in Education: The 4-A Scheme* (2006).

a new urgency as a human right. “[B]eing able to make an argument from the standpoint of human right law – rather than simply from arguments of justice or good public policy – opens up avenues for advocacy in the courts and provides a powerful frame for domestic policy debates.”<sup>62</sup>

What is a human right and why does it matter? As human rights scholar Philip Alston has said,

At the very least, the notion of human rights connotes the equal dignity and autonomy of human beings in their pursuit of their conception of a good life, a life worth living. At a foundational level, to speak of something as a human right is to not just make a legal claim to resources or for protection against an abuse of power, but it is also to insist that without those resources or that protection, one’s equal dignity, autonomy and participatory parity are fundamentally impaired.<sup>63</sup>

Human rights discussions can have an invaluable effect on those deprived of them. John McCain, a prisoner of war in Vietnam, wrote about how incredibly important statements from the United States government about remembering POWs and their humane treatment was to him and fellow prisoners while they were in captivity.<sup>64</sup> “[H]ope is a powerful defense against oppression.”<sup>65</sup> For higher education, those who think that they cannot go to college or graduate school because of a lack of money, should understand that they too have the right to their dreams of becoming a doctor or engineer. Money should not be the reason not to follow those dreams.

There are obvious economic benefits to recipients of higher education, and education also has benefits on the individual level and society at large. “From an individual standpoint, higher education does much more than contribute to income; it is linked to an important array of benefits that are not always easily measured: better personal, spousal, and child health outcomes; children’s educational gains; greater

<sup>62</sup> Lea Shaver, *The Right to Read*, 54 Colum. J. Transnat’l L. 1, 10 (2015).

<sup>63</sup> P. Alston and M. Robinson (eds.) *Human Rights and Development: Towards Mutual Reinforcement* (Oxford, Oxford University Press, 2005)

<sup>64</sup> John McCain, *Why We Must Support Human Rights*, N.Y. Times (May 8, 2017), <https://www.nytimes.com/2017/05/08/opinion/john-mccain-rex-tillerson-human-rights.html>.

<sup>65</sup> *Id.*

longevity, and even happiness.”<sup>66</sup> UNESCO has stated one of the purposes of education as, “readiness on the part of the individual to participate in solving the problems of his community, his country and the world at large”.<sup>67</sup>

More fundamentally, as Louis Henkin has pointed out, human rights, such as the human right to higher education are moral entitlements owed to all of us as human beings.<sup>68</sup> “Lou[is Henkin] would remind us that the case for human rights is made most effectively by moral appeals.”<sup>69</sup> We do not want a situation that only those from privileged backgrounds can go to universities or elite universities; we want those with capacity and ability to also gain the education they desire.

The right to education would be almost meaningless if it did not include the right to higher education. And, in many instances, college level education is not enough. As the Supreme Court has pointed out, “... universities, and in particular, law schools, represent the training ground for a large number of our Nation’s leaders. Individuals with law degrees occupy roughly half the state governorships, more than half the seats in the United States Senate, and more than a third of the seats in the United States House of Representatives.”<sup>70</sup> Further, education at highly selective institutions in the United States can also be incredibly important. “The pattern is even more striking when it comes to highly selective law schools. A handful of these schools accounts for 25 of the 100 United States Senators, 74 United States Courts of Appeals judges, and nearly 200 of the more than 600 United States District Court judges.”<sup>71</sup> These statistics show that to deny those from disadvantaged backgrounds their right to higher education has an incredible detrimental impact. We want our government to truly represent the people – people from all backgrounds.

In the United States, we have become accustomed to the idea of higher education coming at a phenomenal cost – something you either

<sup>66</sup> OMARI SCOTT SIMMONS, *Class Dismissed: Rethinking Socio-Economic Status and Higher Education Attainment*, 46 *Ariz. St. L.J.* 231, 260 (2014)

<sup>67</sup> Art. 4(g) *U.N.E.S.C.O. Recommendation Concerning Education for International Understanding, Co-operation and Peace and Education Relating to Human Rights and Fundamental Freedoms*, 18th Session of UNESCO, November 19, 1974.

<sup>68</sup> LOUIS HENKIN, *The Universality of the Concept of Human Rights*, 506 *The Annals of the American Academy of Political and Social Sciences*, 10, at 11 (1989).

<sup>69</sup> ALVAREZ, JOSÉ E., *The Fifth Annual Louis Henkin Lecture: The Human Right to Property* (June 20, 2017). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2989942>.

<sup>70</sup> *Grutter v. Bollinger*, 538 U.S. 306, 332 (2003) (citations omitted).

<sup>71</sup> *Id.*

save a lifetime for as the middle class or consider certain expensive institutions out of reach, ‘for the elite.’ Yes, there are scholarships and financial aid, but we need to change the dialogue about higher education more generally. Higher education needs to be viewed as a human right. When viewed as a human right, it cannot be something only for the elite but must be available to those with capacity. And, by available, it cannot be at a prohibitively high cost. We need to change the way we view higher education. Although some argue that a proliferation of human rights can have a detrimental effect on human rights law as we should focus on the most basic of human rights and needs, education is a basic need in today’s society and for those with capacity and desire so is higher education.<sup>72</sup>

In the United States, we need to start the dialogue about the scope of the human right to higher education and we need to think creatively to open up access to higher education. Free or very inexpensive public education is a great start as we have seen in a few states. However, in the United States, education at selective institutions can also make a difference in a person’s career trajectory so the situation is somewhat different than in much of Europe. For example, “A handful of these schools [highly selective law schools] accounts for 25 of the 100 United States Senators, 74 United States Courts of Appeals judges, and nearly 200 of the more than 600 United States District Court judges.”<sup>73</sup> But, the important step for now is to begin the dialogue and start making changes striving towards a more equal access to higher education. Matters cannot stay as they are now with yearly tuitions at elite institutions far exceeding the average yearly income the United States. The United States is likely in violation of the right to education<sup>74</sup> and we need to correct this violation as it is so important for the future of our country.

### *3. Impact on the Refugee Crisis – The Syrian Example*

The situation in Syria is dire for many reasons, so the importance of higher education for Syrians may not be at the forefront of most peoples’ minds. However, “[i]n times of peace, ... students become their societies’

<sup>72</sup> See LEA SHAVER, *The Right to Read*, 54 Colum. J. Transnat’l L. 1, 48-49 (2015).

<sup>73</sup> *Grutter v. Bollinger*, 538 U.S. 306, 332 (2003) (citations omitted).

<sup>74</sup> See Note, EMMA MELTON, *An Analysis of the Right to Education*, 13 Wash. U. Global Stud. L. Rev. 393.

future leaders, but in times of war, they may become a lost generation.”<sup>75</sup> According to a UNHCR report, only one percent of the 21 million refugees is enrolled in tertiary education.<sup>76</sup> From Syria alone, the Institute for International Education (“IIE”) estimates that more than 100,000 Syria refugees are university-qualified students.<sup>77</sup> For many students, the dilemma is pay a smuggler to become a refugee in Europe or seek a scholarship and go to University and generally the possibility of success is higher with the first than with the second.<sup>78</sup> And with the civil war in Syria dragging on, the possibility of a lost generation is real. Ensuring these students are connected to higher education opportunities is not only a correct one on a moral level, but it makes sense from an economic and national security standpoint.

There are obvious challenges, but opportunities as well. Some of the challenges for Syrian students include: language of instruction; documentation, as most people fleeing their country do not bring their documents with them; funding – not just for tuition but there are living expenses as well; accessing information in general, and specifically academic opportunities; and discrimination.<sup>79</sup> Opportunities through higher education include social inclusion in their host country and the ability to return to Syria and rebuild when the war is over.

When many refugees face severe hardships – lack of food, housing, and basic education, discussing higher education may seem trivial. But, in addition to being a human right, it makes economic sense. Researchers have shown that higher education of displaced students, from Syria and elsewhere makes economic sense for those individuals with the academic potential to study at leading Universities in the United States.”<sup>80</sup> They further found that “by focusing on degrees with high

<sup>75</sup> ALLAN E. GOODMAN, *Foreword, Supporting Displaced and Refugee Students in Higher Education*, IIE (Aug. 2016).

<sup>76</sup> UNHCR Report, *Missing Out: Refugee Education in Crisis*, <http://www.unhcr.org/57beb5144>

<sup>77</sup> <https://www.iie.org/en/Learn/Blog/2016-January-The-Delivering-Higher-Education-To-Syrian-Refugees-Workshop>

<sup>78</sup> RIHAM KUSA, *A Syrian Student's Dilemma: Pay a Smuggler or Seek a Scholarship?* Al-Fanar Media (Sept. 17, 2015), <http://www.chronicle.com/article/A-Syrian-Students-Dilemma-/233199>; HANS DEWITT & PHILIP G. ALTBACH, *The Syrian Refugee Crisis and Higher Education*, International Higher Education (2016), <https://ejournals.bc.edu/ojs/index.php/ihe/article/viewFile/9109/8209>.

<sup>79</sup> ADRIENNE FRICKE, *Regional Opportunities and Challenges for Syria Students*, (Aug. 2016), <https://www.iie.org/Research-and-Insights/Publications/Supporting-Displaced-and-Refugee-Students-in-Higher-Education>.

<sup>80</sup> KIM GITTLESON & BRUCE USHER, *Higher Education for Refugees*, Stanford Social Innovation Review (Apr. 18, 2017).

earnings potential – business, engineering, and other STEM fields – a university graduate can cover the cost of higher education in as little as four years of employment post-graduation.”<sup>81</sup> Therefore, the costs of educating these vulnerable populations, while steep initially, can make economic sense in the long run.<sup>82</sup>

There are already some programs in place organized by governments,<sup>83</sup> international organizations and universities,<sup>84</sup> and we can learn from their experiences for future programs. Small liberal arts schools in the United States have taken students from Syria, as well as major universities and have many success stories.<sup>85</sup> Social media is often in the news for its relationship to terrorism and recruiting lone wolves around the globe to ISIS. However, social media is playing a vital role in linking refugee to crucial resources and scholarships.<sup>86</sup>

Massive open online courses (“MOOCs”) may play a role for helping refugees advance in higher education. Language can be a large hurdle and MOOCs could facilitate language acquisition even before students are in host countries.<sup>87</sup> Creating easily accessible on-line courses and platforms so that students can continue their studies when they have been interrupted is another possible solution.<sup>88</sup>

Europe is facing a refugee crisis where already as of July, 2017, 95,000 people have arrived by boat in Southern Italy.<sup>89</sup> However, the refugee crisis should not be looked at as solely a European problem, and it should definitely not fall only on Italy because of its geography. The refugee crisis should be worked on at the international level with all countries sharing in the responsibility and burden of the flows of refugees from war torn countries, and those facing persecution and

<sup>81</sup> Id.

<sup>82</sup> Id..

<sup>83</sup> <https://www.study-in.de/en/plan-your-studies/fields-of-study/>

<sup>84</sup> <https://www.iie.org/Programs/Syria-Scholarships> list actual opportunities at Universities <https://www.iie.org/Programs/Syria-Scholarships/Find-Scholarships/Scholarship-Opportunities>

<sup>85</sup> See *Supporting Displaced and Refugee Students in Higher Education: Principles and Best Practices*, IIE (Aug. 2016), <https://www.iie.org/Research-and-Insights/Publications/Supporting-Displaced-and-Refugee-Students-in-Higher-Education>.

<sup>86</sup> Id.

<sup>87</sup> Dr. JOHN LAW, *Can Higher Education Fix Refugee Crisis?* British Council (April 22, 2016, 1:32 PM), <https://www.britishcouncil.org/voices-magazine/can-higher-education-fix-refugee-crisis>.

<sup>88</sup> Id.

<sup>89</sup> SIMON TISDALL, *Divided Europe Seeks a Long-Term Answer to a Refugee Crisis that Needs a Solution Now*, *The Guardian* (July 22, 2017), <https://www.theguardian.com/world/2017/jul/22/divided-europe-refugee-crisis-italy-serbia-greece>.

poverty. Closing borders or developing an anti-immigration policy is short-sighted as in the end the migration will not stop and countries need to work together towards an effective solution.<sup>90</sup>

Although higher education is expensive, the cost of not educating a generation will be more expensive in the long run. Governments should share in the cost as it will ultimately benefit the greater good, but universities are also uniquely positioned to help as, “they have the ability to bypass bureaucratic inefficiencies, prioritize Syria applications and provide facilities for students and their families.”<sup>91</sup> And the relationship is symbiotic because the university will benefit from having a student with a diverse viewpoint in their classrooms that can enrich discussions for everyone. As stated in an amicus brief by universities in Massachusetts opposing President Trump’s travel ban,

The importance of maintaining international inclusion on our campuses cannot be overstated. Regular interactions with students and professors who come from different cultures and who have had vastly different life experiences promote both a richer understanding and a deeper appreciation of the pluralistic world in which we live. Equally important, international diversity challenges all of the members of an academic community to reevaluate their assumptions and to reconsider their beliefs and biases.<sup>92</sup>

In the words of Mohammad Al-Haj Ali, a civil engineering student studying at the University of West London who died in the Grenfell Tower fire in London after fleeing the civil war in Syria, “I want to [be] a civil engineer so when the war is over I can go back to Syria and I can rebuild Syria with the people.”<sup>93</sup>

Higher education also has impacts on inclusion of refugee and other immigrant groups in their host countries. Higher education as a means of

<sup>90</sup> See MARIO SAVINO, *The Refugee Crisis As a Challenge for Public Law: The Italian Case*, 17 German L.J. 981, 1003-04 (2016).

<sup>91</sup> JESSICA MAGAZINER, *The Importance of Higher Education for Syrian Refugees* (Dec. 7, 2015) <http://wenr.wes.org/2015/12/the-importance-of-higher-education-for-syrian-refugees>.

<sup>92</sup> Brief of Amici Curiae Massachusetts Universities in Support of Plaintiffs’ Complaint for Declaratory and Injunctive Relief, *Louhghalam v. Trump*, Case 1:17-cv-10154-NMG (Feb. 3, 2017) available at <https://www.bu.edu/today/files/2017/02/Brief-of-Amici-Curiae-in-Support-of-Complaint.pdf>.

<sup>93</sup> *‘It’s Just Too Much’: Syrian Refugee Escaped Civil War Only to Die in London Highrise Fire*, (June 15, 2017), <http://www.cbc.ca/radio/asithappens/as-it-happens-thursday-edition-1.4161990/it-s-just-too-much-syrian-refugee-escaped-civil-war-only-to-die-in-london-highrise-fire-1.4161995>.

social inclusion sounds very nice in theory, but it can be much harder as a reality. Universities are places where ideas are debated, but are supposed to be a safe space. And often, through the relationships that are formed, real social inclusion does take place. After sitting next to the refugee from Syria all year in class you know that there is nothing scary about her. But, with inclusion, comes the worry that by inclusion we mean uniformity. Are we saying “look like us, talk like us, and you’ll be one of us”? But if you wear that headscarf or look different you will remain scary and “the other.” What is so scary about a burkini that laws were enacted in France, since declared illegal<sup>94</sup>, to ban them?

The Dutch Prime Minister wrote an open letter to immigrants in his country when he faced an election against a populist far-right party warning them to “act normal or go away”.<sup>95</sup> Why do we care if someone looks different or wears a headscarf? We need to debate these issues. Is telling someone not to wear their headscarf to a job interview good advice or a violation of their rights? In *Equal Employment Opportunity Commission v. Abercrombie & Fitch Stores, Inc.*, the E.E.O.C. sued the store on behalf of a Muslim woman who wore a headscarf and was not hired because it violated the store’s Look Policy that prohibits “caps.”<sup>96</sup> Although the store did not have “actual knowledge” of the applicants need for an accommodation, the Court stated “an employer who acts with the motive of avoiding accommodation may violate Title VII even if he has not more than an unsubstantiated suspicion that accommodation would be needed.”<sup>97</sup> Meanwhile, in France, headscarves have been banned in public schools since 2004.

The importance of inclusion has real consequences. “Europe has attracted a huge number of Muslim political and economic refugees in the past few decades. These immigrants and their children do not always fully integrate into European societies. Instead they experience identity

<sup>94</sup> LIZZIE DEARDEN, *Burkini Ban Suspended: French Court Declares Law Forbidding Swimwear Worn By Muslim Women ‘Clearly Illegal.’* Independent (Aug. 26, 2016), <http://www.independent.co.uk/news/world/europe/burkini-ban-french-france-court-suspends-rule-law-forbidding-swimwear-worn-muslim-women-seriously-a7211396.html>.

<sup>95</sup> *Act Normal or Get Out: The Netherlands’ Election is this Year’s First Test for Europe’s Populists*, (Feb 11, 2017), <http://www.economist.com/news/europe/21716643-geert-wilders-dragging-all-dutch-politics-nationalist-direction-netherlands>.

<sup>96</sup> *E.E.O.C. v. Abercrombie & Fitch Stores, Inc.* 135 S. Ct. 2028, 2031 (2015).

<sup>97</sup> *Id.* at 2033.

crises and build resentment toward their new countries. Terrorist and extremist groups are able to exploit this resentment.”<sup>98</sup>

#### 4. Higher Education as a Counterterrorism Measure

Education itself is key in fighting terrorism. However, the importance of education in fighting terrorism has not been given a great amount of attention beyond the academic literature.<sup>99</sup> As the 9/11 Commission concluded, “[e]ducation that teaches tolerance, the dignity and value of each individual, and respect for different beliefs is a key element in any global strategy to eliminate Islamist terrorism.”<sup>100</sup> Universities are places where ideas are exchanged and different viewpoints should be expressed, listened to, and evaluated. ICESCR itself states, in Article 13, the purpose of education, “education shall enable all persons to participate effectively in a free society, promote understanding, tolerance and friendship among all nations and all racial, ethnic or religious groups, and further the activities of the United Nations for the maintenance of peace.”<sup>101</sup> Education promotes tolerance and understanding. Recognizing the human right to higher education will promote our national security objectives.

All aspects of terrorism can best be fought with education. Education is crucial in countries that are a breeding ground for terrorism. With weapons, we can kill terrorists, but we need education to fight the ideology of terrorism.<sup>102</sup> Without education, the terrorism can prey on the minds of the young in those countries. The President of the American University of Cairo said that higher education should play a major role in fighting terrorism and guiding young people in the right direction through communication, cooperation and problem solving.<sup>103</sup> We need education to help prevent attacks, “[i]nformation gathering is the most

<sup>98</sup> J. SCOTT CARPENTER, MATTHEW LEVITT & MICHAEL JACOBSON, *Confronting the Ideology of Radical Extremism*, 3 *J. Nat'l Security L. & Pol'y* 301, 302 (2009).

<sup>99</sup> See Diane Webber, *Education as a Counterterrorism Tool*, 11 *U. Md. L. J. Race, Religion, Gender & Class* 271, 290 (2011).

<sup>100</sup> KEAN & HAMILTON, *Nat'l Comm. on Terrorist Attacks Upon the United States*, THE 9/11 COMMISSION REPORT 378 (2004).

<sup>101</sup> ICESCR, 993 U.N.T.S. 3.

<sup>102</sup> RHIANNON MILLS, *Malala: Education Key in Fight Against Terror*, Sky News (Mar. 30, 2016), <http://news.sky.com/story/malala-education-key-in-fight-against-terror-10223391>.

<sup>103</sup> ABDUL HAD HABTOOR, *Education is Key to Combat Terrorism, Says AUC's President*, Al Arabiya English (may 9, 2017), <https://english.aawsat.com/abdul-hadi-habtoor/lifestyle-culture/education-key-combatting-terrorism-says-aucs-president>.

powerful weapon in the struggle to dismantle terrorist networks and prevent attacks.”<sup>104</sup> We need education to counter the terrorist ideologies and come up with creative and innovative solutions. We need academic freedom, so people can study all different aspects of the problem.

Perhaps higher education will save a few individuals who may have turned to violence or extremism,<sup>105</sup> but more likely higher education will be key for those that will find new and innovative ways to combat terrorism. We need individuals from all backgrounds, not just the elite whose lives may be incredibly similar to one another’s to look at the problem and figure out solutions. We need people combatting terrorism who may have been hungry, seen jihadi propaganda, have a family member who was swayed by it. These are the people most likely to come up with counterterrorism solutions. Not just the wealthy who may be very smart but cannot see the problem in the same way from their private jets and luxury hotel rooms. Refugees specifically often come from the war-torn countries that are breeding grounds of terrorism, they can provide useful insight into the problems and possible solutions with first-hand understanding and experience. The same holds true with the white supremacists or the lone wolves looking for a cause to cling on to.

Many of those closest to terrorist attacks understand the importance of education rather than bombs. After the bombing in Manchester, Richard Barret, former director of global counterterrorism operation at MI6 urged authorities to engage the Muslim communities of Britain rather than bombing the Middle East or putting up barriers, “It’s about engaging the community and letting the community inform us about how to avoid attacks.”<sup>106</sup>

We also need voices in the Middle East to counter the radical extremists.<sup>107</sup> Education is a global human right and a global good. Using the Syrian example, by educating Syrians to be doctors, lawyers, engineers, they can then go back and rebuild their state so there is not a fertile breeding ground for terrorism like in other failed states. And, “As home to the strategically vital 18-25 age group, higher education can help shelter and protect an important subset of young men and women

<sup>104</sup> SARA A. DALY, *Fight Terrorism With Intelligence, Not Might*, Christian Science Monitor (Dec. 26, 2003), <https://www.csmonitor.com/2003/1226/p13s01-coop.html>.

<sup>105</sup> MOHAMMAD ALAHMAN, *The Crisis of Higher Education for Syrian Refugees*, Brookings (June 17, 2016), <https://www.brookings.edu/blog/education-plus-development/2016/06/17/the-crisis-of-higher-education-for-syrian-refugees>.

<sup>106</sup> KATRIN BENNHOLD, STEVEN ERLANGER, & CEYLAN YEGNISU, *Salman Abedi, 22, Is Identified as Manchester Arena Bomber*, N.Y. Times (May 23, 2017).

<sup>107</sup> J. SCOTT CARPENTER, MATTHEW LEVITT & MICHAEL JACOBSON, *Confronting the Ideology of Radical Extremism*, 3 J. Nat’l Security L. & Pol’y 301, 321 (2009).

during crisis situations, maintaining their hope in the future and preventing them from being driven into the hands of violent groups.”<sup>108</sup> Finally, let’s be clear – it is not just about Muslims – white supremacists are terrorists just the same and many of the so-called Islamic terrorists who pledge allegiance with ISIS have no real connection to Islam or ISIS.<sup>109</sup> With education, we can fight all different forms of terrorism at the most basic level. The terrorists have figured out how important education is, now we need to do the same.

### *5. Conclusion*

Higher education is a human right. To say that primary education is a human right, without including secondary and higher education is to not understand the world we live in. In the United States, we have become complacent, accepting that university costs are so high that they are out of reach for many. This needs to change. By changing the dialogue, by recognizing higher education as a human right, we then start to solve the problem by opening the debate on the scope of the right in the United States, as they have already begun in Europe. Much has been written about the tension between civil rights and national security, but here is an example of a time when respecting a human right to education, and specifically higher education, will actually increase global security. Nelson Mandela said, “Education is the most powerful weapon which you can use to change the world.” Without education we are only left with real weapons, which is not the way we should want to change our world. And, in the modern fight against terrorism, largely fought on the internet and on social media, education is a more effective weapon than bombs.

<sup>108</sup> SULTAN BARAKAT & SANSOM MILTON, *Houses of Wisdom Matter: The Responsibility to Protect and Rebuild Higher Education in the Arab World*, Brookings Doha Center (2015).

<sup>109</sup> See JEN EASTERLY & JOSHUA GELTZER, *The Islamic State and the End of Lone Wolf Terrorism*, *ForeignPolicy* (May 23, 2017), <http://foreignpolicy.com/2017/05/23/the-islamic-state-and-the-end-of-lone-wolf-terrorism>.



*Il minore migrante*



# IL PRINCIPIO DEL PREMINENTE INTERESSE DEL MINORE IN AMBITO MIGRATORIO: VERSO UNA CONVERGENZA?

Carmelo DANISI\*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il principio del preminente interesse del minore: tentativi di definizione per il contesto migratorio. – 3. L'applicazione del principio in ambito europeo. – 4. Verso una convergenza (e oltre)? Osservazioni conclusive (anche alla luce del “nuovo” modello italiano).

## 1. Introduzione

Il numero crescente di minori costretti a lasciare i loro Paesi di origine<sup>1</sup> pone una serie di sfide tanto ai Paesi di transito e destinazione, quanto ai sistemi sovranazionali chiamati a regolare particolari aspetti del processo migratorio e/o monitorare il rispetto dei loro diritti fondamentali. In assenza di uno strumento, universale o europeo, specificamente dedicato ai minori coinvolti nel processo migratorio, il principio del preminente interesse del minore<sup>2</sup> sembra lo strumento che, in una varietà di situazioni, garantisce meglio la loro tutela<sup>3</sup>.

Considerata l'esiguità degli studi volti a indagare tale profilo, in questo contributo si intende esaminare come il principio sia stato finora applicato in ambito migratorio, con particolare riferimento al quadro europeo ampiamente inteso, e se abbia o meno assunto una specifica con-

\* Research Fellow presso l'University of Sussex e Professore a contratto di Diritto internazionale presso l'Università di Bologna (Forlì campus).

<sup>1</sup> UNICEF, *A Child is a Child*, 18 maggio 2017.

<sup>2</sup> In questo contributo si utilizzerà “il principio *del preminente interesse del minore*”, anziché “*del superiore interesse*”. A ben vedere, entrambi i termini non rispecchiano comunque il significato della nozione di “*best interests*”, contenuta nell'art. 3 della CRC (20 Novembre 1989). Come emerge anche dai lavori preparatori, il riferimento ai “migliori interessi” non ha trovato piena corrispondenza nemmeno nel testo ufficiale francese che, attraverso la formula “*l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale*”, rimanda al concetto di superiorità.

<sup>3</sup> Tale principio si impone nei confronti di tutti i minori, senza particolari distinzioni. Pertanto, in questa sede, adottando un approccio basato sulla CRC non si farà riferimento a gruppi specifici di minori (non accompagnati, separati, accompagnati), salvo casi particolari ove ciò risulti opportuno ai fini dell'indagine proposta.

notazione. Ciò appare utile per verificare se, nel quadro attuale, esista o meno una convergenza tra gli strumenti europei rilevanti e il sistema universale istituito a tutela dei minori, come emerge soprattutto dalla Convenzione sui diritti del fanciullo (CRC).

A tal fine, si prenderanno in considerazione gli sviluppi in seno al sistema della Convenzione europea dei diritti umani (Cedu) e all'Unione europea (Ue). In effetti, da un lato, la Corte europea dei diritti umani (Corte Edu) sembra aver utilizzato il principio in esame per raggiungere soluzioni interpretative volte a tutelare tutti i minori coinvolti nel processo migratorio, superando iniziali distinzioni, e per definire in modo più preciso gli obblighi degli Stati parte. Dall'altro, l'Ue ne ha rafforzato la portata a partire dalla sua riaffermazione nell'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali con precise implicazioni per l'Unione e gli Stati membri nell'attuazione del diritto Ue. Peraltro, l'impegno dell'Unione in materia va letto anche alla luce dell'art. 3 del Trattato sull'Unione europea che eleva "la tutela dei diritti del minore" a *uno* dei suoi obiettivi generali. Non sembra, quindi, casuale che le istituzioni e la Corte di giustizia dell'Ue (Cgue) siano guidate, in modo crescente, dalla necessità di oggettivizzare il principio del preminente interesse del minore e di proporre soluzioni non difformi da quelle che emergono dal diritto internazionale dedicato ai diritti dei minori<sup>4</sup>.

Dopo aver tentato di ricostruire la particolare connotazione che il principio in esame sembra assumere in ambito migratorio (par. 2), il contributo analizza come tale principio sia stato applicato a livello europeo in merito ad alcune questioni centrali del processo migratorio: allontanamenti, trattenimenti, richieste di protezione internazionale, accoglienza (par. 3). Si formuleranno, infine, alcune considerazioni tenendo anche conto del nuovo intervento italiano in ambito migratorio riguardanti i minori<sup>5</sup>, a conferma della necessità di superare una materia piuttosto frammentata (par. 4).

## *2. Il principio del preminente interesse del minore: tentativi di definizione per il contesto migratorio*

Il principio del preminente interesse del minore trova affermazione

<sup>4</sup> Sulle caratteristiche distintive di tale diritto rispetto anche al più generale diritto internazionale dei diritti umani, specie in ragione del ricorso a principi generali come quello qui in esame, si veda BREMS ET AL. (eds.), *Children's Rights Law in the Global Human Rights Landscape*, Oxford, 2017.

<sup>5</sup> Legge 7 aprile 2017, n. 47, in *GURI*, n. 93, 21 aprile 2017.

nell'art. 3 CRC<sup>6</sup> ma, alla luce degli elementi rilevanti in materia<sup>7</sup>, potrebbe essere oramai ritenuto una norma di diritto internazionale generale con le implicazioni che ne derivano. Il suo contenuto “minimo” può essere rilevato nell'affermazione secondo cui “*in ogni decisione riguardante il minore, i suoi ‘migliori interessi’ devono essere considerati*”<sup>8</sup>.

Vista la presunta indeterminatezza di tale principio, il Comitato sui diritti del fanciullo (Comitato CRC) ha tentato di darne una definizione rilevando, in particolare, la sua triplice dimensione<sup>9</sup>. Il principio del preminente interesse del minore costituirebbe, in primo luogo, un diritto sostanziale, da cui derivano precisi obblighi per gli Stati; in secondo luogo, è uno strumento interpretativo, attraverso il quale risulta possibile identificare, tra interpretazioni alternative, quella che assicuri i migliori interessi del minore; in terzo luogo, rappresenta una chiave procedurale, intesa sia come metodologia per definire quale possa essere l'interesse del minore in un contesto specifico, sia come adattamento procedurale, tanto per favorire la partecipazione dei minori alle decisioni che li riguardano quanto per rispondere ai bisogni particolari di questi ultimi. Proprio perché il principio *per se* non contiene misure predefinite, ma indica piuttosto il mezzo – il corretto bilanciamento da operare – e il fine – i *best interests*, esso potrebbe avere un impatto finanche “rivoluzionario” quando, rispetto a situazioni individuali o collettive, richiede di ripensare le *ratio* sulle quali si basano le normative applicabili in specifici settori, incluso quello migratorio.

In effetti, se il principio in esame impone innanzitutto agli Stati di tenere conto degli *special needs* di gruppi di minori accomunati da caratteristiche personali o da condizioni di vita, come può essere il coinvolgimento nel processo migratorio, esso rappresenta uno strumento utile

<sup>6</sup> Rispetto alla dottrina italiana, LAMARQUE, *Prima i bambini: il principio del best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016.

<sup>7</sup> Tenendo conto dei criteri per la rilevazione del diritto internazionale generale, come emergono nella giurisprudenza della Corte Internazionale di Giustizia e nei lavori della Commissione di Diritto Internazionale (*Identification of customary international law. Text of the draft conclusions provisionally adopted by the Drafting Committee*, 30 maggio 2016, doc. A/CN.4/L.872), indizi importanti sono: l'elevato numero di ratifiche della CRC e l'assenza di riserve rispetto al relativo art. 3; la sua riaffermazione in una serie di strumenti internazionali e regionali e il richiamo da una varietà di soggetti; la prassi interna degli Stati, specialmente l'utilizzo da parte dei giudici interni quando l'interesse del minore non è stato considerato (in astratto) dal legislatore oppure nell'interpretazione di una specifica normativa. Cfr., a tal fine, anche la *New York Declaration for Refugees and Migrants* (UNGA res. 71/1, par. 32).

<sup>8</sup> Tra gli altri, FOCARELLI, *La Convenzione di New York sui diritti del fanciullo e il concetto di “best interests of the child”*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2010, 981 ss.

<sup>9</sup> Cfr., in particolare, il Commento Generale n. 14 (2013), CRC/C/GC/14.

tanto per la valutazione del caso concreto quanto per l'identificazione *a priori* di alcune soluzioni collettive in grado di tutelare i minori interessati.

Se alcuni tentativi sono stati compiuti in tal senso per l'ambito migratorio<sup>10</sup>, non emerge da essi un elenco di diritti "speciali". Più semplicemente, si afferma l'obbligo per gli Stati interessati di adottare tutte le misure necessarie per tutelare i diritti dei minori, come affermati nella CRC, nelle situazioni in cui possono essere negati più facilmente, ad esempio all'ingresso alla frontiera o durante la procedura di asilo, e ciò indipendentemente dal loro *status* migratorio.

In altre parole, un *best interests approach* richiede che ogni soluzione riguardante un minore o un gruppo di minori sia volta a realizzare l'effettivo godimento di tutti i diritti protetti dalla CRC o, quanto meno, che non lo pregiudichi nel far prevalere altri interessi. Ciò vale anche per l'ambito migratorio. Se la condizione di vulnerabilità generata dal coinvolgimento in tale processo pone l'accento sul minore come soggetto bisognoso di tutela, l'obbligo di realizzare i suoi "migliori interessi" comporta che ogni soluzione individuale o collettiva in questo settore rispetti anche gli altri principi-guida CRC: il diritto alla vita e allo sviluppo, il divieto di discriminazione, il diritto all'ascolto e alla partecipazione, il mantenimento dell'unità familiare e la ricerca di soluzioni durature<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> Cfr. UNHCR, *Guidelines on Determining the Best Interests of the Child*, 2008, o Corte Interamericana dei diritti umani, *Rights and Guarantees of Children in the Context of Migration and/or in Need of International Protection*, *Advisory Opinion OC-21/14*, 2014. In seno al Consiglio d'Europa (CoE), tra le altre: Assemblea Parlamentare, *Protection and Assistance for Separated Children Seeking Asylum*, 18 aprile 2005, Racc. 1703, e *Undocumented Migrant Children in an Irregular Situation*, 7 October 2011, Racc. 1985; Comitato dei Ministri, *Strategy for the Rights of the Child*, 3 marzo 2016, spec. punti 22 e 32. Un approccio inclusivo di tutti i minori coinvolti nel processo migratorio, con o senza famiglie, emerge nel nuovo report dello *Special Representative* del CoE, *Migrant and Refugee Children*, 10 Marzo 2017. Dal canto suo, la Commissione europea ha cercato, in sostanza, di applicare il principio del *best interests* in modo trasversale rispetto a tutti i settori di competenza dell'Unione che hanno un impatto sulla condizione del minore in ambito migratorio: *Comunicazione al Parlamento europeo e al Consiglio – La protezione dei minori migranti*, COM(2017)211 final, 12 aprile 2017.

<sup>11</sup> Ciò sembra anche emergere dai lavori del Comitato CRC, cfr. Commento Generale n. 6 (2005), in materia di minori non accompagnati e separati al di fuori del loro paese e, soprattutto, i nuovi Commenti Generali n. 22 e 23 (2017), relativi rispettivamente ai principi generali riguardanti i diritti dei minori nel contesto della migrazione internazionale e agli obblighi degli Stati riguardanti i diritti dei minori nel contesto della migrazione internazionale nei Paesi di origine, transito, destinazione e rimpatrio, adottati il 16 novembre 2017 congiuntamente al Comitato per la protezione dei diritti di tutti i lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie (Comitato CMW).

Significativamente, alcuni di questi elementi si ritrovano in ambito europeo nelle soluzioni elaborate ai problemi posti dai flussi migratori. Non essendo stato elaborato alcuno strumento specificamente dedicato ai minori, sia nel quadro Cedu che in ambito Ue il *best interests approach* si è imposto progressivamente dal trattamento riservato ai minori non accompagnati a quello riguardante tutti i minori coinvolti nel processo migratorio<sup>12</sup>, con importanti implicazioni anche per le loro famiglie. Questa evoluzione è stata accompagnata da un crescente riferimento alla CRC<sup>13</sup>. Rispetto allo specifico quadro Ue, dove la CRC è l'unico strumento internazionale richiamato insieme alla Convenzione sullo *status* di rifugiato e alla Cedu in ogni nuovo atto in materia di immigrazione e asilo<sup>14</sup>, tale riferimento è seguito dal tentativo di oggettivizzare il principio del preminente interesse del minore. Così, tale interesse sembra coincidere con la tutela del *“benessere del minore e il suo sviluppo sociale, tenendo conto del suo background”*<sup>15</sup> e *“del suo parere, in funzione dell'età o della maturità”*<sup>16</sup>, dell'unità familiare e con l'adozione di misure specifiche motivate dalla condizione di vulnerabilità, specialmente se il minore risulta non accompagnato.

Quantomeno in via di principio, il quadro europeo sembra dunque convergere verso la *ratio* alla base della CRC: il minore, *anche* quello coinvolto nel processo migratorio, appare un soggetto autonomo di diritti

<sup>12</sup> Tale tendenza trova conferma, ad esempio, nel nuovo Regolamento (UE) 2016/1624 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 settembre 2016, relativo alla guardia di frontiera e costiera europea, e la decisione 2005/267/CE del Consiglio che richiama espressamente il dovere dell'Agenzia di operare nel rispetto della CRC e del principio del preminente interesse del minore, peraltro rafforzandone il legame: cfr. il considerando 38 e l'art. 34, par. 3: *“Nell'esecuzione dei suoi compiti, la guardia di frontiera e costiera europea tiene conto delle particolari esigenze dei minori, dei minori non accompagnati [...] La guardia e di frontiera e costiera europea presta particolare attenzione ai diritti dei minori in modo da garantire che in tutte le sue attività sia rispettato il loro interesse superiore”*.

<sup>13</sup> Ciò risulta particolarmente evidente in ambito Ue se si comparano gli atti della prima fase del sistema comune di asilo a quelli successivi. Rispetto ai minori non accompagnati, cfr. PALLADINO, *La protezione del minore straniero non accompagnato nel costruendo sistema comune europeo di asilo*, in FRATEA, QUADRANTI (a cura di), *Minori e immigrazione: quali diritti?*, Napoli, 2015, pp. 35 ss.

<sup>14</sup> Ciò sembra collocarsi nel percorso verso un sistema *“Geneva-plus”*, ossia il tentativo europeo di combinare gli impegni in materia di protezione internazionale con gli obblighi relativi ai diritti umani: cfr. MUNARI, *Lo status di rifugiato e di richiedente protezione temporanea. La visione europea del “diritto di Ginevra”*, in AMADEO, SPITALERI (a cura di), *Le garanzie fondamentali dell'immigrato in Europa*, Torino, 2015, pp. 47 ss.

<sup>15</sup> Direttiva 2013/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, considerando 33.

<sup>16</sup> Direttiva 2011/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, considerando 18.

il cui preminente interesse non si limita alla garanzia di protezione ma abbraccia una prospettiva ampia, includendo il suo sviluppo e la sua partecipazione. Se visto alla luce degli sviluppi emersi nel sistema Cedu e della Carta dei diritti fondamentali dell'Ue, che include il principio in esame nel capitolo dedicato all'eguaglianza<sup>17</sup>, il quadro europeo potrebbe già garantire quanto sembra richiedere la CRC: l'obbligo di riservare al minore un trattamento che sia indipendente dal suo *status* migratorio, in virtù del principio di non discriminazione.

A tal fine, sempre a livello europeo, appare significativo quanto è emerso nel sistema istituito dalla Carta sociale europea, il cui art. 17 è dedicato al diritto dei minori di ottenere protezione "sociale, giuridica ed economica"<sup>18</sup>. Nell'affermare che questa disposizione è diretta a garantire "*the full development of children's personality*", con il conseguente obbligo per gli Stati parte di adottare tutte le misure appropriate a tal fine, il Comitato sociale europeo è giunto a ritenere che essa protegge anche i minori "irregolarmente presenti nel territorio", *nonostante* il campo di applicazione della Carta sociale europea non lo permettesse<sup>19</sup>.

Queste tendenze generali trovano conferma anche nelle proposte più recenti, presentate nel 2016, dalla Commissione europea per ridefinire il sistema comune europeo di asilo. Basti richiamare le proposte relative ai cd. Regolamenti di Dublino e EURODAC, dove addirittura si identificano soluzioni specifiche, di portata generale, che realizzano il principio del preminente interesse del minore. Ad esempio, nella proposta relativa al nuovo Regolamento di Dublino i *best interests* sono identificati "nell'assenza di movimenti secondari per i minori non accompagnati che non hanno familiari o altri parenti in uno Stato membro" (considerando 20) e con "i diritti dei minori" presi nel loro insieme (considerando 24)<sup>20</sup>. Nell'altra proposta, il principio del preminente interesse del minore è utilizzato come base per l'abbassamento dell'età a sei anni ai fini dell'identificazione di coloro cui prendere, con le dovute procedure

<sup>17</sup> Sull'importanza di tale collocazione, STALFORD, THOMAS, DRYWOOD, *The European Union and Children's Rights*, in *International Journal of Children's Rights*, 2011.

<sup>18</sup> *Carta sociale europea (rivista)*, 3 maggio 1996, finora ratificata da 34 Stati membri.

<sup>19</sup> Comitato dei diritti sociali, 20 ottobre 2009, *Defence for Children International (DCI) c. Paesi Bassi*, n. 47/2008, spec. parr. 25, 29, 64.

<sup>20</sup> La stessa proposta non accoglie pienamente quanto emerge dalla giurisprudenza della Cgue in applicazione proprio del principio in esame (cfr. *infra*, par. 3, a)). Infatti, il testo prevede che, nel caso in cui il minore non accompagnato è privo di familiari o parenti in uno Stato membro, lo Stato responsabile a valutare la sua domanda di protezione internazionale è quello in cui ha presentato la sua "prima" richiesta, *a meno che ciò sia in contrasto* con il suo preminente interesse (art. 10).

*child-sensitive*, le impronte e le immagini facciali. Ciò permetterebbe, secondo gli autori, la raccolta di informazioni utili per ricostituire unità familiari quale obiettivo indissolubilmente legato alla realizzazione del principio in esame, anche quando il minore non richiede protezione internazionale (cfr. artt. 2, 13 e 30; considerando 25 e 26).

Se quindi una convergenza tra sistemi di tutela universale e europeo sembra in divenire, in realtà il principio del preminente interesse del minore così connotato non sempre trova poi applicazione, come vedremo di seguito.

### *3. L'applicazione del principio in ambito europeo*

Il principio del preminente interesse del minore così concettualizzato ha finora trovato applicazione rispetto ad alcune questioni centrali per il minore che giunge in Europa e, in particolare, in uno degli Stati membri dell'Ue.

La Corte Edu e la Cgue sono state due attori fondamentali in tale processo. A tal proposito, alcune precisazioni preliminari appaiono utili. La Corte Edu ha "adottato" il principio dei *best interests* essenzialmente come strumento interpretativo, non essendo esso parte della Convenzione<sup>21</sup>. Se inizialmente appariva legato al diritto di cui all'art. 8 Cedu, la realizzazione dei *best interests* incide oggi sulla lettura dell'intera Convenzione al fine di garantire il godimento effettivo di tutti i diritti e le libertà a tutti i minori senza particolari distinzioni. La Cgue dispone, invece, di una fonte "interna", ossia l'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali, che va comunque interpretata tenendo conto delle norme di diritto internazionale rilevanti nella stessa materia<sup>22</sup>.

Nonostante tale quadro, il principio in esame sembra aver assunto un ruolo differente in base alla situazione in cui è stato concretamente applicato dalle Corti europee. Per questa ragione, appare qui utile analizzare gli sviluppi in materia di allontanamenti, trattenimenti, protezione internazionale e accoglienza, verificando al contempo se le soluzioni fi-

<sup>21</sup> Anche se qualche tentativo era stato già compiuto, si fa risalire questa apertura al *Case of Neulinger and Shuruk v. Switzerland*, Application n. 41615/07, Judgement 6 July 2010, par. 135, in tema di sottrazione internazionale di minori. Rispetto all'uso del principio da parte della Corte Edu in ambito migratorio, SMITH, *The Best Interests of the Child in the Expulsion and First-entry Jurisprudence of the European Court of Human Rights: How Principled is the Court's Use of the Principle?*, in *European Journal of Migration and Law*, 2015, pp. 70 ss.

<sup>22</sup> Cfr. anche le *Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali*, in *GUUE*, C 303/02, 2007.

nora raggiunte siano o meno coincidenti con un approccio basato sulla CRC.

*a) allontanamenti*

Il principio del preminente interesse del minore ha trovato innanzitutto applicazione rispetto alla questione dell'allontanamento, in particolare quando tale misura riguardava il minore non accompagnato richiedente asilo o minori giunti in Europa con i genitori richiedenti asilo. La giurisprudenza europea originata da decisioni con le quali si stabilivano trasferimenti basati sul cd. Regolamento di Dublino<sup>23</sup> offre spunti interessanti a tal fine, peraltro mettendo in discussione anche la tenuta stessa di tale sistema rispetto agli obblighi applicabili in materia di diritti fondamentali<sup>24</sup>.

Già nel caso *M.A. (the Queen)*<sup>25</sup>, la Cgue aveva attribuito al principio in esame un ruolo primario. Chiamata a chiarire sostanzialmente quale doveva essere lo Stato competente a esaminare la domanda di protezione internazionale di un minore non accompagnato sprovvisto di familiari in uno dei Paesi interessati dal citato Regolamento, la Cgue identificava la soluzione che meglio incarnava il preminente interesse del minore: la procedura di determinazione dello Stato membro competente non poteva prolungarsi "più di quanto strettamente necessario". Infatti, in linea con le indicazioni del Comitato CRC, la Corte riteneva che solo un rapido accesso alle procedure volte al riconoscimento dello *status* di rifugiato può realizzare l'interesse del minore non accompagnato poiché qualsiasi trasferimento da uno Stato all'altro lo pone in una situazione che accentua la sua condizione di persona vulnerabile, anziché porvi rimedio.

La medesima *ratio* è stata sostanzialmente applicata dalla Corte Edu al caso di minori che dovevano essere allontanati, sempre in applicazione del Regolamento di Dublino, con i propri genitori. Chiamata a valutare l'eventuale violazione del divieto di *refoulement* rispetto al trattamento riservato a una famiglia con sei figli, in *Tarakhel* la Corte Edu ha ritenuto che un approccio basato sul principio in esame condiziona l'esecuzione di una misura di allontanamento all'ottenimento di garanzie

<sup>23</sup> Regolamento (Ue) n. 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, nonché le versioni precedenti alle quali si riferiscono le pronunce delle Corti europee.

<sup>24</sup> MUNARI, *The Perfect Storm on EU Asylum Law: The Need to Rethink the Dublin Regime*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, pp. 517 ss.

<sup>25</sup> *MA e a.*, causa C-648/11, sentenza 6 giugno 2013. Tra gli altri, DEL GUERCIO, *Superiore interesse del minore e determinazione dello Stato competente all'esame della domanda di asilo nel diritto dell'Unione europea*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2014, pp. 243 ss.

specifiche in merito alla situazione in cui si troverebbero i minori nello Stato di destinazione e al mantenimento dell'unità familiare. Se la presenza della famiglia non limita la responsabilità dello Stato parte di intervenire a tutela del minore, tali garanzie individualizzate sono volte a evitare che quest'ultimo sia sottoposto a sofferenze, dovute al trasferimento e alla stessa procedura di asilo, che incidono sul suo sviluppo psicofisico e sulla sua capacità di integrazione. Detto altrimenti, non si può basare il perseguimento del preminente interesse del minore sulla presunzione generale che lo Stato di destinazione rispetti i diritti fondamentali<sup>26</sup>. Ciò comporta, di fatto, anche l'emergere di obblighi specifici di carattere economico-sociale, a carico tanto dello Stato di accoglienza quanto dello Stato di destinazione, al fine di soddisfare gli *special needs* dei minori interessati.

La stessa Corte Edu ha chiarito la *ratio* sottostante: quando un minore si trova sotto il controllo di uno Stato parte, perseguire il suo interesse significa identificare come “*fattore decisivo*” la sua condizione di vulnerabilità, la quale prevale “*su considerazioni basate sul suo eventuale status di migrante irregolare*”<sup>27</sup>. Per quanto criticabile come approccio generale in un'ottica basata sulla CRC, nella visione della Corte Edu tale condizione di vulnerabilità appare inerente alla minore età risultando aggravata (“*extreme*”, come si afferma anche in *Tarakhel*, par. 119) dalla migrazione. Ai fini della protezione offerta dall'art. 3 Cedu, ne consegue quantomeno che, nel caso di minori coinvolti nel processo migratorio, il livello di severità del trattamento richiesto da questa parte della Cedu è certamente inferiore a quello prevalente in via “ordinaria”, e che il peso da riconoscere ai bisogni specifici del minore da allontanare è sensibilmente maggiore rispetto a quello da attribuire agli altri interessi in gioco, compresa l'esigenza di controllo delle frontiere<sup>28</sup>.

<sup>26</sup> BO, *Il ricorso a garanzie individuali nell'ambito dei c.d. 'trasferimenti Dublino': sul caso Tarakhel*, in *Diritto internazionale e diritti umani*, 2015, pp. 233 ss.; PALLADINO, *La 'derogabilità del 'sistema Dublino dell'Ue nella sentenza Tarakhel della Corte europea: dalle 'deficienze sistemiche ai 'seri dubbi sulle attuali capacità italiano di accoglienza*, in *Diritto internazionale e diritti umani*, 2015, pp. 226 ss.

<sup>27</sup> *Case of Tarakhel v. Switzerland*, Application n. 29217/12, Judgement 4 November 2014, par. 99. Infatti, in altri casi successivi, non riguardanti soggetti vulnerabili, la Corte ha concluso diversamente: cfr. *Case of A.M.E. v. the Netherlands*, Application n. 51428/10, Decision 5 February 2015.

<sup>28</sup> Ciò si aggiunge, chiaramente, alla garanzia di un accesso effettivo a una procedura attraverso cui far valere tale rischio, diretto o indiretto, di *refoulement* con effetto sospensivo dell'allontanamento: cfr. *Case of Hirsi Jamaa and Others v. Italy*, Application n. 27765/09, Judgement 23 February 2012; *Case of Sharifi and Others v. Italy and Greece*, Application n. 16643/09, Judgement 21 October 2014.

Ora, ci si potrebbe chiedere se, in realtà, attraverso l'applicazione del principio del preminente interesse del minore si vada oltre tali conclusioni, potendosi affermare (anche) un divieto assoluto di allontanamento. Alla luce della CRC e dei lavori del Comitato, si potrebbe affermare che l'obbligo di garanzie individuali sul trattamento riservato ai minori interessati nello Stato di destinazione e sulle modalità di trasferimento, le quali non possono accentuare una situazione di incertezza per questi ultimi, vale per tutti i minori coinvolti nel processo migratorio, e non solo per i richiedenti asilo<sup>29</sup>. Inoltre, secondo la concettualizzazione sopra emersa, le garanzie individuali sulla situazione nel Paese di destinazione devono includere anche considerazioni sul suo sviluppo personale. Se ciò non comporta un divieto assoluto, l'applicazione del principio in esame restringe le situazioni in cui un minore possa essere allontanato, a meno che tale allontanamento risulti esso stesso nel suo preminente interesse. Del resto, se è vero che l'art. 6 CRC tutela il diritto alla vita insieme al diritto "alla sopravvivenza e allo sviluppo", i lavori del relativo Comitato identificano "l'insufficienza di cibo e l'accesso alle cure mediche" come elementi utili per la valutazione del rischio di subire trattamenti inumani e degradanti nel Paese di destinazione<sup>30</sup>. Ciò non toglie che, a livello nazionale, si possa giungere a uno *standard* più elevato vietando, ad esempio rispetto a particolari categorie di minori, qualsiasi allontanamento.

L'approccio europeo sembra dunque tendenzialmente convergente al modello CRC<sup>31</sup>. A tal proposito, si possono ricordare anche le proposte di riforma della Commissione Ue in materia di procedure e qualifiche, per quanto spesso limitate a gruppi specifici di minori coinvolti nel processo migratorio. Ad esempio, in esse si afferma come, nell'applicazione del concetto di "Paese terzo sicuro" al minore "non accompagnato", occorra richiedere "informazioni" allo Stato ritenuto sicu-

<sup>29</sup> Significativamente, alla luce della CRC, anche il Comitato sui diritti umani ha affermato l'obbligo di "garanzie individualizzate" in *Y.A.A. e F.H.M. c. Danimarca*, comunicazione n. 2681/2015, 10 marzo 2017, par. 7.7. Il caso riguarda un'eventuale violazione del divieto di *refoulement* (art. 7 del Patto sui diritti civili e politici) lamentata da una famiglia somala con quattro minori nel caso di trasferimento in Italia, quale Stato che aveva già riconosciuto loro la protezione sussidiaria. Tra l'altro, il Comitato indica anche in modo puntuale, rispetto alla situazione dei ricorrenti, il contenuto di tali garanzie: non solo condizioni di accoglienza adatte all'età dei minori ma anche il rilascio di permessi di soggiorno tali da permettere la permanenza in Italia e la sicurezza di non essere rinviiati in un altro Paese.

<sup>30</sup> Comitato CRC, Commento Generale n. 6 (2005), cit.

<sup>31</sup> Ciò emerge anche con maggiore forza nei più recenti commenti generali adottati congiuntamente al Comitato CMW: cfr. Comitato CRC, Commento Generale n. 22 (2017), cit., spec. par. 32-33.

ro “sulla presa in carico e sull’accesso a forme di protezione”<sup>32</sup> o che, nell’applicazione della *internal relocation*, si debba verificare la disponibilità di “*appropriate care and custodial arrangements, which are in the best interests of the unaccompanied minor*”, quale parte della valutazione “*as to whether that protection is effectively available*”<sup>33</sup>.

b) *trattenimento*

Il principio in esame sembra aver giocato un ruolo primario anche in relazione alla questione del trattenimento, in presenza o meno di membri della propria famiglia, specie ai fini dell’allontanamento.

A livello generale, in Europa il trattenimento dei minori coinvolti nel processo migratorio non è vietato, ancorché il ricorso a tale misura sia consentito a particolari condizioni piuttosto restrittive. Da un lato, nel quadro Ue, nonostante il tentativo compiuto dalla Commissione di introdurre un divieto generale alla luce dell’ampio ricorso alla misura detentiva nei confronti dei minori in alcuni Stati membri<sup>34</sup>, le direttive applicabili introducono di fatto una tutela differenziata. In effetti, se per i minori non accompagnati prevedono il trattenimento in “casi eccezionali”, per tutti gli altri minori identificano la detenzione come un’ “ultima risorsa”<sup>35</sup>. Peraltro, se per i primi esiste un divieto di collocazione in istituti penitenziari, per i secondi si afferma unicamente la “possibilità” di beneficiare, durante il trattenimento, di attività, anche ricreative, consone alla loro età. Dall’altro lato, nel quadro del Consiglio d’Europa, mentre il ricorso a soluzioni alternative è stato ripetutamente raccomandato dai suoi organi principali<sup>36</sup>, la Corte Edu non è mai giunta ad affermare che, ai sensi dell’art. 5 Cedu, il trattenimento dei minori in ambito migratorio

<sup>32</sup> Cfr. art. 45, par. 5, nella proposta della Commissione per un Regolamento Procedure, COM(2016) 467 final, del 13 luglio 2016.

<sup>33</sup> Considerando 25 della proposta sul Regolamento Qualifiche, cit.

<sup>34</sup> Ciò è vero, comunque, rispetto ai soli minori non accompagnati: cfr. *Proposal for a Directive laying down minimum standards for the reception of asylum seekers (Recast)*, COM(2008) 815 final, p. 6 e art. 11.

<sup>35</sup> Ad es., Direttiva 2013/33/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013, art. 11, parr. 2 e 3. Altrove è stata sottolineata l’indeterminatezza di queste “circostanze” che garantirebbero “un margine di discrezionalità amplissimo” alle autorità nazionali: PALLADINO, *La protezione del minore straniero non accompagnato*, cit., pp. 102-103.

<sup>36</sup> Ad es., Assemblea Parlamentare del CoE, *The Alternatives to the Immigration Detention of Children*, 3 ottobre 2014, Racc. 2056.

sia escluso considerato il diritto “inalienabile” degli Stati di controllare le proprie frontiere<sup>37</sup>.

Proprio la giurisprudenza della Corte Edu risulta particolarmente utile per esaminare le tendenze in atto. In linea con un *best interests approach*, in *Rahimi c. Grecia* la Corte ha affermato l’obbligo per le autorità interne di compiere un’analisi preliminare della situazione individuale di un minore non accompagnato per escludere l’esistenza di misure meno radicali ai fini dell’esecuzione dell’allontanamento<sup>38</sup>. Significativamente, pur riconoscendo che in talune circostanze sugli Stati parte possono gravare obblighi differenti nei confronti dei minori non accompagnati in ragione della loro età e condizione<sup>39</sup>, la Corte ha ritenuto che tale obbligo di valutazione preliminare si impone *anche* quando il minore potrebbe essere trattenuto con un membro della sua famiglia. Giungendo così a un’interpretazione del diritto alla libertà e sicurezza tendenzialmente in linea con la CRC, in *Popov c. Francia* la Corte Edu ha fatto riferimento all’“estrema” vulnerabilità dei minori coinvolti, nonostante la presenza dei familiari, per limitare la discrezionalità statale in materia<sup>40</sup>. Tra l’altro, nell’ottica del minore come soggetto autonomo, la Corte ha anche affermato che un ordine di trattenimento imposto ai soli familiari, quando i minori sono di fatto costretti a seguirli e a essere trattenuti a loro volta, impedisce a questi ultimi di esercitare *in modo autonomo* il diritto di accesso a un rimedio effettivo per lamentare l’illegittimità della loro detenzione (art. 5, par. 4 Cedu), con le logiche conseguenze per gli Stati parte. Posta in questi termini, appare evidente che la presenza della famiglia non attenui la condizione di vulnerabilità del minore e, al contempo, che non si possa ricorrere al principio del preminente interesse

<sup>37</sup> *Case of Chahal v. United Kingdom*, Application n. 22414/93, Judgement 15 November 1996; *Case of Saadi v. United Kingdom*, Application n. 13229/03, Judgement 29 January 2008.

<sup>38</sup> *Case of Rahimi v. Greece*, Application n. 8687/08, Judgement 5 July 2011, par. 109. Cfr. anche *Case of Mahamed Jama v. Malta*, Application n. 10290/13, Judgement 26 November 2015.

<sup>39</sup> *Case of Rahimi v. Greece*, cit., par. 63.

<sup>40</sup> *Case of Popov c. France*, Applications n. 39472/07 and 39474/07, Judgement 19 January 2012, par. 119. Il riferimento alla condizione di “estrema” vulnerabilità appare oggi ancora più rilevante alla luce del (discutibile) tentativo, piuttosto evidente, di riconsiderare il “grado” di vulnerabilità richiesto dalla Corte Edu per derivare dalla Cedu obblighi specifici a carico degli Stati rispetto al trattamento dei “migranti”: cfr. *Case of Ilias and Ahmed v. Hungary*, Application n. 47287/15, Judgement 14 March 2017, par. 87.

del minore per ritenere che il trattenimento sia finalizzato al mantenimento della loro unità familiare, anche ai sensi dell'art. 8 Cedu<sup>41</sup>.

Considerata la possibilità che, quantomeno in casi eccezionali, si ricorra al trattenimento dei minori, tale misura solleva aspetti problematici anche sotto il profilo del divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti<sup>42</sup>. A tal proposito, la Corte Edu sembra identificare nella durata e nelle condizioni del trattenimento il criterio centrale per verificarne la compatibilità con l'art. 3 Cedu, proprio nell'ottica della realizzazione del preminente interesse del minore. In effetti, se è pacifico che debba essere garantita comunque la separazione dagli adulti<sup>43</sup> e che condizioni estremamente severe possono rendere il trattenimento un trattamento inumano o degradante *per se*, si è affermato frequentemente che tanto più lungo è il trattenimento tanto più gravi saranno gli effetti sul minore con la conseguente violazione dei suoi diritti protetti dalla Convenzione<sup>44</sup>. Per questa ragione in *Popov*, anche se i minori erano stati detenuti in un'area dedicata alle famiglie, la Corte ha ritenuto che un trattenimento di quindici giorni in condizioni non adatte alla loro età è comunque in grado di generare una situazione di particolare ansia e stress fisico e mentale in violazione dell'art. 3 Cedu. Significativamente, in un'ottica CRC, nella giurisprudenza più recente la durata "consentita" di trattenimento risulta sempre più breve e certamente proporzionale all'età dei minori interessati<sup>45</sup>.

Le soluzioni finora raggiunte appaiono, a prima vista, convergenti rispetto alla CRC, proprio perché da questa Convenzione emergerebbe una soluzione di equilibrio che permette di conciliare sostanzialmente il margine di manovra degli Stati in materia migratoria con i diritti del minore. In effetti, l'art. 37 CRC non prevede un divieto assoluto di detenzione ma limita *per tutti i minori* il ricorso a misure restrittive della libertà personale a casi eccezionali, sempre per il più breve tempo possibile e in condizioni adatte alla loro età. Se l'uso del principio del preminente interesse del minore deve essere finalizzato alla garanzia del godimento dei diritti affermati nella CRC, allora tale disposizione è richiamata a li-

<sup>41</sup> *Case of Popov c. France*, cit., par. 147, diversamente dal *Case of Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga v. Belgium*, cit.

<sup>42</sup> *Case of Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga v. Belgium*, Application n. 13178/03, Judgement 12 October 2006.

<sup>43</sup> *Case of Mohamad v. Greece*, Application n. 70586/11, Judgement 11 December 2014, rilevante anche sotto il profilo dell'art. 5 in quanto detenzione ritenuta "non regolare".

<sup>44</sup> *Case of Rahimi v. Greece*, cit., par. 86.

<sup>45</sup> *Case of A.B. and Others v. France*, Application n. 11593/12, Judgement 12 July 2016, e gli altri ricorsi contro la Francia decisi nella stessa data.

vello europeo per sottolineare in materia di trattenimenti, decisi in ambito migratorio, la conformità al modello universale di tutela. Ciò emerge, in particolare, dal quadro Ue dove peraltro, anche nelle proposte di riforma presentate dalla Commissione, viene riconfermato un trattamento differenziato tra minori coinvolti nel processo migratorio, nonostante siano tutti identificati come persone vulnerabili in ragione della loro minore età<sup>46</sup>.

In realtà, limitando le possibilità di un utilizzo strumentale dell'art. 37 CRC, dai nuovi lavori del Comitato CRC emerge una posizione più netta. Tale disposizione, diretta a regolare le questioni inerenti la giustizia minorile, non permette nemmeno la possibilità di trattenere i minori come ultima risorsa perché non sarebbe applicabile al contesto migratorio. Infatti, una soluzione diversa entrerebbe in contrasto con il principio del preminente interesse del minore letto alla luce del diritto allo sviluppo<sup>47</sup>. Ne deriverebbe, pertanto, un divieto assoluto di trattenimento e, in ambito europeo, una riconsiderazione delle giustificazioni basate sul modello di tutela universale finora adottate per mantenere *standard* meno elevati.

### *c) protezione internazionale*

Il ruolo svolto dal principio in esame appare, forse, più dubbio in relazione alla situazione del minore che richiede protezione internazionale o risulta coinvolto in una procedura di asilo. In effetti, in base alla concettualizzazione fin qui emersa, la sua applicazione sembra incidere almeno su due aspetti problematici: la necessità di adattamenti procedurali e la protezione in senso sostanziale. Rispetto a tali profili, il quadro europeo appare più frammentato e la giurisprudenza non è finora intervenuta per chiarirne la portata.

Non occupandosi direttamente di protezione internazionale, come è noto, la Cedu tutela quantomeno il minore nell'accesso a una procedura per far valere il rischio di *refoulement* (art. 13 Cedu, letto in combinato agli artt. 2 e 3), prevedendo anche la sospensione dell'esecuzione di ogni misura di allontanamento. In un'ottica CRC, l'esame della situazione individuale deve tenere conto di tutti gli elementi rilevanti, comprese l'appartenenza del minore a "un gruppo vulnerabile" e le forme di trattamenti *child-specific* proibiti<sup>48</sup>. Se tale accesso deve essere effettivo,

<sup>46</sup> Ad es., la proposta della Commissione relativa alla nuova Direttiva Accoglienza, COM(2016)465 final, del 13 luglio 2016.

<sup>47</sup> Comitato CRC, Commento Generale n. 23 (2017), cit., spec. par. 10-11.

<sup>48</sup> *Case of Sow v. Belgium*, Application n. 27081/13, Judgement 19 January 2016, par. 62 e 68, e gli altri casi ivi richiamati.

comportando così un obbligo di introdurre gli aggiustamenti necessari per la partecipazione del minore interessato, la Convenzione non sembra potere comunque richiedere agli Stati parte il rilascio di un titolo specifico di protezione. Tuttavia, il richiamo al preminente interesse del minore potrebbe limitare ulteriormente il loro margine di apprezzamento rispetto a situazioni in cui si prolunga l'incertezza dello *status* del minore. Così, il prolungarsi della procedura di riconoscimento della protezione internazionale o, se non allontanabile, l'impossibilità di regolarizzare lo *status* del minore potrebbero entrare in contrasto con le tutele offerte anche sotto il profilo del diritto al rispetto per la vita privata, di cui all'art. 8 Cedu<sup>49</sup>, o sotto l'art. 3 laddove tale incertezza si accompagni a una condizione di abbandono<sup>50</sup>.

Allo stesso modo, la normativa Ue rilevante in materia definisce procedure specifiche per tenere conto della condizione di vulnerabilità dei minori, presupponendo comunque la valutazione del caso concreto in base al principio in esame. Se emerge dunque in modo chiaro l'esigenza di protezione del minore attraverso adattamenti procedurali, meno evidente è invece la considerazione del minore come soggetto autonomo durante la richiesta di protezione, come pure lo stesso principio richiede. Ne è un esempio la questione delle domande presentate in suo conto, rispetto alle quali si lascia una certa discrezionalità agli Stati membri in merito al colloquio individuale. Infatti, se il consenso è richiesto all'adulto a carico che viene opportunamente informato, la disposizione tace rispetto al trattamento da riservare al minore<sup>51</sup>. Se è vero che al minore è garantito il diritto di presentare una domanda di protezione internazionale, già una lettura "interna" basata sull'art. 18 della Carta dei diritti fondamentali sul diritto di asilo, in combinato all'art. 24, comporta il diritto del minore di potersi esprimere su tutte le fasi della procedura di asilo, in ragione della sua maturità.

Non appare casuale che le proposte di riforma della Commissione intervengano proprio sul punto in applicazione del principio del preminente interesse del minore, introducendo per le autorità nazionali l'obbligo di motivare l'eventuale rifiuto di colloquio personale<sup>52</sup>. Al contempo, esse intendono rafforzare il quadro esistente a tutela di tutti i minori, specie quelli non accompagnati, attraverso ad esempio il potenzia-

<sup>49</sup> *Case of B.A.C. v. Greece*, Application n. 11981/15, Judgement 13 October 2016.

<sup>50</sup> *Case of V.M. and Others v. Belgium*, Application n. 60125/11, Judgement 7 July 2015.

<sup>51</sup> Direttiva 2013/32/UE, cit., art. 7.

<sup>52</sup> Cfr. il nuovo art. 21 nella proposta della Commissione per un Regolamento Procedure, cit.

mento del ruolo del tutore, l'introduzione di procedure non invasive per l'accertamento dell'età, la previsione di tempi più celeri per l'esame delle domande e fissi per le procedure alla frontiera. Ora, se è vero che a livello sostanziale l'attuale normativa si limita alla sola considerazione degli atti specifici di persecuzione dei minori ai fini del riconoscimento dello *status* di rifugiato non prevedendo alcun titolo specifico per i minori, le proposte in corso non modificano quella che appare come una notevole lacuna, specie quando il minore non ottiene alcuna altra forma di protezione internazionale ma risulta comunque non allontanabile.

Le soluzioni positive finora raggiunte e, soprattutto, quelle in fase di negoziazione appaiono tendenzialmente convergenti rispetto all'esigenza di oggettivizzare il principio del preminente interesse del minore, letto alla luce dell'obbligo generale contenuto nell'art. 22 CRC di adottare le misure "appropriate" per proteggere coloro che chiedono asilo e ciò senza differenziare tra minori non accompagnati o con la loro famiglia. Anzi, gli sviluppi europei sembrano fornire un significato concreto a tale "appropriatezza" attraverso la definizione di proposte che tendono, quantomeno nel quadro Ue, verso una maggiore uniformità procedurale, con effetti positivi in contesti nazionali ritenuti ancora problematici per i diritti del minore coinvolto nella procedura di asilo. Tuttavia, se è vero che il principio del preminente interesse del minore richiede anche di limitare la condizione di incertezza, specie giuridica, del minore interessato<sup>53</sup>, esso stesso può costituire la base di una protezione specifica e uniforme per i minori non allontanabili in virtù del principio di non *refoulement*. Se è vero che, in una comunicazione a tutela del minore coinvolto nel processo migratorio, la Commissione ha richiesto l'introduzione di regole comuni per la definizione dello *status* giuridico dei minori non rimpatriabili e senza alcun tipo di protezione internazionale<sup>54</sup>, non si può escludere che tale possibilità consista già nel ricorso allo stesso principio del *best interests* in senso sostanziale, ossia inteso come forma di protezione residuale<sup>55</sup> e dalla quale avviare la definizione di un percorso specifico di accoglienza che garantisca i diritti protetti tanto a livello europeo quanto a livello universale.

<sup>53</sup> Comitato CRC, Commento generale n. 14 (2013), cit. La stessa Commissione sembra interessata alla questione: cfr. la *Comunicazione - La protezione dei minori migranti*, cit.

<sup>54</sup> Commissione, *Comunicazione - La protezione dei minori migranti*, cit., pp. 12 ss.

<sup>55</sup> POBJOV, *The Best Interests of the Child Principle as an Independent Source of International Protection*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2015, pp. 327 ss.

*d) accoglienza*

Infine, appare opportuno analizzare il ruolo svolto dal principio del preminente interesse del minore in relazione all'accoglienza. Anche in questo caso, il suo reale impatto sembra dubbio soprattutto se si tiene conto delle distinzioni che emergono a livello europeo tra categorie di minori e tra fasi di accoglienza, quantomeno quella iniziale da una successiva in cui è l'esigenza di soluzioni durature a divenire primaria. Proprio rispetto a quest'ultima fase, non sempre si ricavano elementi utili a tale livello, essendo spesso limitati alla salvaguardia del benessere del minore attraverso il mantenimento della sua unità familiare.

In effetti, guardando al quadro Ue in merito alla prima fase di accoglienza, la direttiva e la giurisprudenza rilevanti in materia affermano sostanzialmente l'obbligo di garantire uno *standard* di vita "più che dignitoso" tenendo conto dei bisogni specifici dei minori coinvolti, specie se richiedenti asilo<sup>56</sup>. Per questa ragione, la direttiva accoglienza richiama il principio del preminente interesse del minore per affermare che, in presenza di minori, questo livello di vita deve essere "adeguato" al loro sviluppo *fisico, mentale, spirituale, morale e sociale*, specialmente attraverso l'adozione di misure protettive e la garanzia del ricongiungimento familiare alla luce delle opinioni da loro espresse. Se il ricongiungimento sembra oggi dipendere dalla particolare categoria in cui si trova il minore<sup>57</sup>, la realizzazione di altre soluzioni durature appare ancora più complessa a livello Ue anche per ragioni di competenza dell'Unione (ad es. la questione dell'integrazione) o, se vogliamo, extra-giuridiche (cfr. ricollocazioni dalla Grecia e dall'Italia). Non appare peraltro casuale che, rispetto alla seconda fase dell'accoglienza, la stessa Cgue non abbia fatto ricorso al principio in esame "in modo autonomo" quando è stata chiamata a interpretare la normativa Ue per salvaguardare il benessere del minore attraverso il mantenimento della sua unità familiare, preferendo invece ricorrere ad altri valori fondamentali per l'Unione quale la cittadinanza<sup>58</sup>.

<sup>56</sup> Direttiva 2013/33/UE, cit., considerando 22, art. 23, e anche artt. 21-24 e 14; *Saciri e a.*, causa C-79/13, sentenza 27 febbraio 2014, par. 41 e 45.

<sup>57</sup> Sul tema, BALBONI, *Il "diritto al ricongiungimento familiare" dei minori tra tutela del loro superiore interesse e dell'interesse generale in materia migratoria*, in AMADEO, SPITALERI (a cura di), *Le garanzie fondamentali*, cit., pp. 163 ss.; FRATEA, *Quando il diritto si scontra con la realtà: i minori migranti quali soggetti titolari del diritto al ricongiungimento familiare*, in FRATEA, QUADRANTI (a cura di), *Minori e immigrazione*, cit., pp. 113 ss.

<sup>58</sup> Introducendo, a ben vedere, una distinzione tra minori in base al possesso della cittadinanza europea. Ciò è difficilmente compatibile con il principio qui in esame letto nell'ottica della CRC ossia alla luce degli altri principi-guida, incluso quello in materia di

In ambito Cedu, il principio del preminente interesse del minore è stato richiamato in situazioni di totale abbandono di minori non accompagnati, nonché di famiglie con minori, che avevano presentato domanda di protezione internazionale o che soggiornavano irregolarmente, situazioni ritenute contrarie all'art. 3 Cedu<sup>59</sup>. Significativamente, la condizione di vulnerabilità in cui versavano le persone interessate appare anche in questo caso determinante ai fini dell'applicazione del principio in esame e ciò vale anche per la valutazione di un'interferenza nel godimento del diritto al rispetto per la vita familiare<sup>60</sup>. A tal fine, la realizzazione del preminente interesse del minore può essere apprezzata meglio nella valutazione di ricorsi relativi al mantenimento dell'unità familiare in cui si è imposto un obbligo positivo per gli Stati convenuti di rilasciare un permesso a genitori soggetti a misure di allontanamento. In questi casi, il *best interests* non è più richiamato come “elemento decisivo”, come emerge in materia di allontanamenti e trattenimenti, ma costituisce solo uno dei molteplici elementi del bilanciamento degli interessi in gioco al quale deve essere attribuito un peso “significativo”<sup>61</sup>. Così, solo la presenza di “circostanze eccezionali”, parte della valutazione complessiva svolta alla luce del principio in esame, conduce a un esito positivo per il minore.

In altri termini, sembra che il passaggio dalla sfera della “protezione” a quella dell’ “autonomia”, in cui la condizione di vulnerabilità è

non discriminazione, come peraltro richiesto anche dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Ue. Sulla giurisprudenza della Cgue e i relativi sviluppi, si rinvia al contributo di C. Ragni in questo volume.

<sup>59</sup> *Case of Rahimi v. Greece*, cit., par. 94; *Case of V.M. and Others v. Belgium*, cit.

<sup>60</sup> Cfr. i casi in cui tale interferenza è generata dall'eventuale allontanamento e la presenza di minori vulnerabili o l'esposizione a una situazione insostenibile appaiono i reali criteri per il bilanciamento: *Case of Kaplan and Others v. Norway*, Application n. 32504/11, Judgement 24 July 2014 (in cui si parla di “*extraordinary burden*” imposto alla minore a causa dell'allontanamento del padre); *Case of Udeh v. Switzerland*, Application n. 12020/09, Judgement 16 April 2013. Lo dimostrano *a contrario*: *Case of Berisha v. Switzerland*, Application n. 948/12, Judgement 30 July 2013, e *Case of Palanci v. Switzerland*, Application n. 2607/08, Judgement 25 March 2014. Appare significativo che, in una delle ultime occasioni, la Corte Edu abbia addirittura affermato che “*the Court does not lose sight of the fact that, in the context of the removal of a non-national parent as a consequence of a criminal conviction, the decision first and foremost concerns the offender. [...] in such cases the nature and seriousness of the offence committed or the offending history may outweigh the other criteria to be taken into account*”, incluso l'interesse del minore: cfr. *Case of Krasniqi v. Austria*, Application n. 41697/12, Judgement 25 April 2017, par. 48.

<sup>61</sup> *Case of Jeunesse v. Netherlands*, Application n. 12738/10, Judgement 3 October 2014, par. 118: “[w]hilst alone [best interests] cannot be decisive, such interests certainly must be afforded significant weight”.

percepita in modo relativo, conduca a un diverso utilizzo del principio del preminente interesse del minore in ambito europeo. Non solo esso appare meno determinante, ma sembra anche venire meno quel collegamento tra la realizzazione dell'interesse del minore e il godimento dei diritti protetti nella CRC che, in gran parte della precedente analisi, è progressivamente emersa. A tal proposito, non sembra casuale quanto emerge in un caso relativo a misure di integrazione previste a livello nazionale per figli di migranti, caratterizzati da uno specifico background etnico, culturale e religioso, recentemente esaminato dalla Corte Edu. Per quanto tale caso vada collocato nel più ampio quadro della giurisprudenza sulla libertà di religione, è significativo che la Corte abbia accolto sostanzialmente l'idea di integrazione sostenuta dallo Stato convenuto contrapponendo, in un certo senso, l'interesse di quest'ultimo con quello dei genitori senza richiamare il principio in esame né i diritti delle minori interessate al fine di far emergere un'interpretazione della Cedu più orientata verso la CRC<sup>62</sup>.

Eppure, anche rispetto all'accoglienza (e all'integrazione) il principio del preminente interesse del minore come fin qui concettualizzato fornisce una propria proposta basata, essenzialmente, su soluzioni durature *nell'ottica* della non discriminazione, della partecipazione, di *standard* di vita adeguati allo sviluppo e al benessere del minore nel rispetto delle proprie origini etniche, sociali e culturali. Ciò comporta una sostanziale parificazione dei minori coinvolti nel processo migratorio con i cittadini degli Stati in cui giungono e risiedono e sulla loro piena partecipazione alla vita sociale, politica e culturale<sup>63</sup>. Invece, è noto ad esempio, come a livello Ue, la direttiva accoglienza preveda per i minori richiedenti asilo e i figli dei richiedenti asilo un trattamento "simile" a quello dei propri cittadini *solo* in relazione all'accesso al sistema educativo, pur disponendo dall'altra parte il ricorso all'affidamento per i minori non accompagnati in linea a quanto richiesto dalla CRC.

In sintesi, nonostante il principio in esame sia talora richiamato e sia affermata l'esigenza di garantire lo sviluppo del minore attraverso una valutazione della situazione personale, le soluzioni elaborate finora a livello europeo sembrano lontane dal modello più "rivoluzionario" che

<sup>62</sup> *Case of Osmanoglu and Kogabas v. Switzerland*, Application n. 29086/12, Judgement 10 January 2017. Sembra comunque opportuno precisare che, vertendo sull'art. 9 Cedu, il ragionamento segue la giurisprudenza rilevante in materia religiosa caratterizzata da un ampio margine di apprezzamento a favore degli Stati parte. Il silenzio della Corte rispetto al principio in esame appare comunque significativo.

<sup>63</sup> CASOLARI, *La partecipazione alla vita politica dei minori stranieri non accompagnati. Osservazioni di diritto internazionale e di diritto dell'Unione europea*, in FRATEA, QUADRANTI (a cura di), *Minori e immigrazione*, cit., pp. 35 ss.

emerge da una lettura del preminente interesse del minore alla luce della CRC. Se la Corte Edu può comunque giungere a interpretazioni della Cedu che siano convergenti con la CRC facendo un uso più incisivo del principio del *best interests*, come ha già dimostrato, il quadro Ue non sembra destinato a particolari cambiamenti. Infatti, le proposte della Commissione non contengono soluzioni innovative su tali aspetti ma insistono sulla preliminare valutazione dei bisogni per *tutti* i minori, sull'unità dei familiari e sulla fissazione di tempi certi per la nomina di un tutore per i minori non accompagnati<sup>64</sup>. Appare certamente positivo che, nella nuova comunicazione in materia di "minori migranti", la stessa Commissione si concentri sulla fase successiva all'accoglienza esprimendo la necessità di garantire soluzioni durature *caso per caso* al fine di limitare le situazioni di incertezza, anche giuridica. Tuttavia, tanto la Cgue quanto le autorità statali nell'attuare il diritto Ue non sembrano avere oggi gli strumenti per poter dare sempre seguito a siffatte valutazioni individuali, salvo adottare decisioni che mettono in discussione i principi su cui si regge il "sistema" e la differenziazione tra categorie di minori (es. non accompagnati, separati, accompagnati, richiedenti asilo, rifugiati) che emerge dallo stesso diritto Ue.

Un esempio a tal fine potrebbe riguardare l'applicazione delle disposizioni in materia di ricongiungimento/riunificazione familiare del nuovo Regolamento di Dublino nei confronti di tutti i minori giunti in Europa, alla luce dell'ampliamento del novero dei familiari con cui possono ricongiungersi proposto dalla Commissione e tendenzialmente in linea con la realizzazione del principio del preminente interesse del minore (come il godimento dei diritti protetti dalla CRC agli artt. 9-10), *anche* in assenza di una formale richiesta di asilo<sup>65</sup>. Non sembra neppure casuale la preoccupazione della stessa Commissione nell'inviare indicazioni di segno (apparentemente) opposto attraverso le proposte di riforma: da un lato, emerge l'esigenza di limitare l'uso del principio del preminente interesse del minore attraverso una sua puntuale definizione; dall'altro, è evidente la necessità di non restringere i possibili esiti derivanti dalla sua applicazione, tra cui l'integrazione nello Stato ospitante,

<sup>64</sup> Cfr. Proposta della Commissione del 13 luglio 2016, cit., artt. 21-23.

<sup>65</sup> Ciò anche in ragione del fatto che il ricongiungimento resta il motivo principale per cui i minori giungono in Europa secondo i dati disponibili. In tal senso, si è espresso un tribunale inglese in *R v Secretary of State for the Home Department (Dublin - Unaccompanied Children - Procedural Safeguards)* [2017] UKUT 00262 (IAC), par. 106. Cfr. il nuovo art. 2, g) nella proposta della Commissione del 4 maggio 2016, cit.

il rimpatrio, la ricollocazione e il reinsediamento<sup>66</sup>, per *tutti* i minori coinvolti nel processo migratorio.

*4. Verso una convergenza (e oltre)? Osservazioni conclusive (anche alla luce del “nuovo” modello italiano)*

L'analisi fin qui condotta dimostra come, a livello europeo, un tentativo sia stato effettivamente compiuto per integrare il principio del preminente interesse del minore nelle risposte ai problemi sollevati dal fenomeno migratorio, in particolare colmando il *gap* del sistema di Ginevra attraverso il riferimento ai diritti dei minori e fungendo da elemento unificante degli interventi in materia. Tale integrazione sembra però “selettiva”, cioè promossa fino a quando permette soluzioni “di equilibrio” con le prerogative statali in materia migratoria, con una tendenziale convergenza – altrettanto selettiva – con la CRC<sup>67</sup>. La questione dei trattamenti ne rappresenta l'esempio più evidente. Al contempo, se è vero che il contenuto di tale principio è stato progressivamente oggettivizzato con il riferimento alla CRC, divenendo se vogliamo uno strumento ‘atipico’ che permette di integrare – indirettamente – a livello europeo i diritti contenuti in una Convenzione universale, il peso riconosciuto agli interessi del minore oscilla tra (la quasi completa) prevalenza e (una semplice) priorità. Nell'ottica della necessità di definire soluzioni attraverso una valutazione caso per caso, ciò non dovrebbe apparire problematico *per se*. In realtà, nel quadro europeo ampiamente inteso, esso appare più legato alle fasi del processo migratorio che si ritiene possano accentuare o meno la condizione di vulnerabilità “intrinsecamente” identificata nei minori.

Così, pur ricorrendo in modo crescente al principio in esame rispetto a *ogni* minore senza differenziazioni, anche quando la sua posizione viene in rilievo con la famiglia, tutte le sue potenzialità non sembrano ancora essere state sfruttate in linea con la concettualizzazione qui emersa. Tenendo conto della “rivoluzione” in merito ai trasferimenti legati al sistema “Dublino”, avvenuta a livello giurisprudenziale, o della definizio-

<sup>66</sup> Commissione, *Comunicazione – La protezione dei minori migranti*, cit., pp. 12 ss.

<sup>67</sup> Si pensi addirittura all'assenza del principio nelle iniziative Ue aventi una dimensione esterna: ad es. lo *Statement* Ue-Turchia del 18 marzo 2016, ove prevale totalmente l'esigenza di controllo delle frontiere su qualsiasi altro interesse (per la Cgue, peraltro, lo *Statement* non costituisce nemmeno un accordo dell'Unione ma, al massimo, dei suoi Stati membri – *NF e a.*, Ordinanza 28 febbraio 2017, cause T-192/16, T-193/16 e T-257/16 – su cui si rinvia al contributo in *EJIL Talk!*, 20 aprile 2017).

ne di soluzioni procedurali, promossa a livello normativo, la realizzazione del preminente interesse del minore in ambito migratorio sembra destinato a continuare ad avvicinare gli *standard* europei e universali. Ciò potrebbe avvenire in almeno due modi: attraverso un approccio frammentato o, magari, tramite l'avvio di una nuova fase basata su una sua applicazione *ex ante*, ossia la definizione di un nuovo strumento *ad hoc* ispirato alla CRC che superi anche la tutela differenziata dei minori in base alla specifica categoria in cui rientrano. Infatti, oltre a garantire la stessa tutela a tutti i minori, specie indipendentemente dal loro coinvolgimento nelle procedure di asilo, questa seconda modalità comporterebbe tra l'altro il vantaggio di limitare l'uso del principio in esame a una funzione integrativa, ossia per identificare soluzioni individualizzate alla luce della CRC e non (solo) per garantire livelli minimi di tutela.

Un possibile modello di riferimento per questa possibile evoluzione giunge dal legislatore italiano che, con la Legge 7 aprile 2017, n. 47, ha introdotto disposizioni specificatamente dedicate alla tutela dei minori non accompagnati, separandole così dalla disciplina ispirata dall'esigenza del controllo delle frontiere. Per quanto tale intervento sia dedicato a una sola categoria di minori, esso appare costruito attorno agli impegni universali in materia di diritti umani. Così, partendo dal principio del preminente interesse del minore, la nuova legge dà concretezza anche agli altri principi-guida della CRC. Basti ricordare qui il divieto di discriminazione, garantendo ai minori stranieri non accompagnati lo stesso trattamento dei minori di cittadinanza italiana o dell'Ue (art. 1); il diritto all'ascolto, assicurando non solo assistenza affettiva e psicologica e la presenza di un mediatore culturale ma anche il diritto all'assistenza legale (artt. 15 e 16); la tutela dello sviluppo personale attraverso la ricerca di soluzioni durature che, oltre a misure di accompagnamento verso la maggiore età finalizzate all'autonomia e all'integrazione sociale (art. 13), comprendono l'eventuale rimpatrio *assistito e volontario* dopo una serie di assicurazioni *individuali* sulla situazione, anche familiare, nel Paese di origine (art. 8); la preferenza per un ambiente familiare, da realizzarsi mediante l'unità familiare, se si individuano familiari idonei a prendersi cura del minore interessato (art. 6), oppure attraverso l'affidamento (art. 7). Significativamente, questo quadro si completa con una serie di misure volte non solo alla tutela del minore ma, anche, ad accrescerne l'autonomia. Così, oltre a un divieto assoluto di respingimento alla frontiera (art. 3, cfr. già art. 19.2 TUI), la nuova legge prevede: strutture di prima accoglienza specifiche con tempi più brevi di permanenza (art. 4); l'identificazione basata su procedure uniformi a livello nazionale, inclusi un colloquio, con personale competente per appron-

dire i bisogni specifici del minore interessato ed eventuali esami socio-sanitari in caso di dubbi sull'età, da svolgere nel rispetto di specifiche garanzie (informazione e consenso, ambiente idoneo, non compromissione dello stato psico-fisico) (art. 5)<sup>68</sup>; permessi "uniformi" di soggiorno per minore età o per motivi familiari in caso di affidamento (art. 10)<sup>69</sup>.

Per quanto alcuni elementi significativi in linea con il nuovo modello italiano siano già emersi a livello europeo e un tentativo in tal senso è stato compiuto in seno all'Unione attraverso la specifica Comunicazione in materia pubblicata dalla Commissione nel 2017, la convergenza con il modello universale di tutela potrebbe essere limitata dal mancato cambio di paradigma richiesto dal principio del preminente interesse del minore. Nel senso qui concettualizzato, non solo il minore andrebbe considerato in quanto tale, e cioè al di là del suo *status* migratorio, ma occorrerebbe anche superare la visione del minore coinvolto nel processo migratorio come intrinsecamente vulnerabile, abbracciando piuttosto il concetto di "*nuanced vulnerability*" che emerge dalla CRC proprio per bilanciare le esigenze di protezione con quelle di autonomia del minore e riconosce in fattori esterni l'origine della condizione di vulnerabilità<sup>70</sup>. Forse, è anche per questa ragione che, finora, il principio in esame ha svolto un ruolo soprattutto interpretativo o, meglio, è stato utilizzato per massimizzare le esigenze di "protezione" dei minori coinvolti nel processo migratorio e non anche per rafforzarne l'"autonomia", non cogliendo quindi tutte le potenziali implicazioni del principio come diritto sostanziale (ad esempio, come forma di protezione complementare).

Di certo, se una convergenza è in corso, non siamo comunque di fronte a una relazione a "senso unico" ma a un dialogo aperto tra sistemi di tutela facilitato dal tentativo di oggettivizzare il concetto di *best interests*. Così, anche la "proceduralizzazione" del principio in esame, cui guardano con favore il Comitato CRC e l'UNHCR e a cui potrebbero contribuire gli sviluppi europei, appare rilevante al fine di superare gli *standard* minimi di tutela tuttora prevalenti. Più problematica resta, invece, una delle conseguenze meno evidenti di questa progressiva oggettivizzazione. Infatti, se la realizzazione del preminente interesse del minore consiste nel garantire il godimento dei diritti protetti nella CRC, la

<sup>68</sup> Sul tema, la Corte Edu sarà presto chiamata a pronunciarsi in seguito al ricorso *Darboe and Camara v. Italy*, Application n. 5797/17.

<sup>69</sup> Sul tema specifico dei minori non accompagnati, si rinvia al contributo di A. SCIACOVELLI in questo volume.

<sup>70</sup> Cfr. RYANGAERT, VANDENHOLE, *Undocumented migration: Integrating the children's rights concept of nuanced vulnerability in human rights law*, in BREMS ET AL. (eds.), *Children's Rights Law in the Global Human Rights Landscape*, Oxford, 2017, pp. 210 ss.

tutela *indiretta* del diritto alla vita e allo sviluppo (art. 6 CRC) richiederebbe anche la previsione di canali legali per raggiungere l'Europa, anche in funzione della ricostituzione dell'unità familiare, attraverso rotte sicure. Se su questo punto, tuttavia, non pare esservi consenso, un'ulteriore evoluzione a livello europeo appare comunque necessaria. Ciò non solo perché, quantomeno a livello Ue, la tutela dei minori è un obiettivo *per se* al quale l'esercizio delle competenze in materia migratoria dovrebbero contribuire, ma soprattutto per evitare che interventi nazionali contrastanti, adottati anche per colmare le lacune esistenti, mettano in pericolo questo processo di continua convergenza e dialogo.

**STATUS CIVITATIS E INTERESSE DEL MINORE:  
LIMITI ALLE POLITICHE MIGRATORIE  
DEGLI STATI MEMBRI DELL'UNIONE EUROPEA**

Chiara RAGNI\*

SOMMARIO: 1. L'impatto del diritto dell'Unione europea sulle politiche degli Stati membri in materia di immigrazione: inquadramento delle questioni rilevanti. – 2. La controversa applicazione del diritto UE a situazioni apparentemente e formalmente interne allo Stato nei casi di allontanamento dal territorio dell'Unione di familiari di un cittadino cui questi è legato da un rapporto di dipendenza. – 3. Il concetto di "dipendenza" quale parametro in base al quale valutare l'effetto preclusivo dell'azione statale rispetto all'esercizio, anche in prospettiva, dei diritti derivanti dallo status di cittadino dell'UE. – 4. L'individuazione dei diritti riconducibili allo status di cittadino dell'Unione europea e la possibilità di includere nel novero dei medesimi quelli derivanti dalla Carta dei diritti fondamentali. – 5. Considerazioni conclusive.

*1. L'impatto del diritto dell'Unione europea sulle politiche degli Stati membri in materia di immigrazione: inquadramento delle questioni rilevanti*

La graduale presa di coscienza, nell'ambito della comunità internazionale, dell'esigenza di regolare il fenomeno migratorio secondo politiche comuni e il contestuale affermarsi di interessi collettivi, i quali si riflettono nella formulazione di norme volte a tutelarli, ha imposto un ripensamento della concezione classica del potere assoluto dello Stato in materia di gestione dei propri confini.<sup>1</sup>

\* Professore associato di Diritto internazionale, Università degli Studi di Milano.

<sup>1</sup> La libertà di cui gode lo Stato nel decidere i criteri per l'ingresso e il soggiorno di stranieri nel proprio territorio è infatti tipicamente espressione dell'esercizio delle prerogative sovrane, la cui limitazione si è avuta in corrispondenza alla conclusione di un numero sempre più significativo di accordi internazionali relativi al trattamento degli stranieri. Sull'argomento si vedano anzitutto GIULIANO, *Lo straniero nel diritto internazionale*, in *La Comunità internazionale*, 1981, p. 329 ss., spec. p. 343 ss.; TAMBURINI, *Trattamento degli stranieri e buona fede nel diritto internazionale generale*, Padova, 1984, pec. p. 20 ss.; NASCIBENE, *Lo straniero nel diritto internazionale*, Milano, 2013.

La progressiva tendenza a limitare la discrezionalità delle autorità nazionali nell'ambito delle politiche migratorie è principalmente attribuibile: da un lato, all'adozione, anzitutto nel settore del diritto internazionale umanitario e successivamente nel più generale contesto della tutela dei diritti umani, di norme destinate a garantire, in presenza di determinate condizioni, una specifica tutela all'individuo migrante;<sup>2</sup> dall'altro all'esigenza, avvertita soprattutto in particolari contesti, come quello che ha dato vita all'Unione europea, di incentivare, principalmente con finalità di carattere economico, la mobilità delle persone.

Le regole adottate nell'ambito dell'UE, sulla cui applicazione l'analisi sarà concentrata, sono appunto espressione dell'esigenza di bilanciare le prerogative sovrane dello Stato in un'area tipicamente riservata alla sua *domestic jurisdiction*, con quella di garantire il pieno esercizio delle libertà comunitarie e la tutela dei diritti umani. Tra questi, particolare rilievo assume, soprattutto ai fini della presente analisi, quello alla salvaguardia dei legami familiari che al migrante fanno capo.

Sotto il primo profilo, è noto come la cittadinanza dell'UE comporti, secondo quanto previsto dall'art. 20 TFUE, il diritto di circolare e soggiornare liberamente nel territorio di qualunque Stato membro, nonché quello, previsto dalla direttiva 2004/38/CE,<sup>3</sup> di essere accompagnato o raggiunto dai propri familiari, anche privi della cittadinanza europea, nel caso di spostamento in uno Stato diverso da quello di nazionalità. Per quel che invece concerne i cittadini di Paesi terzi, essi godono di benefici molto più limitati, che tuttavia includono, secondo quanto previsto dalla direttiva n. 2003/86/CE, la possibilità di richiedere, in presenza di determinate condizioni, la cui precisazione e il cui accertamento sono per lo più lasciati agli Stati, un permesso di soggiorno per ricongiungimento familiare a favore dei congiunti del lavoratore regolarmente soggiornante nel territorio di un Paese membro. In entrambi i casi, quindi, elemento qualificante per la concessione, in deroga alla legislazione nazionale, del permesso di soggiorno allo straniero – intendendosi come tale ed in sen-

<sup>2</sup> Sull'impatto delle norme in materia di diritti umani sul progressivo evolversi del diritto dell'immigrazione cfr. PISILLO MAZZESCHI, *The Relationship Between Human Rights and the Rights of Aliens and Immigrants*, in FASTENRATH, GEIGER, KHAN, PAULUS, VON SCHORLEMER, VEDDER (eds.), *From Bilateralism to Community Interest: Essays in Honour of Judge Bruno Simma*, Oxford, 2011, pp. 552 ss.

<sup>3</sup> Direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, in *GUUE*, n. L 229 del 29 giugno 2004.

<sup>3</sup> Direttiva 2003/86/CE del Consiglio del 22 settembre 2003 relativa al diritto al ricongiungimento familiare, in *GUUE*, n. L del 3 ottobre 2003.

so lato l'individuo che sia privo della cittadinanza dello Stato – è l'esistenza di un legame familiare con il cittadino di un Paese membro dell'UE o con quello extracomunitario ivi regolarmente soggiornante.

L'obbligo di tutelare i legami facenti capo all'individuo, che comprende quello di garantire l'unità familiare, seppure nei limiti di un giusto bilanciamento con interessi pubblici di carattere fondamentale, tra cui quello alla sicurezza del territorio e a una adeguata gestione dei flussi migratori,<sup>4</sup> grava infatti sugli Stati, non solo in base delle direttive, che in una certa misura ne sono espressione, ma anche e soprattutto in forza di quanto previsto dalle norme in materia di tutela dei diritti umani.<sup>5</sup> Tra queste, da un lato l'art. 8 CEDU e l'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali, nel sancire il diritto al rispetto della vita familiare, contemplano il dovere per gli Stati di assicurare la salvaguardia delle relazioni affettive tra i membri della famiglia, ad esempio attraverso il riconoscimento della possibilità di vivere e di spostarsi insieme; dall'altro l'interesse del minore, la cui tutela va garantita in via prioritaria rispetto ad altre esigenze, comporta, come sancito già da tempo dalla Convenzione di New York del 1989,<sup>6</sup> nonché, più di recente, dall'art. 24 della Carta, il diritto a mantenere una relazione con entrambi i genitori.

Nel quadro dell'UE, pertanto, la libertà degli Stati di adottare misure relative all'ingresso e al soggiorno nel proprio territorio di soggetti di nazionalità straniera, ovvero di disporne l'allontanamento, risulta non solo limitata, come si è detto, dal diritto umanitario e dalle norme a tutela dei diritti umani, ma anche dalle regole che, nello specifico contesto dell'UE, mirano a garantire la realizzazione degli interessi comuni dei Paesi membri, nonché, in particolare, dei loro cittadini. Il trattamento privilegiato riservato a questi ultimi, pur essendo stato formalmente sancito con l'introduzione, nel 1992, della cittadinanza europea, ha origini più antiche; già a partire dalla fine degli anni settanta, si è infatti comin-

<sup>4</sup> Cfr. il capo VI della direttiva 2004/38/CE, nonché, per quanto riguarda la 2003/86, cfr. in particolare gli artt. 6-8, 12 e 16.

<sup>5</sup> L'art. 6 del Trattato di Lisbona prevede infatti da un lato che: «l'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000... che ha lo stesso valore giuridico dei trattati», dall'altro l'adesione alla CEDU, ad oggi tuttavia ostacolata dal parere negativo (n. 2/13) espresso il 18 dicembre 2014 dalla Corte di giustizia sulla proposta di accordo (su cui si veda ANRÒ, *L'adesione dell'Unione Europea alla CEDU*, Milano, 2015), che tuttavia non esclude la rilevanza delle norme contenute nella Convenzione sia nell'ambito dei principi costituzionali comuni agli Stati membri, sia come parametro ermeneutico di riferimento nella interpretazione della Carta (come stabilito dall'art. 52 par. 3 della medesima).

<sup>6</sup> Cfr. art. 3 della Convenzione sui diritti del fanciullo, del 20 novembre 1989, di cui tutti gli Stati membri della UE sono parti.

ciato a distinguere, sotto il profilo lessicale, il fenomeno migratorio, riguardante gli “extracomunitari”, il cui ingresso e soggiorno nel territorio degli Stati membri è tradizionalmente affidato alle condizioni stabilite dalle politiche legislative nazionali, salvi i limiti cui si è fatto cenno, dalla “libera circolazione”, regolata invece dalle norme dell’UE.<sup>7</sup>

Alla luce di queste premesse, l’intento è quello di esaminare, a partire dalla recente prassi della Corte di giustizia dell’UE, quali sono le conseguenze giuridiche, in tema di bilanciamento tra la discrezionalità concessa agli Stati in materia di politiche migratorie e l’esigenza di tutelare interessi di altra natura, che l’essere un minore cittadino di un Paese membro comporta, ai fini del riconoscimento di determinati diritti, soprattutto di natura familiare, anche al di fuori dello specifico contesto della libera circolazione.

Il tema riveste oggi particolare importanza, come testimoniato anche dalle discussioni, che hanno avuto luogo nel Regno Unito e che coinvolgono oggi vari Stati membri dell’UE, tra cui l’Italia, circa la opportunità di prevedere l’acquisto della nazionalità *iure soli* per i bambini che nascono nel territorio dell’Unione, date le implicazioni che questo comporta, in termini di limitazione della sovranità statale, in funzione di esigenze di tutela del cittadino comunitario. Ed è proprio su questo aspetto, ossia sulle implicazioni che dallo *status* di cittadino dell’UE discendono, che si concentrerà la presente analisi, il cui fine ultimo è quello di esaminare, anche in prospettiva, i possibili riflessi e le ricadute, che la recente prassi in materia è suscettibile di generare.

A tali fini, l’indagine non potrà prescindere, anzi dovrà necessariamente muovere, dall’esame della giurisprudenza della Corte di giustizia, relativa al problema della compatibilità con il diritto dell’UE di provvedimenti di allontanamento emessi nei confronti di cittadini extracomunitari, che, sebbene privi di un legittimo titolo di soggiorno, siano genitori di minori che, *iure soli* o *iure sanguinis*, siano invece titolari dello *status* di cittadino europeo, ma non abbiano ancora esercitato i propri diritti di libera circolazione.<sup>8</sup> La prassi sviluppata in tale specifico contesto, a par-

<sup>7</sup> Su questa distinzione e, più in generale, sul trattamento più favorevole riservato ai cittadini europei rispetto ai soggetti provenienti da Stati terzi all’UE v. in questo volume LANG, *La parabola della cittadinanza dell’Unione*, p. 95, nonché la dottrina ivi citata. Sull’impatto della cittadinanza europea sul diritto dell’immigrazione si veda inoltre, più in generale, GUILD, *The Legal Elements of European Identity: EU Citizenship and Migration Law*, L’Aja, 2004.

<sup>8</sup> Particolarmente rilevanti in tale ambito sono le sentenze rese nei casi *Zambrano* e *Dereci* nel 2011 e quella adottata più di recente, il 10 maggio 2017, dalla Grande Camera nel caso *Chavez-Vilchez*. V. Corte di giustizia (grande sezione), *Gerardo Ruiz Zam-*

tire dal caso *Zambrano*, si articola attorno a due principali questioni, particolarmente rilevanti ai fini del ragionamento complessivo che si intende svolgere. Esse riguardano l'interpretazione dell'art. 20 TFUE, che istituisce la cittadinanza dell'UE, prevedendo che da essa discendano un nucleo di diritti essenziali, in relazione alla cui applicazione ci si chiede: *a)* da un lato se essa si estenda anche in situazioni che apparentemente e formalmente non ricadono nella sfera applicativa del diritto UE; *b)* dall'altro se i diritti cui la norma fa riferimento debbano ritenersi inclusivi, pur in assenza di espressa previsione, anche di quelli concernenti la tutela della vita familiare e l'interesse del minore, la cui rilevanza è evidente nel contesto di decisioni che abbiano come effetto quello di separare il bambino dai propri genitori.

*2. La controversa applicazione del diritto UE a situazioni apparentemente e formalmente interne allo Stato nei casi di allontanamento dal territorio dell'Unione di familiari di un cittadino cui questi è legato da un rapporto di dipendenza*

La situazione del minore, che, pur essendo cittadino dell'UE, in quanto avente la nazionalità di uno Stato membro, non abbia mai esercitato la libertà di circolazione, è, in via di principio esclusa dal campo di applicazione del diritto comunitario. Essa infatti non rientra nella direttiva 2003/86/CE, la quale regola la possibilità per soggetti aventi nazionalità di un Paese terzo, regolarmente residenti sul territorio dell'Unione, di chiedere un permesso di soggiorno a titolo di ricongiungimento per i propri familiari; ma esula anche dalla disciplina prevista dalla 2004/38/CE, che, pur riferendosi specificamente ai cittadini di uno Stato membro, in possesso quindi, come tali, della cittadinanza dell'UE, si applica nel solo caso essi si siano spostati da uno Stato membro ad un altro, esercitando così la libertà di circolazione.

L'attribuzione ai cittadini dell'UE dei diritti riconosciuti da quest'ultima direttiva, implica quindi, secondo quanto chiaramente si evince dall'art. 1 comma 1 della medesima, una qualche forma di mobilità transfrontaliera. Tale condizione, che è stata interpretata dalla Corte di

*brano c. Office national de l'emploi*, 8 marzo 2011, causa C-34/09; *Murat Dereci e altri c. Bundesministerium für Inneres*, 15 novembre 2011, causa C-256/11; *H.C. Chavez-Vilchez e a. c. Raad van bestuur van de Sociale verzekeringsbank e a.*, 10 maggio 2017, causa C-133/15.

giustizia, facendo ricorso a una sorta di finzione giuridica,<sup>9</sup> nel senso di includere anche il solo fatto di risiedere in uno Stato diverso da quello della nazionalità,<sup>10</sup> risulta difficilmente estensibile, almeno in via di principio, all'ipotesi in cui non solo la libertà di circolazione non sia mai stata esercitata, ma nella quale oltretutto il soggetto abbia sempre continuato a risiedere nel Paese membro di cui è anche cittadino. Si tratta infatti in questo caso di una fattispecie puramente interna allo Stato, in relazione alla quale, alla luce dei ragionamenti svolti nelle premesse, non vi sarebbe ragione per non applicare la disciplina nazionale e per l'operare invece del diritto dell'UE, il quale regola, coerentemente con i suoi scopi e con l'ambito delle sue competenze, le situazioni di mobilità transfrontaliera, ovvero quelle che coinvolgono diversi membri dell'Unione.

Tale ragionamento e i risultati cui esso conduce sono stati tuttavia messi in discussione della Corte di giustizia, la quale, a partire dal 2011, ha suggerito un ampliamento, per via interpretativa, degli effetti discendenti dallo *status* di cittadino europeo. Nel caso *Zambrano*, tra le varie questioni proposte, i giudici del rinvio ponevano la questione della possibilità di ricavare dagli artt. 20 e 21 TFUE, i quali attribuiscono ai soggetti in possesso della cittadinanza dell'UE la libertà di circolazione e soggiorno nel territorio degli Stati membri, un diritto derivato di soggiorno per il genitore extracomunitario di un cittadino minorenni, pur in assenza di un suo spostamento transfrontaliero verso un Paese diverso da quello della nazionalità. Secondo la Grande Camera, dato che l'allontanamento del padre extracomunitario di un cittadino dell'UE avrebbe privato il minore della persona da cui questi dipendeva economicamente, egli sarebbe stato in definitiva costretto ad abbandonare il

<sup>9</sup> Così LANG, *La parabola*, cit.

<sup>10</sup> Cfr. Corte di giustizia, *Kunqian Catherine Zhu e Man Lavette Chen c. Secretary of State for the Home Department*, 19 ottobre 2004, causa C-200/02. In questo caso, riguardante l'attribuzione del diritto di soggiorno nel Regno Unito alla mamma cinese di una bambina, partorita in Irlanda al preciso fine di permetterle l'acquisizione *iure soli* della nazionalità di uno Stato membro dell'UE, i giudici hanno espresso per la prima volta il principio secondo cui: «... il godimento del diritto di soggiorno da parte di un bimbo in tenera età implica necessariamente che tale bimbo abbia il diritto di essere accompagnato dalla persona che ne garantisce effettivamente la custodia e, quindi, che tale persona possa con lui risiedere nello Stato membro ospitante durante tale soggiorno... Per questa sola ragione si deve dichiarare che quando, come nella causa principale, l'art. 18 CE e la direttiva 90/364 conferiscono al cittadino minorenni in tenera età un diritto di soggiorno a tempo indeterminato nello Stato membro ospitante, tali stesse disposizioni consentono al genitore che ha effettivamente la custodia di tale cittadino di soggiornare con quest'ultimo nello Stato membro ospitante» (*ivi*, parr. 45-46).

territorio dell'Unione insieme al genitore e a rinunciare pertanto, seppure in prospettiva, a tutti i diritti connessi al proprio *status* di cittadino europeo, acquisito *iure soli*, ivi compreso quello alla libera circolazione. Tale ragionamento, funzionale a dimostrare che il caso rientrava nella sfera di applicazione del diritto UE, aveva portato i giudici ad escludere la compatibilità con l'art. 20 TFUE del diniego del permesso di soggiorno per il padre.

In *Zambrano* la Corte enuncia quindi per la prima volta il principio, poi ripreso in modo letterale dalla giurisprudenza successiva,<sup>11</sup> secondo cui: «l'art. 20 TFUE osta a provvedimenti nazionali che abbiano l'effetto di privare i cittadini dell'Unione del godimento reale ed effettivo del nucleo essenziale dei diritti conferiti dallo *status* suddetto».<sup>12</sup> Essa tuttavia precisa che il criterio relativo alla privazione del contenuto sostanziale dei diritti attribuiti dallo *status* di cittadino dell'Unione ha «un carattere molto particolare» e trova, in definitiva, applicazione solo «in via eccezionale», ovvero in quelle ipotesi in cui «malgrado la circostanza che il diritto derivato relativo al diritto di soggiorno dei cittadini di Stati terzi non sia applicabile, un diritto di soggiorno non può essere negato», poiché, se così non fosse, il cittadino dell'Unione si troverebbe «obbligato, di fatto, ad abbandonare il territorio non solo dello Stato membro di cui è cittadino, ma anche dell'Unione considerata nel suo complesso».

Emerge quindi una tendenza ad ampliare la sfera di applicazione del diritto dell'UE anche a casi che, in principio, ne sarebbero esclusi, in quanto tradizionalmente rientranti nelle c.d. situazioni interne, sottoposte quindi alla giurisdizione esclusiva e alla legislazione degli Stati. I poteri sovrani di cui questi godono nella materia considerata risulterebbero quindi ulteriormente circoscritti essendo ad essi preclusa, secondo quanto emerge dalla giurisprudenza citata, la possibilità di impedire il soggiorno dello straniero extracomunitario, qualora il diniego del permesso di residenza abbia come effetto quello di costringere un cittadino dell'UE a lasciare il territorio dello Stato (e, più in generale, quello dell'Unione), privandosi così del godimento, anche solo in prospettiva, dei diritti che gli spettano in funzione del proprio *status*.<sup>13</sup>

<sup>11</sup> Cfr. *Dereci*, cit., par. 64 ss.; Corte di giustizia, *O. e S. c. Maahanmuuttovirasto e Maahanmuuttovirasto contro L.*, 6 dicembre 2012, cause riunite C-356/11 e C-357/11; *Chavez-Vilchez*, cit., par. 61.

<sup>12</sup> *Zambrano*, cit., par. 42.

<sup>13</sup> Come chiarito in più occasioni dalla Corte, infatti, lo *status* di cittadino dell'Unione è destinato ad essere lo *status* fondamentale dei cittadini degli Stati membri. Cfr., tra le altre, *Dereci*, cit., par. 44; *McCarthy*, cit., par. 47; *Rudy Grzelczyk c. Centre*

A questo riguardo si è giustamente osservato che i giudici, nello svolgere tale ragionamento, hanno sostanzialmente anteposto le conclusioni alle premesse.<sup>14</sup> Infatti, anziché stabilire come prima cosa se la situazione fosse puramente interna o se invece, in quanto caratterizzata da elementi transfrontalieri, essa rientrasse nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, onde valutare infine se la misura nazionale fosse o meno con esso compatibile, la Corte si basa sulla potenziale lesività della negazione del permesso di soggiorno sui diritti esercitabili in prospettiva dal minore cittadino, al fine di stabilire la rilevanza della fattispecie ai fini dell'art. 20 TFUE. Determinante è quindi l'effetto preclusivo che l'attività dello Stato produce sull'esercizio, anche futuro, dei diritti di cui il soggetto gode in virtù del proprio *status*;<sup>15</sup> la valutazione pertanto prescinde da qualunque altra ulteriore considerazione in merito alla possibilità di ricondurre o meno la fattispecie nell'ambito della disciplina stabilita dalla legislazione secondaria in tema di ingresso e soggiorno, nonché all'interno della competenza dell'UE a legiferare in materia.

*3. Il concetto di “dipendenza” quale parametro in base al quale valutare l'effetto preclusivo dell'azione statale rispetto all'esercizio, anche in prospettiva, dei diritti derivanti dallo status di cittadino dell'UE*

L'applicazione del ragionamento enunciato dalla Corte, a partire dal caso *Zambrano*, implica, pertanto, che da un lato si identifichino i diritti che dallo *status* di cittadino derivano, dall'altro la verifica della compatibilità con il loro esercizio di eventuali misure nazionali idonee, anche in prospettiva, a limitarne la portata. Quanto al primo profilo, certamente rientrano tra i diritti di cui l'individuo gode in quanto cittadino, quelli di

*public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve*, 20 settembre 2001, causa C-184/99; *Carlos Garcia Avello c. Stato belga*, 2 ottobre 2003, causa C-148/02.

<sup>14</sup> Si veda in questo senso ŠADL, *Ruiz Zambrano as an Illustration of How the Court of Justice of the European Union Constructs Its Legal Argument*, in *European Constitutional Law Review*, 2013, p. 205 ss. Secondo l'a.: «*the Court puts the cart in front of the horse: instead of arguing that the matter was not purely internal to establish competence, before considering any adverse effects, it considers adverse effects to establish competence*» (ivi, p. 225).

<sup>15</sup> Illuminante in tale senso è quanto affermato dalla Corte nel caso *McCarthy*, dove, appunto, il mancato riconoscimento alla misura nazionale dell'effetto preclusivo rispetto all'esercizio, da parte del cittadino europeo, dei diritti derivanti dal suo *status*, aveva condotto ad escludere la rilevanza della fattispecie ai fini dell'applicazione del diritto dell'UE (Corte di giustizia, *Shirley McCarthy c. Secretary of State for the Home Department*, 5 maggio 2011, causa C-434/09, par. 47 ss., spec. par. 57).

libera circolazione e di soggiorno nel territorio degli Stati membri. Più controversa invece è, come meglio diremo, la possibilità di includere nel novero di tali diritti anche quelli derivanti da altre fonti, tra cui ad esempio la Carta dei diritti fondamentali, cui gli art. 20 e 21 TFUE non fanno espressamente riferimento, pur non potendosi escludere, dalla lettura delle norme, che le indicazioni in esse contenute non esauriscano la portata dei benefici e delle libertà che lo *status* di cittadino comporta.<sup>16</sup>

Quanto invece al secondo aspetto, l'effetto preclusivo rispetto all'esercizio dei diritti di libera circolazione e soggiorno si produce, nei casi esaminati, nell'ipotesi in cui l'allontanamento dallo Stato del soggetto irregolarmente residente nel suo territorio costringa un cittadino dell'Unione, a questi legato da un rapporto di dipendenza, a lasciare non solo il Paese interessato, ma quello della Unione nel suo complesso. Elemento determinante è quindi l'esistenza di un rapporto di dipendenza esclusiva tra il cittadino e la persona cui questi è legato da un vincolo di affetto o di parentela, tale da rendere impossibile al primo, in assenza del secondo, la permanenza sul territorio dello Stato membro.

Parametro di riferimento in tale valutazione è quindi quello della dipendenza; concetto questo sul cui contenuto è riscontrabile una interessante tendenza evolutiva della giurisprudenza della Corte di giustizia. Nel caso *Zambrano* esso era stato ricostruito in termini più che altro di "dipendenza economica";<sup>17</sup> interpretazione questa ripresa nel già citato caso *Dereci*, nel quale peraltro i giudici avevano ulteriormente puntualizzato che: «la mera circostanza che possa apparire auspicabile al cittadino di uno Stato membro, *per ragioni economiche* o per mantenere l'unità familiare del territorio dell'Unione, che i suoi familiari, che non possiedono la cittadinanza di uno Stato membro, possano soggiornare con lui nel territorio dell'Unione, non basta di per sé a far ritenere che il cittadino dell'Unione sia costretto ad abbandonare il territorio dell'Unione qualora un tale diritto non gli venga concesso» (corsivi aggiunti).<sup>18</sup> Il legame familiare o la dipendenza di carattere affettivo restavano, pertanto, secondo tale prima ricostruzione, al di fuori delle ipotesi

<sup>16</sup> L'art. 20, infatti, nello stabilire che «i cittadini dell'Unione godono dei diritti e sono soggetti ai doveri previsti nei trattati», prevede che essi abbiano «tra l'altro: a) il diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri», alludendo così alla portata esemplificativa e non esaustiva dell'elenco contenuto nella norma.

<sup>17</sup> *Zambrano*, cit., par. 43-45.

<sup>18</sup> *Dereci*, cit., par. 68. L'approccio prudente seguito dai giudici è imputabile al fatto che, come peraltro sottolineato dalla stessa Corte, il principio espresso nel caso *Zambrano*, in quanto riferito a una ipotesi di carattere eccezionale, non poteva che essere interpretato in modo restrittivo.

in cui era ravvisabile una condizione tale da costringere un soggetto, quand'anche si fosse trattato di un minore, a lasciare il territorio dell'UE, in conseguenza dell'allontanamento del genitore<sup>19</sup>.

È soprattutto a partire dal 2012, anche per effetto dell'entrata in vigore già da alcuni anni del Trattato di Lisbona e della maggiore enfasi da questo posta sull'obbligatorietà delle norme in materia di diritti umani, che si assiste a un'ulteriore evoluzione della giurisprudenza della Corte. Viene infatti gradualmente attribuita una sempre maggiore importanza a valori ed esigenze facenti capo alla persona, soprattutto nel caso di decisioni riguardanti il minore, il quale, come si è detto, gode di una particolare tutela, ribadita nel contesto dell'UE dalla previsione di un nucleo di interessi, che ad esso fanno capo, all'interno della Carta dei diritti fondamentali.

Sotto il profilo della interpretazione del concetto di dipendenza,<sup>20</sup> la tendenza descritta è anzitutto riscontrabile nel caso *Maahanmuuttovirasto*, in cui la Corte individua, quale elemento rilevante ai fini della valutazione sul grado di dipendenza,<sup>21</sup> il fatto che la persona richiedente un permesso di soggiorno sia non solo economicamente, ma anche giuridicamente o affettivamente responsabile del minore cittadino; a supporto di tale conclusione, essa indica le norme della Carta dei diritti fondamentali e la necessità che esse fungano da parametro di riferimento nella interpretazione ed applicazione del diritto dell'UE, ed in particolare, per quanto riguarda l'oggetto specifico del ricorso, delle norme contenute nella direttiva 2003/86.<sup>22</sup> Senza entrare nel merito specifico della que-

<sup>19</sup> Nel medesimo senso si veda anche *McCarthy*, cit., dove viene ribadito il concetto secondo cui: «l'art. 21 TFUE non è applicabile ad un cittadino dell'Unione che non abbia mai esercitato il proprio diritto di libera circolazione, che abbia sempre soggiornato in uno Stato membro del quale possiede la cittadinanza e che possieda, inoltre, la cittadinanza di un altro Stato membro, purché la situazione di tale cittadino non comporti l'applicazione di misure di uno Stato membro che abbiano l'effetto di privare costui del godimento effettivo del nucleo essenziale dei diritti conferiti dallo status di cittadino dell'Unione ovvero l'effetto di ostacolare l'esercizio del suo diritto di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri» (*ivi*, par. 56). Nella specie, la circostanza che alla ricorrente non fosse stata riconosciuta la cittadinanza irlandese non era di per sé idonea a precluderle l'esercizio dei diritti derivanti dal suo *status*, in quanto essa era in possesso della nazionalità di un secondo Paese membro.

<sup>20</sup> Per una analisi dell'evoluzione della giurisprudenza in tale ambito si veda K. LENAERTS, *EU citizenship and the European Court of Justice's "stone-by-stone" approach*, in *International Comparative Jurisprudence*, 2015, p. 1 ss.

<sup>21</sup> *Maahanmuuttovirasto*, par. 56.

<sup>22</sup> Nella specie i giudici erano chiamati a pronunciarsi sulla compatibilità con il diritto dell'UE di misure statali che subordinano la concessione di un permesso di soggiorno per motivi di ricongiungimento familiare alla dimostrazione, da parte del richiedente,

stione trattata nella specie, ciò che qui rileva è la precisazione fatta dalla Corte secondo cui nel determinare le condizioni per la concessione di un permesso di soggiorno, lo Stato, pur godendo di una certa discrezionalità, non può astenersi dall'«esaminare le domande di ricongiungimento familiare nell'interesse dei minori interessati oltre che nell'ottica di favorire la vita familiare, nonché evitando di pregiudicare sia l'obiettivo di tale direttiva sia il suo effetto utile».<sup>23</sup>

Nella sentenza viene quindi per la prima volta espressamente affrontato il problema della rilevanza dei diritti, ed in particolare di quelli relativi alla tutela della vita familiare e all'interesse del minore, sulle politiche dello Stato in materia di ingresso e soggiorno di cittadini stranieri; questione questa su cui la Corte aveva evitato di prendere posizione nelle precedenti pronunce, preferendo basare la propria valutazione su elementi di carattere fattuale, essenzialmente riconducibili alla dimostrazione dell'esistenza di un rapporto di dipendenza prettamente economico tra il cittadino e il soggetto interessato dalla misura. Ancora più significativa dell'evolversi dell'approccio dei giudici di Lussemburgo nell'ambito considerato è infine la sentenza resa nel caso *Chvez-Vilchez*; esso, di nuovo, riguardava il problema della compatibilità con il diritto dell'UE, secondo la interpretazione suggerita in *Zambrano*, dell'allontanamento dei genitori di un cittadino dal territorio di uno Stato membro. Le questioni sottoposte all'esame della Corte avevano in particolare ad oggetto le norme della legislazione olandese, secondo cui l'espulsione dallo Stato della persona priva di un regolare permesso di soggiorno è possibile, quand'anche si tratti del genitore di un minore cittadino, con cui questi

del possesso di risorse stabili e regolari sufficienti per mantenere se stesso e i suoi familiari. Secondo la Corte: «...Si deve rammentare ...che, come risulta da costante giurisprudenza, le esigenze inerenti alla tutela dei principi generali riconosciuti nell'ordinamento giuridico comunitario, fra i quali vanno annoverati i diritti fondamentali, vincolano parimenti gli Stati membri quando danno esecuzione alle discipline comunitarie, ed essi sono pertanto tenuti, quanto più possibile, ad applicare tali discipline nel rispetto delle dette esigenze» (*ivi*, par. 104-105, nonché par. 80). Per completezza, occorre ricordare che il problema della necessità di interpretare ed applicare le norme contenute nelle direttive europee in materia di ricongiungimento familiare in modo conforme agli obblighi assunti dagli Stati in materia di tutela dei diritti dell'uomo era già stato affrontato e risolto in senso positivo dalla Corte già a partire dalla sentenza del 27 giugno 2006 resa nella causa C-540/03, avente ad oggetto un ricorso d'annullamento proposto dal Parlamento europeo contro il Consiglio dell'UE. Nel medesimo senso si vedano anche *Chen*, sentenza del 19 ottobre 2004, causa C-200/02 (v. anche le Conclusioni dell'Avv. Generale, par. 94); *Chakroun*, sentenza del 4 marzo 2010, causa C-578/08; nonché la giurisprudenza qui in esame.

<sup>23</sup> *Maahanmuuttovirasto*, cit.

risiede e da cui dipende, laddove non sia escluso che l'altro genitore, in possesso della nazionalità del Paese membro in questione e quindi titolare dei diritti che da essa discendono, possa essere effettivamente in grado di prendersi cura del figlio; circostanza questa la prova della cui eventuale insussistenza spetta al soggetto richiedente il permesso di soggiorno. Si trattava quindi per i giudici di stabilire la compatibilità di siffatta normativa con gli artt. 20 e 21 TFUE, ed in particolare di statuire se la presenza nello Stato membro di un genitore in via di principio capace di provvedere alle esigenze del figlio, cittadino dell'UE, fosse di per sé motivo sufficiente per negare, nonostante l'allontanamento dal territorio della madre priva del permesso di soggiorno, il prodursi dell'effetto preclusivo rispetto al futuro esercizio dei diritti da parte del minore.

La valorizzazione dell'importanza dell'interesse del minore e dei diritti che gli spettano, nonché dei rapporti familiari che ad esso fanno capo emerge già dalle conclusioni dell'Avvocato Generale, il quale sottolinea come la discrezionalità dello Stato in materia di immigrazione debba essere necessariamente bilanciata, secondo un criterio di proporzionalità, con gli altri interessi che entrano in gioco e che fanno capo alle persone direttamente coinvolte dal provvedimento nazionale di allontanamento del genitore. Al fine di compiere tale valutazione, ovvero di verificare se la decisione nazionale sia il risultato di una corretta ponderazione, «devono essere presi in considerazione molti elementi, il più importante dei quali è... il grado di dipendenza tra il genitore cittadino di uno Stato terzo e il figlio cittadino dell'Unione. A questo riguardo, è essenziale accertare chi sia responsabile “dal punto di vista legale, finanziario o affettivo”». Infatti, come già dichiarato dalla Corte, «è la relazione di dipendenza tra il cittadino dell'Unione in tenera età e il cittadino di un paese terzo al quale è negato un diritto di soggiorno che può mettere in discussione l'efficacia pratica della cittadinanza dell'Unione dal momento che è tale dipendenza a far sì che il cittadino dell'Unione sia costretto, di fatto, ad abbandonare non soltanto il territorio dello Stato membro del quale è cittadino, ma anche quello dell'Unione considerato nel suo complesso, come conseguenza di una siffatta decisione di diniego».<sup>24</sup>

Il ragionamento, che fa quindi leva sul parametro della dipendenza, non più soltanto economica, ma anche affettiva, viene ripreso dalla Corte, la quale non solo ribadisce in modo espresso che nell'accertamento di tale elemento, fondamentale ai fini della valutazione della compatibilità

<sup>24</sup> *Chavez-Vilchez*, cit., Conclusioni dell'Avvocato Generale, par. 97 ss.

del provvedimento nazionale con il diritto dell'UE, i giudici devono tenere conto dell'esigenza del rispetto della vita familiare e della tutela dell'interesse del minore, secondo quanto stabilito dalla Carta dei diritti fondamentali, ma si spinge oltre, nell'individuazione delle circostanze di specie, alla luce delle quali svolgere tale valutazione. In particolare, essa identifica una serie di elementi di carattere fattuale, con cui il giudice nazionale deve misurarsi, al fine di stabilire se esista tra il minore cittadino e il genitore richiedente il permesso di soggiorno un rapporto di dipendenza tale da fare ritenere che contrasterebbe con l'interesse del primo l'allontanamento del secondo dallo Stato in cui entrambi risiedono.<sup>25</sup>

Il concetto di dipendenza, su cui si basa la valutazione circa il futuro esercizio dei diritti del cittadino e da cui essenzialmente dipende la possibilità di dimostrare il carattere non meramente interno della situazione considerata, viene quindi ricostruito in base a parametri che essenzialmente derivano dalle norme a tutela dei diritti umani, ed in particolare da quelle riguardanti l'interesse del minore; questo deve essere inteso non solo nella sua dimensione processuale, ovvero come standard di cui il giudice deve tenere conto nell'adottare le proprie decisioni, ma anche come concetto dotato di un contenuto sostanziale, ricostruito dalla Corte alla luce di specifici fattori la cui rilevanza andrà verificata caso per caso.<sup>26</sup>

La sentenza sembrerebbe quindi suggerire che la valutazione circa il carattere comunitario della fattispecie debba svolgersi attraverso norme e principi derivanti dalla Carta, la cui applicazione non dovrebbe tuttavia imporsi o essere invocabile in via autonoma, essendo essa subordinata, secondo quanto previsto dalla Carta medesima, al fatto che si tratti di questione relativa all'implementazione da parte degli Stati o delle istituzioni del diritto dell'UE.<sup>27</sup> Orbene, il ragionamento svolto dai giudici in

<sup>25</sup> La Corte in particolare identifica quali fattori di cui tenere concretamente conto in tale valutazione: «l'età del minore, del suo sviluppo fisico ed emotivo, dell'intensità della sua relazione affettiva sia con il genitore cittadino dell'Unione sia con il genitore cittadino di un paese terzo, nonché del rischio che la separazione da quest'ultimo comporterebbe per l'equilibrio di tale minore». *Chavez-Vilchez*, cit., par. 71.

<sup>26</sup> Sulle diverse dimensioni in cui si sostanzia l'interesse del minore cfr. *General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1)*.

<sup>27</sup> Cfr. art. 51 della Carta. Come efficacemente notato dalla dottrina «the Charter is the “shadow” of EU law. Just as an object defines the contours of its shadow, the scope of EU law determines that of the Charter». LENAERTS, *The EC Charter of fundamental rights: scope of application and methods of interpretation*, in KRONENBERGER e A. (eds.), *De Rome à Lisbonne: les juridictions de l'Union européenne à la croisée des chemins*, Bruxelles, 2013, p. 107 ss., spec. p. 117.

*Chavez-Vilchez* sembra invece basarsi – di nuovo – su di una anticipazione delle conclusioni rispetto alle premesse; i principi sviluppati in materia di tutela dei diritti umani vengono infatti utilizzati come strumento ermeneutico per dimostrare la rilevanza comunitaria della fattispecie, anziché come parametro in base al quale valutare, una volta accertata la competenza del diritto dell'UE a regolarla, la compatibilità del medesimo, ovvero dello strumento con cui lo Stato vi ha dato attuazione, con le regole contenute nella Carta e con i principi su cui essa si fonda.<sup>28</sup>

#### 4. *L'individuazione dei diritti riconducibili allo status di cittadino dell'Unione europea e la possibilità di includere nel novero dei medesimi quelli derivanti dalla Carta dei diritti fondamentali*

Le conclusioni raggiunte dalla Corte di giustizia nel caso *Chavez-Vilchez*, che sostanzialmente si basano sulla possibilità di utilizzare i concetti di vita familiare e di interesse del minore, quali parametri in base ai quali verificare l'esistenza di un rapporto di dipendenza tra il minore e il genitore interessato dal diniego del permesso di soggiorno, al fine ulteriore di dimostrare l'effetto preclusivo della misura nazionale di allontanamento dello straniero rispetto al futuro esercizio da parte del figlio, cittadino dell'UE, delle libertà di circolazione e soggiorno, presentano, sotto un profilo strettamente giuridico, alcune criticità. Come si è detto, esse si fondano su una inversione dei termini del ragionamento che la Corte avrebbe dovuto svolgere, a meno di non ritenere che l'art. 20 TFUE vada interpretato nel senso di ricollegare allo *status civitatis* diritti

<sup>28</sup> A questo riguardo è stato osservato che «en principe, c'est le droit de l'Union qui délimite le champ d'application de la Charte et non pas le contraire». TIZZANO, *L'application de la Charte de droits fondamentaux dans les États membres à la lumière de son article 51, paragraphe 1*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2014, p. 429 ss., spec. p. 431. L'a. peraltro si sofferma sulla parziale ambiguità della formula utilizzata dalla norma, il cui scopo è evidentemente di confinare la competenza della Corte di giustizia entro i limiti della potestà legislativa attribuita alla UE, evitando così interferenze con altre giurisdizioni chiamate a pronunciarsi in materia di diritti umani. Egli tuttavia sottolinea l'importanza di una sinergia tra le corti in funzione del perseguimento di obiettivi comuni. «Et ces objectifs sont, me parait-il, ceux d'enrichir la protection des droits fondamentaux à plusieurs niveaux et de se prévaloir à ces fins des apports des différentes instances judiciaires et des systèmes juridiques en cause. Cela précisément par le biais d'un "réseau" juridictionnel européen qui encourage une participation plus large, plus active et plus attentive aux questions européennes de la part des différentes juridictions, de même que des confrontations et des réflexions communes sur les problèmes, au fond assez similaires, qu'elles rencontrent...» (*ivi*, p. 436).

ulteriori, oltre a quelli espressamente previsti dalla norma; il dubbio riguarda la possibilità di includere nel novero di tali diritti anche quelli previsti dalla Carta. Si tratta in tale caso di coordinare tale ipotesi con l'espressa previsione dell'art. 51 della medesima Carta, che, come si è detto, ne esclude l'applicabilità in via autonoma, fissando come presupposto per il suo operare il fatto che si tratti di questione relativa all'attuazione del diritto dell'UE. Anche quindi a volere ammettere che il concetto, più volte ripreso dalla Corte, secondo cui «citizenship of the Union is intended to be the fundamental status of nationals of the Member States», implichi che da tale *status* derivino tutta una serie di diritti, tra cui quelli previsti dalla Carta, il cui rispetto si imporrebbe a prescindere dall'esercizio presente o futuro della libertà di circolazione e soggiorno, si porrebbe, comunque, come rilevato in dottrina, un problema di coordinamento con la giurisprudenza della CtEDU; tanto più che questa, nella materia considerata, sembrerebbe essersi orientata verso un approccio tendente a preservare – seppure in contrapposizione al rispetto dei diritti individuali – le prerogative dello Stato in materia di immigrazione.<sup>29</sup>

Chiamati più volte a pronunciarsi in merito alla compatibilità con l'art. 8 CEDU, di provvedimenti di espulsione o di allontanamento riguardanti cittadini stranieri aventi legami di natura familiare nel territorio del Paese di accoglienza, i giudici di Strasburgo hanno infatti costantemente espresso il principio secondo cui la norma non garantisce il diritto di ingresso e soggiorno nello Stato di cui non si è cittadini,<sup>30</sup> questo infatti detiene, come si è detto, in base al diritto internazionale, il potere di controllare l'ingresso, il soggiorno e l'allontanamento degli stranieri.<sup>31</sup> Ciò vale anche, in principio, qualora le decisioni adottate dalle autorità nazionali costituiscano un'ingerenza nell'esercizio del diritto alla vita familiare, in quanto idonee a pregiudicare i legami personali o familiari

<sup>29</sup> Cfr. HAILBRONNER, THYM, in *Common Market Law Review*, 2011, p. 1253 ss., spec., 1261 e p. 1268 ss.; NOWAK, *Case C-34/09, Gerardo Ruiz Zambrano v. Office National de l'Emploi (ONEM) & Case C-434/09, Shirley McCarthy v. Secretary of State for the Home Department*, in *Columbia Journal of European Law*, 2010-2011, p. 673 ss., spec. p. 688 ss.

<sup>30</sup> Da ultimo CtEDU, *Pajić c. Croazia* (ricorso n. 68453/13, sentenza del 23 febbraio 2016, dove espressamente viene ribadito che: «*The Convention does not guarantee the right of a foreign national to enter or to reside in a particular country*» (ivi, par. 58), su cui sia consentito fare riferimento a RAGNI, *Il diritto al ricongiungimento familiare nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: riflessioni a margine del caso Pajić*, in *Diritti umani diritto internazionale*, 2016, p. 454 ss.

<sup>31</sup> Si veda ad esempio CtEDU, *Gül v. Switzerland* (ricorso no. 23218/94), 19 febbraio 1996, par. 38 ss.

facenti capo all'interessato.<sup>32</sup> In tale caso tuttavia la misura interna potrà essere considerata legittima ai sensi della CEDU soltanto se e nella misura in cui essa soddisfi i requisiti previsti dall'art. 8 par. 2, ovvero laddove essa sia «prevista dalla legge», persegua uno o più scopi legittimi tra quelli elencati nella norma, appaia «necessaria in una società democratica», nonché costituisca, alla luce di questi parametri e della ormai consolidata giurisprudenza della Corte, il risultato di un corretto bilanciamento, da parte dello Stato, tra il sacrificio imposto al diritto e l'interesse pubblico perseguito con la misura contestata.<sup>33</sup> In particolare, la Corte ha indicato una serie di parametri di cui tenere conto nello svolgimento di tale valutazione, tra i quali, per quel che qui interessa: la durata del soggiorno dell'interessato nel Paese dal quale deve essere espulso; la situazione familiare, l'eventuale nascita di figli dal matrimonio; l'ampiezza dei legami che le persone coinvolte hanno con lo Stato contraente in causa; l'esistenza o meno di ostacoli insormontabili affinché la famiglia possa vivere nel Paese di origine; la consapevolezza, da parte delle persone coinvolte, della precarietà della loro permanenza nello Stato ospite in ragione della mancata osservanza delle regole sull'immigrazione.<sup>34</sup>

L'approccio adottato dalla CtEDU è quindi in linea con la tendenza, cui si accennava in premessa, a valorizzare, come contrappeso rispetto

<sup>32</sup> In questo senso si è espresso anche il Comitato per i diritti umani, secondo cui: «The separation of a person from his family by means of his expulsion could be regarded as an arbitrary interference with the family and as a violation of article 17 if in the circumstances of the case the separation of the author from his family and its effects on him were disproportionate to the objectives of removal». *Giosue Canepa v. Canada*, *Communication No. 558/1993*, U.N. Doc. CCPR/C/59/D/558/1993 (1997), par. 11.4. Per un confronto con la prassi del Comitato rispetto ai problemi in esame v. CATALDI, *Espulsione degli stranieri e protezione della vita familiare nella prassi degli organi internazionali di controllo sui diritti umani*, in PISILLO MAZZESCHI E A. (a cura di), *Diritti umani degli immigrati. Tutela della famiglia e dei minori*, Napoli, 2010, p. 135 ss.

<sup>33</sup> Sul tema del bilanciamento tra interesse dello stato all'allontanamento dello straniero dal proprio territorio e tutela dei diritti umani cfr. MALINVERNI, *I limiti all'espulsione secondo la Convenzione europea*, in SALERNO, *Diritti dell'uomo, estradizione ed espulsione*, Padova 2003, p. 165 ss., spec. p. 177.

<sup>34</sup> CtEDU, *Hamidovic c. Italia* (ricorso n. 31956/05), sentenza del 4 dicembre 2012, par. 42, in cui, considerato il fatto che il decreto di espulsione era motivato dalla circostanza che a carico della ricorrente pendevano alcuni procedimenti penali, i due interessi tra cui occorreva mantenere un giusto equilibrio erano da un lato quello dell'individuo a non essere separato dalla propria famiglia per effetto del provvedimento di espulsione, dall'altro quello dello Stato ad allontanare un soggetto ritenuto una minaccia per la sicurezza e l'ordine pubblico. Si veda in questo senso già *El Boujaïdi c. Francia* (ricorso n. 25613/94), sentenza del 26 settembre 1997, par. 39. Su questi temi cfr. PALLADINO, *La tutela dei migranti irregolari e dei richiedenti protezione internazionale*, in DI STASI, *Cedu e ordinamento italiano*, Padova, 2016, p. 167 ss., spec. p. 171 ss.

alla sovranità assoluta un tempo goduta dagli Stati in materia di politiche migratorie, la dimensione individuale del soggetto richiedente un permesso di soggiorno, la cui condizione giuridica non è più ricostruibile solo in funzione della tradizionale contrapposizione tra cittadini e stranieri, dovendosi piuttosto tenere conto, anche nella materia considerata, dell'impatto che su di essa esercitano le norme poste a presidio dei diritti umani, le quali si rivolgono alla persona in quanto tale, a prescindere dalla nazionalità. Come giustamente sottolineato dalla dottrina, queste norme non sono, però, necessariamente destinate a prevalere sulla disciplina interna, ma esercitano su di essa una influenza commisurata alla natura e alla rilevanza del diritto considerato. Per quanto concerne quelli riguardanti la tutela della vita familiare, per quanto anch'essi condizionino la discrezionalità dello Stato, è pur vero che questo conserva un margine di apprezzamento, in funzione dell'esigenza di salvaguardare esigenze pubbliche di carattere fondamentale, secondo quanto previsto dall'art. 8 CEDU e, per quanto riguarda lo specifico contesto dell'UE, dalle direttive in materia di libera circolazione. Con la conseguenza che, in presenza di interessi statali meritevoli di tutela, la Corte si è sovente pronunciata nel senso della mancata violazione da parte dello Stato del diritto alla vita familiare, laddove fosse adeguatamente dimostrato che questa si sarebbe potuta svolgere altrove, ad esempio nel Paese di provenienza dei richiedenti il permesso di soggiorno, senza alcun grave pregiudizio per le persone coinvolte (c.d. *elsewhere approach*).<sup>35</sup>

Un approccio parzialmente diverso nel senso di un significativo maggiore "sbilanciamento" a favore dei diritti individuali è riscontrabile, però, anche nella giurisprudenza della CtEDU, nel caso in cui ad essere coinvolti siano gli interessi del minore. In una fattispecie molto simile a quelle qui in esame, la Corte si è infatti pronunciata nel senso di ritenere pressoché irrilevanti le esigenze, pur legittime, di tutela del benessere economico del Paese, invocate dallo Stato a sostegno del provvedimento di espulsione emesso nei confronti di una donna, residente illegalmente nei Paesi Bassi sin dall'epoca della nascita della figlia. A parere dei giudici, l'interesse pubblico non poteva nella specie essere considerato pre-

<sup>35</sup> Per la definizione di "elsewhere approach" v. TONER, *Partnership Rights, Free Movement, and EU Law*, Oxford, 2004, p. 88 ss. Per una rassegna della giurisprudenza della Corte EDU sul tema cfr. THYM, *Respect for Private and Family Life under Article 8 ECHR in Immigration Cases: a Human Right to Regularize Illegal Stay?*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2008, 57, 87-112; in senso critico v. SPIJKERBOER, *Structural Instability; Strasburg Case Law on Children's Family Reunion*, in *European Journal of Migration and Law*, 2009, 271-293; DE VITTOR, *Sviluppo*, cit.

valente sui diritti derivanti dall'art. 8 CEDU, a causa del pregiudizio che sarebbe derivato alla minore in seguito alla separazione dalla madre.<sup>36</sup> Determinante, quindi, ai fini della conclusione raggiunta, è il rilievo attribuito al superiore interesse del fanciullo, che, pur non essendo oggetto di autonoma considerazione nel sistema della Convenzione, risulta essere, secondo il diritto internazionale,<sup>37</sup> un parametro fondamentale nella valutazione della legittimità delle misure nazionali che coinvolgono il minore,<sup>38</sup> incluse quelle in materia di immigrazione; in tale ambito esso può infatti comportare, come chiarito dai giudici di Lussemburgo, l'imposizione di ulteriori limiti alla discrezionalità degli Stati nell'esercizio delle loro prerogative sovrane.<sup>39</sup> Va peraltro rilevato che l'approccio della CtEDU rispetto a tali temi non è sempre coerente, tanto che in dottrina si è sottolineata in senso critico la difficoltà di estrapolare dalla sua giurisprudenza indicazioni univoche quanto alle regole da applicare; tra i vari elementi cui però essa attribuisce importanza vi sono:

<sup>36</sup> Ctedu, *Rodrigues da Silva e Hoogkamer c. Paesi Bassi* (ricorso n. 50435/99), sentenza del 31 gennaio 2006. Nel medesimo senso di offrire un livello più alto di tutela quando ad essere coinvolto sia l'interesse del minore si veda *Sen c. Paesi Bassi* (ricorso n. 31465/96), sentenza del 21 dicembre 2001, par. 37 ss., spec. 40). In senso contrario *Gül c. Svizzera* (ricorso n. 23218/94), sentenza del 19 febbraio 1996; *Ahmut c. Paesi Bassi* (ricorso n. 21702/93), sentenza del 28 novembre 1996. Per un'analisi critica di tali sentenze si veda ADINOLFI, *Il diritto alla vita familiare nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Rivista di diritto internazionale* 2011, p. 5 ss., nonché la dottrina ivi citata.

<sup>37</sup> Va a questo riguardo ricordato che la Convenzione di New York garantisce, agli artt. 9 e 10, il diritto del minore a non essere separato dai propri genitori, imponendo di considerare «con uno spirito positivo, con umanità e diligenza» ogni domanda presentata da un fanciullo o dai suoi genitori in vista di entrare in uno Stato Parte ai fini di un ricongiungimento familiare. È stato giustamente osservato in dottrina che, pur non stabilendo un generale obbligo di garantire il diritto al ricongiungimento o alla coesione familiare per i migranti, la Convenzione offre comunque una chiara indicazione nel senso che un riconoscimento ampio di tale diritto corrisponderebbe in generale all'interesse del fanciullo che essa impone di considerare come preminente. DE VITTOR, *Sviluppo psicofisico del minore e controllo dell'immigrazione clandestina: il bilanciamento operato dalla Corte di cassazione*, in *Diritti umani diritto internazionale*, 2010, p. 442 ss.

<sup>38</sup> Cfr. sul tema DISTEFANO, *Interesse superiore del minore e sottrazione internazionale di minori*, Padova, 2012; nonché, con specifico riferimento alla rilevanza dell'interesse del minore nella materia qui in esame v. Pisillo Mazzeschi, *Concluding Remarks*, in BIAGIONI, IPPOLITO (eds.), *Migrant Children in the 21st Century: Challenges for Public and Private International law*, Napoli, 2016, p. 489 ss.

<sup>39</sup> Ctedu, *Üner c. Paesi Bassi* (ricorso n. 46410/99), sentenza del 18 ottobre 2006, su cui, in dottrina, si veda STEINHORTH, *Üner v The Netherlands: Expulsion of Long-term Immigrants and the Right to Respect for private and family Life*, in *Human Rights Law Review*, 2008, p. 185 ss; nel medesimo senso Ctedu, *Sen c. Paesi Bassi* (ricorso n. 31465/96), sentenza del 21 dicembre 2001, par. 37.

da una parte, l'esigenza dello Stato di preservare la sicurezza e l'ordine pubblico nei casi in cui si tratti dell'allontanamento della persona in quanto responsabile di reati anche gravi; dall'altro, per quanto riguarda l'individuo, particolare rilievo è dato, come si è detto, sia all'interesse del minore sia anche al grado di integrazione del soggetto nello Stato di accoglienza e, in opposto, ai legami esistenti con quello di origine.

##### 5. Considerazioni conclusive

Ci sembra pertanto di potere concludere, alla luce di quanto si è detto, che le preoccupazioni, circa la possibilità che l'ampliamento della portata dei diritti facenti capo al cittadino dell'UE in funzione del suo *status* sollevi problemi di coordinamento con la giurisprudenza della Corte EDU, debbano ritenersi per lo più prive di fondamento. Se è vero infatti che la Corte di giustizia, a partire dal caso *Zambrano* e oggi in modo ancora più significativo in *Chavez-Vilchez*, ha adottato, rispetto alla Corte EDU, un approccio più garantista dei diritti individuali e meno attento a salvaguardare, nell'ottica di un corretto bilanciamento, gli interessi dello Stato, è altrettanto vero che i principi su cui essa ha basato il proprio orientamento, sono gli stessi che hanno ispirato la giurisprudenza dei giudici di Strasburgo. Tra gli elementi rilevanti al fine di stabilire la proporzionalità della misura nazionale di allontanamento rispetto alla tutela di esigenze pubbliche fondamentali, essa ha infatti indicato da un lato all'interesse del minore, la cui protezione è assicurata per il tramite dell'art. 8 CEDU, dall'altro il grado di integrazione di questi e dei suoi familiari nel territorio dello Stato.

Sono questi i criteri che, a nostro avviso, hanno orientato la politica giudiziaria della Corte di giustizia, dalla quale si evince chiaramente che l'obiettivo è quello di garantire l'integrazione del cittadino, soprattutto se minorenni, visto che in tale caso il suo interesse dovrà necessariamente ritenersi prioritario,<sup>40</sup> attraverso il riconoscimento dei suoi diritti fondamentali e della possibilità di esercitarli. Anche a volere criticare la costruzione giuridica cui i giudici sono ricorsi per giustificare tale conclusione, nel senso che in essa non è sempre ravvisabile un *iter* logico ben definito, non si potrebbe comunque negare che i parametri ermeneutici

<sup>40</sup> Va infatti notato che le conclusioni raggiunte dalla Corte in merito ai diritti che discendono dallo *status* di cittadinanza sono diverse a seconda che si tratti di un adulto o di un minore. V. per una riflessione in questo senso, alla luce di un confronto tra i casi *Zambrano* e *McCarthy*, NOWAK, *Case*, cit., p. 702.

su cui la Corte si basa sono, al di là delle singole norme richiamate, i principi su cui l'Unione stessa si fonda, ossia quelli «del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani», la cui tutela, come sottolineato anche dall'Avvocato Generale nelle Conclusioni presentate nel caso *Zambrano*, non dovrebbe dipendere dalla singola iniziativa legislativa delle istituzioni,<sup>41</sup> ma piuttosto dovrebbe essere, seppure in un'ottica di bilanciamento di valori,<sup>42</sup> l'obiettivo cui sia gli Stati e l'Unione europea dovrebbero sinergicamente aspirare.

<sup>41</sup> Rileva a questo riguardo l'Avvocato Generale Sharpston: «In un'Unione europea basata sui diritti fondamentali e sullo Stato di diritto, la tutela non dovrebbe dipendere dall'iniziativa legislativa delle istituzioni e dal processo politico. Una simile tutela contingente dei diritti è in antitesi con il modo in cui le democrazie contemporanee legittimano l'autorità dello Stato» (ivi, par. 165; nonché v. parr. 156 ss.). Sul tema si veda IPOLITO, *La Carta dei diritti fondamentali quale strumento per l'integrazione dei cittadini comunitari ed extracomunitari: un primo bilancio*, in CAGGIANO (a cura di), *I percorsi giuridici per l'integrazione. Migranti e titolari di protezione internazionale tra diritto dell'Unione e ordinamento italiano*, Torino, 2014, p. 79 ss.

<sup>42</sup> È stato infatti rilevato che, nella giurisprudenza sviluppatasi a partire dal caso *Zambrano*, i giudici non avrebbero sufficientemente valorizzato il fatto che, esattamente come avviene nel contesto della CEDU, la tutela dei diritti umani dovrebbe, con riferimento ad esempio al rispetto della vita familiare, misurarsi, in un'ottica di bilanciamento di interessi, con eventuali esigenze imperative dello Stato che si possano porre in antitesi rispetto all'interesse individuale. Cfr. in tal senso HAILBRONNER, THYM, *op. cit.*, p. 1270. Ci sembra tuttavia che questa considerazione non sia del tutto corretta, avendo la Corte di giustizia in altre occasioni puntualmente evocato l'importanza di considerare, in un'ottica di proporzionalità, le ragioni invocate dallo Stato a sostegno della misura restrittiva (cfr. ad es., sempre con riguardo alla cittadinanza europea Corte di giustizia, *Janko Rottmann c. Freistaat Bayern*, 2 marzo 2010, C-135/08); ciò però non implica che il bilanciamento debba sempre condurre ai medesimi risultati o che i parametri di riferimento debbano essere gli stessi, ben potendo la Carta essere interpretata nel senso di garantire, in funzione degli obiettivi di integrazione perseguiti dall'Unione e del particolare contesto che la caratterizza, *standard* di tutela più elevati di quelli previsti dalla CEDU e dalla giurisprudenza relativa. In questo senso, con specifico riferimento alla materia qui considerata cfr. PALLADINO, *Il diritto al ricongiungimento familiare nell'ordinamento europeo*, Bari, 2012, p. 16.

**LA PROTEZIONE DEI MINORI STRANIERI  
NON ACCOMPAGNATI IN EUROPA ALLA LUCE  
DELLE CRITICITÀ RILEVATE DALLA CORTE  
DI STRASBURGO: FRA *ASYLUM ACQUIS*,  
PROPOSTE DI RIFORMA DELL'UE E LEGGE "ZAMPA"**

Annita Larissa SCIACOVELLI\*

SOMMARIO: 1. I minori stranieri non accompagnati in Europa: eterogeneità della categoria e trasversalità della tutela internazionale ed europea. – 2. Il Sistema europeo comune di asilo alla prova dell'emergenza migratoria minorile e le criticità rilevate dalle Corti europee. – 3. La giurisprudenza inglese e il "duty to entry" del minore *ex art. 8 Cedu*. – 4. Le proposte di riforma del Sistema. – 5. Le novità introdotte dalla Legge n. 47/2017 (cd. Legge "Zampa"). – 6. Considerazioni conclusive.

*1. I minori stranieri non accompagnati in Europa: eterogeneità della categoria e trasversalità della tutela internazionale ed europea*

La migrazione minorile nell'Unione europea (UE) costituisce ormai una componente a lungo termine del fenomeno migratorio rappresentando una sfida complessa per l'ordinamento giuridico internazionale ed europeo. Dai dati dell'European Migration Network (EMN) risulta che nel 2016 il 36% degli immigrati giunti in Europa è costituito da minori, i quali rappresentano il 30% delle vittime dell'immigrazione, cui si aggiunge la notizia allarmante del numero dei minori stranieri non accompagnati (MSNA) pari a 96.465<sup>1</sup>.

In Italia, nel 2016, il Ministero del lavoro ha registrato 25.846 ingressi di MSNA, dei quali 15.485 sono stati collocati nei centri di prima accoglienza, mentre 6.508 risultano irreperibili<sup>2</sup>. Trattasi di stime indica-

\* Ricercatore confermato di Diritto internazionale, Dipartimento di giurisprudenza, Università degli Studi di Bari Aldo Moro

<sup>1</sup> Cfr. EMN, *Policies, Practices and Data on Unaccompanied Minors in EU*, 2016, reperibile *on-line* <https://ec.europa.eu>.

<sup>2</sup> Dal cruscotto informatico del Ministero degli interni, alla data del 1° giugno 2017, risultano presenti sul nostro territorio 5.602 MSNA, ambedue i documenti sono reperibili *on-line* <http://www.lavoro.gov.it>.

tive poiché non includono né il numero di minori che transitano nell'UE senza registrarsi presso le autorità degli Stati membri, per il timore di non potersi spostare in altri Paesi europei, né i numerosi casi di minori erroneamente identificati come adulti.

Vieppiù, il carattere approssimativo del fenomeno è imputabile anche all'assenza di dati statistici completi da un punto di vista quantitativo e qualitativo, atteso che il Regolamento (CE) 862/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, relativo alle statistiche dell'UE in materia di migrazione e di protezione internazionale, prevede il solo censimento dei MSNA richiedenti asilo e vittime della tratta, mentre nulla è richiesto riguardo agli altri minori stranieri<sup>3</sup>. Va da sé che un'analisi parziale del fenomeno non permette un suo inquadramento che, se conosciuto in modo puntuale, permette l'uscita da un approccio emergenziale e una gestione coerente della politica migratoria minorile nell'UE, come auspicato dalla Commissione europea nello *Staff Working Document Implementation of the Action Plan on UAMS* del 2017, nel quale si sollecitano gli Stati membri a fornire i dati statistici, anche disaggregati, inerenti a tutte le categorie di MSNA, inclusi gli irregolari<sup>4</sup>.

Ad ogni buon conto, la lettura sommaria dei dati indicati consente già di intuire per linee generali la complessità e l'ampiezza del fenomeno migratorio minorile in Europa, non tanto in termini assoluti, cioè se valutato rispetto al numero complessivo dei migranti giunti nell'UE, quanto invece se considerato alla luce della condizione di estrema vulnerabilità dei minori migranti (vittime di un drammatico percorso migratorio e giunti senza genitori o parenti, ovvero lasciati soli dopo il loro arrivo nell'UE), e della più ampia protezione che gli Stati devono accordare ai fini della loro individuazione e accoglienza – temporanea e/o a lungo termine – onde porli al riparo dalle organizzazioni criminali dedite allo sfruttamento del lavoro minorile, alla prostituzione, alla porno-pedofilia e all'espianto di organi<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> V. Regolamento (CE) 862/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 luglio 2007, relativo alle statistiche dell'UE in materia di migrazione e di protezione internazionale, reperibile *on-line* <http://eur-lex.europa.eu>.

<sup>4</sup> V. *Staff Working Document Implementation of the Action Plan on Uams* (2010-2014), *Accompanying the Document, Communication from the Commission to the Council and the European Parliament, the Protection of Children in Migration*, 12 aprile 2017, COM(2017) 211 final.

<sup>5</sup> Cfr. IPPOLITO, *(De)Constructing Children's Vulnerability in European Law*, in IPPOLITO, IGLESIAS SANCHEZ (eds.), *Protection of Vulnerable Group. The European Human Rights Framework*, Oxford, 2015, p. 23 ss.; POBJOY, *The Child in International Refugee Law*, London, 2017, p. 22 ss.

In realtà, sebbene vi sia una definizione uniforme di MSNA – indicato nel diritto dell’UE quale “persona d’età inferiore ai diciotto anni che entri nel territorio degli Stati membri senza essere accompagnata da un adulto che ne sia responsabile per legge o in base agli usi, fino a quando non sia effettivamente affidata a un adulto, termine in cui sono inclusi anche i minori abbandonati dopo essere entrati nel territorio degli Stati membri”<sup>6</sup> una prima problematica inerente al loro trattamento riguarda l’eterogeneità di tale categoria, in quanto il suo status giuridico presenta una certa variabilità nelle diverse fasi di arrivo e transito nell’UE che occorre prendere in considerazione e tutelare singolarmente, onde evitare che il minore sia lasciato in uno stato di incertezza giuridica.

Si pensi, ad esempio, al MSNA vittima della tratta e/o della ri-tratta; alla sua condizione di arrivo regolare o irregolare nel territorio dell’UE, posto che in quest’ultimo caso egli sarà sottoposto alle normali condizioni di ingresso dei migranti e, quindi, se irregolare sarà soggetto alla procedura di rimpatrio ai sensi della Direttiva 2008/11/CE (Direttiva rimpatri)<sup>7</sup>; al suo trattamento nello Stato di transito o in quello di destinazione se è in attesa del riconoscimento di protezione internazionale secondo il diritto dell’UE; al suo status derivante dalle relazioni con familiari presenti a vario titolo sul territorio europeo, o in Paesi terzi, ai fini del ricongiungimento familiare<sup>8</sup>.

Attualmente, tali forme di tutela sono disciplinate da diversi livelli ordinamentali – normativa internazionale, atti dell’UE, giurisprudenza della Corte di giustizia dell’UE (Corte di giustizia) e della Corte europea dei diritti dell’uomo (Corte europea), oltre alla legislazione statale e alla

<sup>6</sup> V., art. 2, par. 1, lett. l), della direttiva 2011/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, recante norme sull’attribuzione, a cittadini di Paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, la cui definizione è ripresa in tutti gli atti in materia di immigrazione minorile dell’UE.

<sup>7</sup> V. Direttiva 2008/11/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2008, recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare.

<sup>8</sup> In materia di protezione del minore vittima della tratta, si vedano, fra gli altri, SANNA, *L’azione internazionale contro il traffico di minori: strumenti normativi e di controllo*, in VENTURINI, BARIATTI (a cura di), *Diritti individuali e giustizia internazionale*, Milano, 2009, p. 853 ss.; DE PASQUALE, *Respingimenti, rimpatri e asilo: la tutela degli immigrati irregolari nell’UE*, in *Diritto Unione Europea*, 2010, p. 19 ss.; GAMBINI, *I diritti del minore vittima di tratta e gli strumenti di tutela della persona*, reperibile online <http://www.costituzionalismo.it>, 2014; ANNONI, *The Protection of Child Victims of Trafficking in Europe*, in *Migrant Children: Challenges for Public and Private International Law*, in IPPOLITO, BIAGIONI (eds.), Napoli, 2016, p. 31 ss.

sua applicazione da parte dei tribunali statali - delineando una prospettiva di tutela trasversale di non facile coordinamento in cui la garanzia dei diritti fondamentali *dovrebbe* travalicare ogni confine territoriale, per proteggere l'estrema fragilità psico-fisica del minore<sup>9</sup>.

Ciò premesso, nell'esaminare la tematica in oggetto occorre, *in primis*, prendere le mosse dalla tutela apprestata ai MSNA dal primo livello di tutela, quello internazionale, offerto dalla Convenzione dell'ONU sui diritti del fanciullo, firmata a New York il 20 novembre 1989 (CRC), la quale appresta una protezione di carattere generale anche nel contesto migratorio, in funzione del principio cardine del superiore interesse del minore giusta l'art. 3 CRC<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> Sulla tutela del minore migrante si rinvia a SAULLE, *La Convenzione dei diritti del minore e l'ordinamento italiano*, Napoli, 1994; MOSCONI, *La protezione dei minori*, in SALERNO (a cura di), *Convezioni internazionali e la legge di riforma del diritto internazionale privato*, Padova, 1997, p. 59 ss.; VAN BUEREN, *The International Law on the Rights of the Child*, The Hague, 1998, p. 46 s.; DEL VECCHIO, *La protezione dei minori nell'evoluzione delle convenzioni internazionali in materia*, in *Rivista Internazionale dei Diritti dell'Uomo*, 2000, p. 655; SACCUCCI, *Riflessioni sulla tutela internazionale dei diritti del minore*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2000, p. 224; CELLAMARE, *La disciplina dell'immigrazione nell'Unione europea*, Torino, 2006, p. 247 ss.; MAFFEI, *La tutela internazionale dei diritti del bambino*, in PINESCHI (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani: norme, garanzie, prassi*, Milano, 2006, 232 ss.; GIOFFREDI, *Effettività e limiti della tutela internazionale dei diritti del fanciullo*, in *Studi in onore di Vincenzo Starace*, Napoli, 2008, 391 ss.; LENZERINI, *La protezione dei minori stranieri non accompagnati nel diritto internazionale*, in PISILLO MAZZESCHI, PUSTORINO, VIVIANI (a cura di), *Diritti umani degli immigranti. Tutela della famiglia e dei minori*, Napoli, 2010, p. 271 ss.; MORRONE, *L'interesse superiore del minore straniero non accompagnato nella prassi internazionale*, in ANNONI, MORI (a cura di), *I diritti delle famiglie migranti fra interazione e tutela della diversità, Atti della tavola rotonda Università Magna Graecia di Catanzaro, 21 maggio 2013*, Torino, 2015, p. 103 ss.; NASCIBENE, *Lo straniero nel diritto internazionale*, Milano, 2013, p. 59 ss.; ZANOBETTI, *protezione dei minori di età*, in *Codice della famiglia*, Milano, 2015, p. 3223 ss.; GORNIK, *At the Crossroad of Power Relations: the Convention of the Rights of the Child and Unaccompanied Migrant Minors*, in *Unaccompanied Children in European Migration and Asylum Practices: in Whose Best Interest*, in SEDMAK, SAUER, GORNIK (eds.), Abingdon/New York, 2017, p. 10 ss.

<sup>10</sup> V. anche la Dichiarazione di New York su rifugiati e migranti del 13 settembre 2016 (A/71/L.1\*). In dottrina, ampiamente, FREEMAN, *Article 3. The Best Interests of the Child*, in ALEN, VANDE LOTTE, VERHELLEN, ANG, BERGHMANS, VERHEYDE (eds.), *A Commentary on the United Nations Convention of the Rights of Child*, Leiden, 2007, p. 366 ss.; FOCARELLI, *La Convenzione di New York sui diritti del fanciullo e il concetto di "best interests of the child"*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2010, p. 981 ss.; BHABHA, *'Arendt's Children: Do Today's Migrant Children Have a Right to Have Rights?*, in *Unaccompanied*, cit., p. 203 ss.; CELLAMARE, *Dublino II (e III) e interesse superiore del minore non accompagnato*, in *Sud in Europa*, 2013, reperibile on-line <http://sudineuropa.net>, p. 6 ss.; KANICS, *The Best Interests of Unaccompanied and Separated Children: A Normative Framework Based on the Convention on the Rights of the*

Trattasi di un principio che racchiude in sé la funzione principale di criterio di valutazione delle legislazioni e delle decisioni degli Stati membri in materia di immigrazione, non solo riguardo alle questioni familiari, ma a tutti gli atti relativi al minore in qualunque contesto giuridico e relazionale. Dalla lettura della CRC emerge chiara la prestazione di una tutela avanzata in favore del minore, la quale ha ampiamente costituito la base giuridica tanto della normativa internazionale, europea e statale, quanto della giurisprudenza della Corte europea in tema di immigrazione minorile.

Nello specifico, e con riferimento ai minori migranti, la CRC sancisce l'obbligo di applicazione dei diritti convenzionali all'intero territorio degli Stati membri e a tutti i minori che si trovano sotto la loro giurisdizione (art. 2, par. 1, CRC). Sul punto, il Comitato dei diritti del fanciullo (Comitato CRC), nelle sue Osservazioni generali n. 6 sul trattamento dei minori separati dalle proprie famiglie e non accompagnati, fuori dal loro Paese d'origine, ha affermato che tali diritti devono essere "*available to all children – including asylum-seeking, refugee and migrant children – irrespective of their nationality, immigration status or statelessness*"<sup>11</sup>.

Ne consegue che tali diritti non possono essere ridotti, né arbitrariamente, né unilateralmente, escludendo alcune zone o aree dal territorio dello Stato o definendo particolari aree o zone come non soggette, o soggette solo parzialmente, alla giurisdizione dello Stato, ciò che comporta, ad esempio, l'illegittimità della pratica dei respingimenti in mare da parte delle autorità di uno Stato costiero anche nei confronti dei migranti minori di età<sup>12</sup>. Il par. 2 della citata disposizione reca poi il divieto di discriminazione, inteso non solo quale obbligo negativo, ossia quale diritto del MSNA a non essere discriminato nella presentazione della richiesta di asilo, bensì anche quale obbligo positivo richiedente una "*differentiation on the basis of different protection needs such as those deriving from age and/or gender*"<sup>13</sup>.

Specificamente, con riferimento all'ingresso del minore migrante, la CRC indica gli obblighi dello Stato territoriale nell'esaminare la sua do-

*Child*, in *Unaccompanied*, cit., p. 98 ss.; VAN OS, ZIJSTRA, KNORTH, POST, KALVERBOER, *Methodology for the Assessment of the Best Interests of the Child for Recently Arrived Unaccompanied Refugee Minors*, ivi, p. 104 ss.

<sup>11</sup> Cfr. Osservazioni generali n. 6, Il trattamento dei minori separati dalle proprie famiglie e non accompagnati, fuori dal loro Paese d'origine, del 3 giugno 2005, par. 12.

<sup>12</sup> V. della Corte europea (GC), affare *Hirsi c. Italia*, ricorso n. 27765/09, sentenza del 23 febbraio 2012. Cfr. VIRZO, *Coastal States and the Protection of Migrant Children at Sea*, in *Migrant*, cit., p. 3 ss.

<sup>13</sup> Cfr. Comitato CRC, osservazioni generali n. 6, cit., par. 18.

manda di ricongiungimento familiare in maniera positiva e umana (art. 10, par.1); nel riconoscerli protezione e aiuti speciali in considerazione della sua particolare vulnerabilità (art. 20), e nel collaborare con gli altri Stati e nell'assistere il minore nell'attività di *family tracing*, e, ove i familiari siano irreperibili, nel fornirgli un'assistenza speciale al pari di quella accordata a ogni altro minore cittadino in un'analogia situazione. A ciò si aggiunga il diritto del minore alla protezione umanitaria estesa – secondo il Comitato CRC – anche alla fase di *attesa* del riconoscimento dello status di rifugiato<sup>14</sup>.

Un'ultima disposizione centrale nel trattamento del minore migrante è quella relativa al divieto della privazione della libertà in maniera illegale o arbitraria, in attesa del riconoscimento della protezione internazionale o dell'espulsione, privazione che deve costituire un provvedimento di ultima istanza, di breve durata e giammai giustificata dal controllo dei flussi migratori (art. 37)<sup>15</sup>. Tale norma prevede altresì che in caso di detenzione, il minore debba essere separato dagli adulti, salvo che ciò non sia nel suo interesse, e che egli abbia rapidamente accesso a un'assistenza legale, onde contestare la legalità della privazione dinanzi un tribunale, o altra autorità competente, indipendente e imparziale. Nel caso di specie il riferimento è alla prassi del trattenimento dei minori migranti all'interno dei Centri di accoglienza, o di identificazione ed espulsione assimilabili per molti versi ad una forma di detenzione, senza la garanzia di un alloggio separato e spesso in strutture assolutamente non consone alle loro condizioni e necessità<sup>16</sup>.

## 2. Il Sistema europeo comune di asilo alla prova dell'emergenza migratoria minorile e le criticità rilevate dalle Corti europee

In ambito europeo il trattamento riservato ai MSNA rientra nella di-

<sup>14</sup> V. art. 22 CRC. Cfr. BHABHA, *Lone Travellers: Rights, Criminalization and the Translational Migration of Unaccompanied Children*, in *Journal of Interdisciplinary Legal Studies*, 2000, p. 269 ss.; ID., *Minors of Aliens? Inconsistent State Intervention and Separated Child Asylum-seekers*, in *European Journal of Migration Law*, 2001, p. 288 ss..

<sup>15</sup> In punto, v. le condizioni indicate nelle Osservazioni generali n. 6, cit., parr. 61-63. Cfr. CAMPESI, *La detenzione amministrativa nel diritto internazionale e dell'Unione europea*, in *Politica del Diritto*, 2012, p. 333 ss.

<sup>16</sup> Cfr. VITERALE, *Il minore straniero*, in MACRILLÒ (a cura di), *I diritti del minore e la tutela giurisdizionale*, Sant'Arcangelo di Romagna, 2015, p. 515 s.; NASCIBENE, *Un percorso tra i diritti. Scritti scelti (a cura degli allievi)*, Milano, 2016, p. 133 ss.

sciplina relativa al Sistema europeo comune di asilo (SECA), il quale costituisce il perimetro giuridico del minimo cogente formulato per l'accoglienza dei migranti anche minori.

A partire dal 2003, a causa dalle persistenti e forti ondate migratorie che hanno investito il continente europeo, tale disciplina è stata soggetta a un'importante riforma conclusasi negli anni 2011-2013<sup>17</sup>.

Attualmente, in sintesi e senza la pretesa di essere esaustivi, la disciplina del SECA applicabile ai MSNA consta: del Regolamento 604/2013 (Regolamento Dublino III)<sup>18</sup>, della già citata Direttiva qualifiche<sup>19</sup>, della Direttiva procedure (Direttiva 2013/32)<sup>20</sup>, della Direttiva accoglienza (Direttiva 2013/33)<sup>21</sup> e della citata Direttiva rimpatri<sup>22</sup>. Si rammenta che in materia sono applicabili altresì specifiche disposizioni contenute nella Direttiva sulla tratta degli esseri umani (Direttiva 2011/36)<sup>23</sup> e nella Direttiva sulla protezione delle vittime di reato (Direttiva 2012/29)<sup>24</sup>.

Ciò premesso, le maggiori problematiche sorte a seguito delle crisi migratorie sono state accuratamente rilevate dalla giurisprudenza delle Corti europee e dai rapporti delle agenzie e istituzioni che, a vario titolo, coadiuvano l'UE nella gestione dei migranti (Frontex, EMN, Agenzia

<sup>17</sup> Cfr., per tutti, NASCIBENE, *Il diritto di asilo nel Trattato sul funzionamento dell'Unione europea*, in FAVILLI (a cura di), *Procedure e garanzie del diritto di asilo*, Padova, 2011, p. 105 ss., in specie p. 114 ss.; ADINOLFI, *Riconoscimento dello status di rifugiato e della protezione sussidiaria: verso un sistema comune europeo?*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2009, p. 669 ss.; CHERUBINI, *L'asilo dalla Convenzione di Ginevra al diritto dell'Unione europea*, Bari, 2012; DI FILIPPO, *La circolazione dello straniero nel diritto dell'Unione europea: una geometria variabile dei diritti e delle garanzie*, in CALAMIA, DI FILIPPO, GESTRI (a cura di), *Immigrazione, diritto e diritti: profili internazionali ed europei*, Padova, 2012, p. 160 ss., in specie p. 242 ss.

<sup>18</sup> V. Regolamento (UE) n. 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un Paese terzo o da un apolide.

<sup>19</sup> V. *supra*, nota 6.

<sup>20</sup> V. Direttiva 2013/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale.

<sup>21</sup> V. Direttiva 2013/33/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale.

<sup>22</sup> V. *supra*, nota 7.

<sup>23</sup> V. Direttiva 2011/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 aprile 2011, concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, e che sostituisce la Decisione quadro del Consiglio 2002/629/GAI.

<sup>24</sup> V. Direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, che introduce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato, e che sostituisce la Decisione quadro 2001/220/GAI.

dell'UE per i diritti fondamentali (FRA), International Organization for Migration (IOM), UNHCR (United Nations High Commissioner for Human Rights) e le ONG) la cui lettura consente di cogliere l'effettività dei diritti sanciti nella CRC, nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo (Cedu) e nel diritto dell'UE anche al fine di valutare la riforma del SECA attualmente all'esame del legislatore europeo<sup>25</sup>.

Sul punto occorre sottolineare che la giurisprudenza europea ha esercitato un'influenza determinante nell'evoluzione e nella redazione del Sistema europeo di asilo, come dimostrato dalla nota pronuncia pregiudiziale della Corte di giustizia nel caso *M.A. c. Secretary of State of the Home Department* (caso *M.A.*) grazie alla quale è stata apportata un'importante modifica al Regolamento Dublino II in funzione del superiore interesse del MSNA, recepita poi nel testo dell'art. 8 del regolamento Dublino III<sup>26</sup>.

Nel caso in esame, la Corte del Lussemburgo, preso atto dell'estrema vulnerabilità del MSNA, ha affermato che, qualora quest'ultimo abbia presentato domanda di protezione internazionale in più Stati membri, lo Stato competente al suo esame possa anche essere quello in cui si trovi il minore, sebbene in tale Stato egli non abbia familiari o parenti legalmente presenti, onde evitare inutili spostamenti verso il Paese di transito o di primo ingresso, posto che la finalità del sistema di Dublino è garantire un rapido accesso alla procedura di asilo e prevenire inutili ritardi procedurali dannosi per il minore.

<sup>25</sup> V. UNHCR, *Guidelines on Determining the Best Interest of the Child*, 2008, p. 13 s.; FRONTEX, *Unaccompanied Minors in the Migration Process*, n. 18477, dicembre 2010, reperibile on-line <http://frontex.europa.eu>; FRA, *On Separated, Asylum-Seeking Children in European Union Member States*, aprile 2010, reperibile on-line <http://fra.europa.eu>; UNHCR, UNICEF, IOM, *Refugee and Migrant Children in Europe, Quarterly Overview of Trends*, 2017, reperibile on-line <http://migration.iom.int>. Per un approfondimento in letteratura v., tra gli altri, BUQUICCHIO DE BOER, *Children and the European Convention on Human Rights*, in MATSCHER, PETZOLD (eds.), *Protecting Human Rights: the European Dimension. Studies in Honour of Wiarda*, Köln/Berlin/Bonn/München, 1988, p. 73 ss.; KILKELLY, *The Child and the European Convention on Human Rights*, Aldershot/Brookfield/Singapore/Sidney, 1999; COU-TURUER-BOURDINIÈRE, *La Convention européenne des droits de l'homme et la protection des droits des enfants*, in *Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au doyen Cohen-Jonathan*, I, Bruxelles, 2004, p. 523 ss.

<sup>26</sup> V. caso *M.A. c. Secretary of State of the Home Department*, C-648/11, sentenza del 6 giugno 2013, punti 55-60; e caso *K. c. Bundesasylamt*, C 245/11, sentenza del 6 novembre 2012, punto 52. In dottrina, v. tra gli altri, CELLAMARE, *Dublino II*, cit., p. 6 ss.; DEL GUERCIO, *Superiore interesse del minore e detenzione nello Stato competente all'esame della domanda di asilo nel diritto dell'Unione europea*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 2014, p. 243 ss.

Maggiormente incisiva si è dimostrata la giurisprudenza della Corte europea che, a dispetto dell'assenza nella Cedu di una norma relativa al trattamento dei migranti, ha elaborato una tutela del MSNA desunta dall'interpretazione evolutiva della Cedu in combinato disposto con la CRC, dando vita a un diritto giurisprudenziale di grande impatto e rilevanza<sup>27</sup>.

Così, nella sentenza relativa al caso *Mubilanzila*<sup>28</sup>, i giudici di Strasburgo, preso atto del vuoto normativo europeo in materia di trattamento e accoglienza dei MSNA, hanno sviluppato un principio cardine concernente l'obbligo per gli Stati membri di conciliare la *immigration policy*, ritenuta unanimemente nel diritto internazionale espressione della sovranità statale, con l'obbligo di tutela dei MSNA in ogni condizione<sup>29</sup>.

Il caso in esame si presenta emblematico e, per molti aspetti, ancora attuale in quanto la Corte europea, sottolineando l'estrema vulnerabilità del MSNA, ha affermato che la permanenza di una minore di cinque anni per due mesi in un centro di detenzione amministrativa per adulti configura un trattamento inumano e degradante in violazione dell'art. 3 Cedu.

A tal proposito, lo Stato convenuto è stato condannato sia per non avere fornito una tutela adeguata al MSNA, predisponendo la nomina di un tutore e un'accoglienza a misura di minore, sia per aver violato l'obbligo positivo, di cui all'art. 8 Cedu, impedendo il ricongiungimento familiare, in quanto ha prolungato eccessivamente la permanenza della piccola sul suolo belga e ne ha disposto il rimpatrio nello Stato di origine

<sup>27</sup> In argomento, *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, ZAGREBELSKY, DE SENA, BARTOLE (a cura di), Padova, 2012; VILLANI, *Linee di tendenza della Corte europea dei diritti dell'uomo relativa agli stranieri*, in *Immigrazione, asilo e cittadinanza universale*, (a cura di) MARCELLI, Napoli, 2013, p. 273 ss.

<sup>28</sup> Cfr. affare *Mubilanzila c. Belgio*, ricorso n. 13178/03, sentenza del 12 ottobre 2006. Nel caso di specie, i giudici di Strasburgo sono stati aditi per giudicare della detenzione per due mesi nel 2002 di una bimba di 5 anni, congolese e non accompagnata, in un centro di detenzione per migranti adulti nella zona di sicurezza dell'aeroporto di Bruxelles, mentre era in transito con un parente nel tentativo di ricongiungersi con la madre, rifugiata in Canada. Alla detenzione era seguito il rimpatrio assistito della minore, in assenza delle necessarie garanzie circa la sua reintegrazione in famiglia, posto che le autorità belghe non avevano provveduto ad alcun tipo di assistenza né durante il volo, né al suo arrivo in Congo, ove ad attenderla non vi era nessuno, par. 50 ss. e par. 81 ss.

<sup>29</sup> Cfr. MASSON, *Un enfant n'est pas un étranger comme les autres*, in *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 2007, p. 823; PERTILE, *La detenzione amministrativa dei migranti e dei richiedenti asilo nella giurisprudenza della Corte europea per i diritti umani: dal caso Mubilanzila al caso Muskhadzhiyeva*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 2010, p. 457.

senza l'adeguata assistenza e protezione prevista dalla CRC cui si accennava<sup>30</sup>.

Non v'è dubbio che i rilievi indicati nella sentenza in esame abbiano influito sull'elaborazione delle norme minime in materia di accoglienza dei MSNA raccolte nel SECA, in cui infatti è espressamente prevista la nomina di un tutore, l'accoglienza in appositi centri specializzati, oltre all'obbligo per gli Stati membri di permettere il ricongiungimento familiare e di favorire il rimpatrio volontario.

In realtà, negli altri casi sottoposti al sindacato della Corte europea, successivi alla prima sostanziale riforma delle direttive in materia di politica comune dell'asilo realizzata tra il 2011 e il 2013, non sono state individuate gravi carenze nella disciplina dell'UE, la quale consta di una cornice giuridica uniforme di criteri e procedure minime imposte agli Stati membri. Bensì l'imputabilità in capo a questi ultimi delle violazioni della Cedu sarebbe dovuta o a problemi di recepimento delle condizioni e dei procedimenti ivi previsti, ovvero all'atteggiamento negligente, inerte e, talvolta anche intenzionale, delle autorità statali nel non predisporre adeguate misure di inquadramento e accompagnamento dei MSNA<sup>31</sup>.

Nello specifico, ciò è stato affermato riguardo alla mancata identificazione di un MSNA da parte delle autorità del centro di accoglienza dei migranti; all'accertamento della sua età in tempi irragionevoli; alla mancanza di un'adeguata accoglienza materiale, assistenza legale e informazioni chiare e comprensibili relative al diritto alla protezione internazionale e circa l'avanzamento dell'istanza di asilo, ovvero all'assenza di un reclamo avverso l'espulsione e la detenzione amministrativa<sup>32</sup>.

In merito a quest'ultimo punto, la Corte europea ha precisato l'obbligo per gli Stati membri di introdurre, nei rispettivi ordinamenti, un reclamo effettivo e rapido avverso tale detenzione da presentare a un organo indipendente e imparziale, atteso che non può essere considerato

<sup>30</sup> Cfr. SMITH, *European Refugee Law and its Impact Upon Children*, in ANDERSON, ASCHER, BJORNBERG, EASTMOND, MELLANDER (eds.), *The Asylum Seeking Child in Europe*, 2005, p. 545 ss.; SÖDERBERGH, *International Law and Children as Asylum-Seekers*, London, 2005, p. 331 ss.; OCELLO, *Il trattenimento dei richiedenti asilo secondo la normativa dell'Unione europea e la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani*, in FAVILLI (a cura di), *Procedure*, cit., p. 219 ss.

<sup>31</sup> V. affari *Abubakar c. Malta*, ricorso n. 25794/13, sentenza del 22 novembre 2016, parr. 104 e 144.

<sup>32</sup> In punto, v. MCSWEENEY, *The Potential for Enforcement of the United Nations Convention on the Rights of the Child: the Need to Improve the Information Base*, in *Boston College of International and Comparative Law Review*, 1993, p. 467 ss.; CELLAMARE, *Espulsione di minori stranieri non accompagnati Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2009, p. 181 ss.

come corrispondente a quanto richiesto dall'art. 13 Cedu il ricorso gerarchico all'ufficiale di polizia responsabile del centro di accoglienza, peraltro senza alcuna specificazione circa la procedura e il termine entro il quale l'autorità statale sia tenuta a rispondere<sup>33</sup>.

Parimenti, è necessaria la previsione di un reclamo per contestare lo stato dei centri di accoglienza, date le inumane e degradanti condizioni di detenzione dei MSNA, ritenute anch'esse lesive dell'art. 3 Cedu dalla Corte europea<sup>34</sup>.

Ad ogni buon conto, per i giudici di Strasburgo la detenzione del MSNA deve essere ridotta al minimo necessario e finalizzata alla sua identificazione e all'accertamento del suo status, e qualora egli sia detenuto in forza dell'art. 5, par. 1, lett. f), Cedu, onde evitare il suo ingresso illegittimo nello Stato, essa deve cessare dal momento della richiesta di asilo<sup>35</sup>.

Infine, una delle problematiche maggiori relative alla protezione del MSNA e rilevate in giudizio riguarda lo scarso impegno delle autorità statali nell'attività di *family tracing* ai fini del ricongiungimento familiare previsto dal Regolamento Dublino III, dalla Direttiva 2003/86/CE del Consiglio, del 22 settembre 2003, sul ricongiungimento familiare di cittadini di Stati terzi e dalla CRC<sup>36</sup>.

Trattasi di un atteggiamento molto diffuso e confermato da uno stu-

<sup>33</sup> V. affare *Rahimi* cit., par. 23 ss., riguardante la vicenda di un minore quindicenne orfano di origine afgana, giunto nel 2007 sull'Isola di Lesbos, e trattenuto in un centro di detenzione amministrativa per adulti senza la nomina di un tutore e senza un adeguato accertamento del suo status di minore non accompagnato, secondo una prassi diffusa in Grecia, par. 70. Tale centro è stato poi chiuso nell'ottobre 2009, a seguito del rapporto del Comitato europeo per la prevenzione della tortura che aveva definito le condizioni di vita nel centro "abominevoli". Decretato il suo espulso, scritto peraltro in greco, il minore restava senza alcun tipo di assistenza finché, giunto ad Atene, veniva accolto da una ONG che gli forniva ogni tipo di assistenza necessaria.

<sup>34</sup> Sulle condizioni inumane di detenzione in Grecia, v. anche l'affare *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, ricorso n. 30696/09, sentenza del 21 gennaio 2011, par. 251. Cfr. SMYTH, *The Best Interests of the Child in the Expulsion and First-Entry. Jurisprudence of the ECHR: How Principled Is the Court's Use of the Principle?*, in *European Journal of Migration Law*, 2015, p. 70.

<sup>35</sup> Sulla protezione dei minori in stato di detenzione specie se non accompagnati, v. del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, *Strategy for the Rights of the Child (2012–2015)*, CM (2011)171 final, 15 febbraio 2012, e il *Report of the Special UN Rapporteur on Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, 5 marzo 2015, UN doc. A/HRC/28/68. In dottrina, v. POBJOY, *The Best Interests of the Child Principles as an Independent Source of International Protection*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2015, p. 327 ss.

<sup>36</sup> Cfr. sentenza affare *Rahimi*, cit., par. 91, e affare *Senigo Longue c. Francia*, ricorso n. 19113/09, sentenza del 10 luglio 2014, par. 67 ss.

dio dell'EMN del 2016 dal quale risultano altresì criticità circa il mancato coordinamento e la cooperazione tra le autorità statali in caso di trasferimento di MSNA ai fini del ricongiungimento familiare<sup>37</sup>.

Merita una menzione anche il rapporto del FRA del 2016 secondo cui importanti lacune del sistema di protezione dei MSNA sarebbero causate dalle disarmonie legislative tra gli Stati membri nel recepimento del SECA, specie quelle concernenti le funzioni e la formazione del tutore del MSNA, attesa l'importanza del suo ruolo e delle sue competenze anche nella prevenzione e repressione della tratta e degli altri reati di cui spesso sono vittime i minori<sup>38</sup>. Altre critiche sono contenute in un rapporto dell'UNHCR del 2017 sull'applicazione del reg. Dublino III nel quale è stata rilevata l'eccessiva durata delle procedure di riconoscimento della protezione internazionale dei MSNA, alle quali non è fornita la necessaria priorità<sup>39</sup>.

### 3. La giurisprudenza inglese e il "duty to entry" del minore ex art. 8 Cedu

Riguardo alla giurisprudenza statale un caso particolarmente degno di nota, in quanto ha dato l'avvio ai cd. *Dublin* (o *ZAT*) *cases*, concernenti la valutazione del rispetto dell'art. 8 Cedu nelle procedure previste dal Regolamento Dublino III a tutela dei MSNA da parte dei tribunali inglesi, è l'ordinanza del 20 gennaio 2016, relativa all'affare *R. (on the application of ZAT and Others) c. Secretary of State for the Home Department*, (caso *ZAT*) decisa dall'*Upper Tribunal Immigration and Asylum Chamber* (UT).

Il caso in esame verte sul reclamo presentato da tre MSNA – cittadini siriani residenti nel campo profughi la "Giungla" di Calais – avverso il rifiuto del *Secretary of State for the Home Department* (*Secretary of*

<sup>37</sup> Cfr. ENM, *The Return of Rejected Asylum Seekers, Challenges and Good Practices: EMN Synthesis Report*, novembre 2016, reperibile *on-line* <http://emn.ie>. Cfr. SMITH, *Separated Children in Europe: Policies and Practices in European Union Member States: a Comparative Analysis*, 2004, reperibile *on-line* <http://scep.sitespirit.nl>.; BHABHA, *Children Without State: a Global Human Rights Challenge*, London/Cambridge, 2011, p. 378 ss.

<sup>38</sup> V. FRA, *Current Migration Situation of Separated and Unaccompanied Minors*, dicembre 2016, reperibile *on-line* <http://fra.europa.eu>.

<sup>39</sup> Cfr. UNHCR, *Regional Refugee and Migrant, Response Plan For Europe*, 2017, reperibile *on-line* <http://reporting.unhcr.org>.

State) di ammetterli nel Regno Unito per il ricongiungimento familiare ai sensi dell'art. 17 del Regolamento Dublino III.

Il motivo del rifiuto era la mancata presentazione dell'istanza di protezione dei MSNA in Francia (Stato di arrivo), come previsto dal regolamento in esame, ciò che conseguentemente non permetteva la loro presa in carico da parte delle autorità britanniche impedendo, di fatto, il ricongiungimento familiare con i parenti rifugiati nel Regno Unito.

Trattasi di un caso rilevante sotto tre profili. Il primo, in quanto ha messo in luce il dramma umano del campo allestito dai profughi la "Giungla", le cui precarie condizioni igienico-sanitarie e di sicurezza sono state definite degradanti e inumane sia dall'ordinanza dell'UT in esame, sia dal Rappresentante speciale del Segretario generale sull'immigrazione e sui rifugiati del Consiglio d'Europa nel suo rapporto del 12 ottobre 2016, e sia dal Tribunale amministrativo di Lille che, nella pronuncia del 2 novembre 2015, ne disponeva la chiusura lasciando i minori non accompagnati ivi accampati alla mercé dei trafficanti<sup>40</sup>.

Il secondo profilo concerne l'inefficienza del sistema francese di identificazione e registrazione dei MSNA, in quanto nel 2016 il grande numero di immigrati giunti in Francia, insieme alla penuria di risorse umane e finanziarie, ha fortemente compromesso il funzionamento del meccanismo di protezione accordato dal SECA ai MSNA.

A ciò si aggiunga che il "french child protection services do not particularly encourage children to make asylum applications. The view is that there is no need, because once they enter the care system, they are adequately protected until their 18<sup>th</sup> birthday in any event"<sup>41</sup>. Di talché se da una parte tale prassi presentava indubbi vantaggi per i MSNA, i quali potevano comunque usufruire dei diritti riconosciuti dalla legge francese, dall'altra parte non consentiva loro di esercitare il diritto al ricongiungimento familiare ai sensi del Regolamento Dublino III.

<sup>40</sup> Cfr. caso *R. (on the Application Of ZAT And Others) c. Secretary of State for the Home Department*, IJR [2016] UKUT 61 (IAC), ordinanza dell'UT del 29 gennaio 2016, reperibile *on-line* <https://tribunalsdecisions.service.gov.uk>, dalla quale risulta che il campo di Calais, sorto spontaneamente su iniziativa dei migranti giunti al porto della omonima cittadina per raggiungere l'Inghilterra, aveva un'estensione di 18 ettari con una popolazione di circa seimila migranti, di cui quasi mille MSNA. V. la sentenza del Tribunale amministrativo di Lille del 2 novembre 2015, reperibile *on-line* [www.lille.tribunal-administratif.fr](http://www.lille.tribunal-administratif.fr). Cfr. PEERS, *The Dublin Regulation: Is the End Nigh? Where Should Unaccompanied Children Apply for Asylum?*, in *EU Law Analysis*, 2016, reperibile *on-line* <http://eulawanalysis.blogspot.com>.

<sup>41</sup> V. Asylum Information Database, *Common Asylum System at a Turning Point: Refugees Caught in Europe's Solidarity Crisis*, 2016, reperibile *on-line* <http://www.asylumineurope.org>.

Il terzo profilo verte sui problemi connessi alla coesistenza del regime Dublino III con i diritti sanciti nella Cedu, due sistemi suscettibili di confliggere allorché il rispetto delle procedure di asilo imposte dal primo interferisca con il diritto alla vita familiare tutelato dal secondo. Invero, nel caso in esame, l'UT, chiamato a decidere della legittimità del rifiuto di ingresso dei tre MSNA da parte del *Secretary of State*, ha rilevato il contrasto tra il mancato rispetto della procedura da parte dei MSNA di presentare l'istanza di protezione internazionale in Francia, ciò che impediva il normale funzionamento del sistema di Dublino, e la tutela della vita familiare dei MSNA.

Sul punto, l'UT ha richiamato la giurisprudenza della Corte europea in materia in virtù della quale, ai sensi dell'art. 8 Cedu, sugli Stati membri ricade l'obbligo positivo di consentire l'ingresso di minori nel *child's best interest* ai fini del ricongiungimento familiare<sup>42</sup>. Infatti, nell'ordinanza in esame sulla falsariga dei casi richiamati, si ribadisce che “the “extreme vulnerability” of unaccompanied minors is a decisive factor which ‘takes precedence over considerations relating to the status of illegal immigrant’<sup>43</sup>”.

Tanto premesso, l'UT ha deciso il caso in esame avvalendosi dell'art. 8 Cedu qualificando gli attori non quali candidati alla protezione internazionale, bensì quali semplici componenti del nucleo familiare, poiché dalla disposizione menzionata deriverebbe, a carico del Regno Unito, un obbligo positivo di ammissione dei MSNA sul proprio territorio in tempi rapidi (“duty to admit”), atteso che in virtù del Regolamento Dublino III il lasso di tempo richiesto sarebbe troppo lungo (11 mesi) e, quindi, lesivo delle già precarie condizioni personali ed emotive dei MSNA.

Procedendo in tal modo per i giudici inglesi sarebbe possibile “*bypassing* the procedural mechanism of the Dublin regulation at the initial stage for determining which Member State is responsible” (il corsivo è nostro), sempreché si tratti di casi di eccezionale urgenza e gravità giustificati da circostanze speciali, in quanto il Regolamento in parola già prevede una tutela della vita familiare dei migranti<sup>44</sup>.

<sup>42</sup> Cfr. affare *Sen c. Paesi Bassi*, ricorso n. 54273/00, sentenza del 21 dicembre 2001, par. 45 ss.; affare *Tuquabo-Teckle c. Paesi Bassi*, ricorso n. 60665/00, sentenza del 1° dicembre 2005, par. 50 ss., e affare *Mubilanzila*, cit., par. 43.

<sup>43</sup> In tal senso v. altresì il caso *MK, IK And HK And CK (Afghanistan) v. Secretary of State for the Home Department*, sentenza dell'UT del 22 marzo 2016, in cui viene ribadito il diritto al ricongiungimento familiare ex art. 8 Cedu nel contesto del reg. Dublino III.

<sup>44</sup> Cfr. il caso *R. (on the application of ZAT)*, ordinanza del 29 gennaio 2016, cit.,

Come si può ben immaginare, l'ordinanza in parola è stata oggetto di istanza di autorizzazione all'appello presentata dal *Secretary of State* – secondo la procedura propria dell'ordinamento giudiziario inglese – in quanto “the appeal was necessary because the approach of the UT has potentially far-reaching and serious consequences for the ability of the United Kingdom to control its borders and for the integrity of the Dublin III system”.

Ed invero, nella sentenza di autorizzazione all'appello del 2 agosto 2016 la Corte di appello (*Civil Division - from the Upper Tribunal Immigration and Asylum Chamber*), preso atto del fatto che nessun provvedimento è stato adottato dal *Secretary of State* avverso l'ingresso dei MSNA – da cui la presunzione che il Regno Unito sia “the correct place for their asylum claims to be determined substantively” –, ha acconsentito a che il *Secretary of State* proceda con il ricorso in appello, pur confermando in buona parte l'approccio dell'UT riguardo ai cd. *dispersed children* della Giungla di Calais, i quali necessiterebbero di un'urgente tutela per contrastare l'opera dei trafficanti dediti alla tratta, anche alla luce della citata sentenza della Corte di giustizia sul caso *M.A.*, e della sentenza *Tanda-Muzinga* della Corte europea relativa all'impellente celerità della procedura di ammissione del minore straniero<sup>45</sup>.

Orbene, indipendentemente dall'esito dell'eventuale sentenza di merito, il caso *ZAT* costituisce un importante precedente della giurisprudenza inglese in materia di immigrazione minorile, come dimostrato dalle successive pronunce dell'UT in cui è ribadito il diritto al ricongiungimento familiare *ex art. 8 Cedu al di fuori* del sistema Dublino III<sup>46</sup>.

In realtà, la coesistenza del regime di Dublino con la Cedu è stata già oggetto di approfondimenti giurisprudenziali da parte delle Corti europee riguardo alla versione precedente, per cui la giurisprudenza *ZAT* si inserirebbe in un solco giurisprudenziale ben noto ampliando i casi di derogabilità del reg. Dublino III chiaramente emersi nella sentenza *Tarakhet*<sup>47</sup>.

parr. 50, 54-58.

<sup>45</sup> V. parr. 6, 38 e 84 della sentenza del 2 agosto 2016 della Corte d'appello ([2016] EWCA Civ 810) e la sentenza della Corte di giustizia *M.A.*, cit., punto 86, e della Corte europea, affare *Tanda-Muzinga c. Francia*, ricorso n. 2260/10, sentenza del 10 luglio 2014, par. 44 ss.

<sup>46</sup> V. il caso *R (on the application of RSM and Another) v. Secretary of State for the Home Department*, sentenza dell'UT del 12 aprile 2017 [2017] UKUT 00124 (IAC). Per un commento alla giurisprudenza *ZAT*, v. BIONDI, *The ZAT Case and the Far-Reaching Consequences for the Dublin Regulation*, 2016, reperibile on-line <http://asylumdatabase.eu>; CLAYTON, *Textbook on Immigration and Asylum Law*, Oxford, 2016, p. 133 ss.

<sup>47</sup> V. il caso *R (NS (Afghanistan)) c. Secretary of State for the Home Department*,

Attualmente, infatti, secondo la Corte europea la derogabilità è limitata all'obbligo negativo di *non* procedere al trasferimento del richiedente asilo da parte dello Stato di invio nello Stato membro di competenza, allorché il sistema di asilo e di accoglienza di quest'ultimo Stato presenti *deficienze sistematiche* tali da paventarsi il rischio di una violazione dell'art. 3 Cedu ("duty not to deport").

In virtù della giurisprudenza *ZAT* tale derogabilità sarebbe *estesa* anche all'obbligo positivo di ingresso, determinato dal combinato disposto degli artt. 3 e 8 Cedu, qualora tali deficienze sistematiche rendano inadeguata la tutela del MSNA nello Stato membro di primo ingresso (o di transito), da cui ai fini della sua tutela sarebbe preferibile e opportuno il suo trasferimento nello Stato ove siano presenti altri parenti per il ricongiungimento familiare e ove sia garantita una sua adeguata protezione ("duty not to stay" e, conseguentemente, "duty to entry")<sup>48</sup>.

Trattasi di un'applicazione analogica di forte impatto che, se discussa dinanzi alla Corte europea, completerebbe il quadro dei cd. *Strasbourg minimum* da essa delineati in materia di trattamento dei MSNA, permettendo un ampliamento dell'art. 3, par. 2, Regolamento Dublino III – attualmente applicabile ai soli casi di "carenze sistemiche" ex art. 3 Cedu<sup>49</sup> – anche alla tutela del MSNA richiedente asilo.

Un'ultima considerazione sulla giurisprudenza *ZAT* riguarda l'introduzione di talune significative modifiche normative e amministrative al procedimento di ricongiungimento familiare dei *dispersed children* della "Giungla" in Francia e nel Regno Unito.

In merito al primo Stato, vale la pena di segnalare che, con una cir-

C-411/10 C-493/10, sentenza della Corte di giustizia del 21 dicembre 2011, punto 44 ss., e il caso *Abdullahi c. Bundesasylamt*, Case 3-394/12, sentenza del 10 dicembre 2013, punto 52, e della Corte europea affare *Tarakhel c. Svizzera*, ricorso n. 29217/12, sentenza del 4 novembre 2014. In dottrina, si rinvia a COSTELLO, *The Ruling of the Court of Justice in NS/ME on the Fundamental Rights of Asylum Seekers Under the Dublin Regulation: Finally, an End to Blind Trust Across the EU?*, in *Asielen Migrantenrecht*, 2012, p. 83 ss.; ID., *Courting Access to Asylum in Europe: Recent Supranational Jurisprudence Explored*, in *Human Rights Law Review*, 2012, p. 287 ss.; HENNESSY, *The Dublin System and the Right to an Effective Remedy—The Case of C-394/12 Abdullahi*, reperibile on-line <http://www.asylumlawdatabase.eu>; CHETAIL, *Are Refugee Rights Human Rights? An Unorthodox Questioning of the Relations Between Refugee Law and Human Rights Law*, in RUBIO-MARÍN (ed.), *Human Rights and Immigration*, Oxford, 2014, p. 19 ss.

<sup>48</sup> In tal senso v. altresì il caso *MK, IK and HK(Afghanistan) v. Secretary of State for the Home Department*, sentenza dell'UT del 22 marzo 2016, par. 8 ss., in cui viene ribadito il diritto al ricongiungimento familiare ex art. 8 Cedu nel contesto del regolamento Dublino III.

<sup>49</sup> Cfr. ZAGATO, DE VIDO, *Il divieto di tortura e altri comportamenti inumani o degradanti nelle migrazioni*, Padova 2012, p. 220 ss.

colare del 25 gennaio 2016 del Ministero degli interni francese, è stato ridotto il termine di registrazione delle domande di asilo degli MSNA a tre/dieci giorni, e, il 20 agosto 2016, con un'apposita dichiarazione ministeriale congiunta, è stato istituito un gruppo di contatto tra i due Stati per il coordinamento del flusso dei MSNA grazie a un "expedited Dublin III process"<sup>50</sup>.

Riguardo al Regno Unito, l'8 novembre 2016 è stato introdotto il cd. *Dubs Amendment* alla Sezione 67 dell'*Immigration Act* 2016, il quale prevede un meccanismo di richiesta di protezione internazionale nel Regno Unito da parte degli MSNA, presenti in Francia, Grecia e Italia prima del 20 marzo 2016, anche in assenza di familiari e di parenti ivi residenti, se rispondente al *child's best interest* e indipendentemente dalla disciplina del Regolamento Dublino III. Non può negarsi che si tratta di uno strumento di grande umanità che, ad oggi, ha permesso l'ingresso di 900 MSNA, ma che nel marzo 2017 è stato oggetto di talune significative restrizioni<sup>51</sup>.

#### 4. Le proposte di riforma del Sistema

I profili critici fin qui esposti hanno spinto la Commissione europea a dichiarare che la tutela dei MSNA rappresenta una priorità dell'Agenda europea sull'immigrazione del 2016, nonché a formulare in tempi rapidi una riforma strutturale del SECA, improntata alla convergenza dei sistemi nazionali di asilo secondo il modello di armonizzazione dei regolamenti e con l'obiettivo principale del raggiungimento di un sistema di protezione unico per i MSNA<sup>52</sup>.

<sup>50</sup> Cfr. Asylum Information Database, *Country Report: France*, 2016, reperibile on-line <http://www.asylumineurope.org>

<sup>51</sup> V. House of Commons, Home Affairs Committee, *Unaccompanied Child Migrants, Thirteenth Report of Session 2016-17*, 6 marzo 2017, reperibile on-line <https://publications.parliament.uk>.

<sup>52</sup> V. *European Agenda on Migration*, 26 febbraio 2016, COM(2015) 240 final, e la citata sentenza della Corte di giustizia relativa al caso *Abdullahi* sull'evoluzione della tutela dei diritti umani nel SECA, punti 52-53.

In dottrina si rinvia, ampiamente, a FAVILLI, *Il Trattato di Lisbona e la politica dell'Unione europea in materia di visti, asilo e immigrazione*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2010, p. 13 ss.; GESTRI, *Immigrazione e asilo nel diritto dell'Unione europea*, in GASPARINI, CASARI (a cura di), *Il diritto dell'immigrazione*, I, Modena, 2010, p. 5 ss.; BEQIRAJ, *Migrants Children's Right to Health*, in *Migrant*, cit., p. 273 ss.; DE VITTOR, *Migrant Children's Right to Education*, ivi, p. 247 ss.; IPPOLITO, *Procedural Rights for Migrant Children, Tailoring Specific International Standards*, ivi, p. 163 ss.

A tal fine è stata presentata la proposta di rifusione del Regolamento Dublino VI<sup>53</sup>, la riforma dell'Ufficio europeo per il sostegno all'asilo<sup>54</sup> e del sistema EURODAC<sup>55</sup>, la trasformazione in regolamenti delle direttive sulle procedure<sup>56</sup> e sulle qualifiche<sup>57</sup> e la riforma della Direttiva accoglienza (nuova Direttiva accoglienza)<sup>58</sup>.

Finalità della riforma è la previsione di procedure rapide di riconoscimento della protezione internazionale e la riduzione dell'*asylum shopping* e dei movimenti secondari irregolari a seguito dei quali i migranti possono essere penalizzati nel sistema di accoglienza<sup>59</sup>. A tal fine il nuovo sistema prevede procedure accelerate, o di frontiera, in virtù delle quali, prima ancora di individuare lo Stato competente a trattare la domanda, lo Stato membro in cui la domanda è stata presentata è tenuto a valutarne preliminarmente l'ammissibilità.

L'introduzione di questo vaglio di ammissibilità è finalizzato, nelle intenzioni della Commissione europea, a velocizzare la procedura di riconoscimento della protezione internazionale e a scoraggiare le richieste prive di fondamento, sebbene, nel caso del MSNA, esso possa essere applicato solo in determinate circostanze: allorché il suo ingresso possa essere escluso in quanto proveniente da un *safe-country*, o da un Paese di asilo, ovvero qualora egli rappresenti un pericolo per l'ordine pubblico o la pubblica sicurezza<sup>60</sup>.

Ciò premesso, la riforma prevede un sostanziale rafforzamento delle garanzie sostanziali e procedurali per l'accoglienza dei MSNA. Ed infatti, particolare attenzione è dedicata sia all'identificazione del MSNA, da cui è imposta agli Stati membri la specifica formazione del personale addetto alla loro accoglienza e registrazione; sia al riconoscimento del ruolo del tutore quale figura preminente nella gestione del MSNA – come risulta dalle proposte di regolamenti sulle procedure e Dublino IV, e della direttiva sull'accoglienza – perseguendo l'obiettivo indicato dal già citato rapporto del FRA circa la standardizzare della sua attività in tutti gli Stati membri.

Tale standardizzazione impone un'adeguata formazione ed esperienza del tutore – e non più semplicemente di un rappresentante legale

<sup>53</sup> V. Proposta del 4 maggio 2016, COM(2016)270.

<sup>54</sup> V. Proposta del 4 maggio 2016, COM(2016)271.

<sup>55</sup> V. Proposta del 4 maggio 2016, COM(2016)272.

<sup>56</sup> V. Proposta del 13 luglio 2016, COM(2016) 467 final.

<sup>57</sup> V. Proposta del 13 luglio 2016, COM(2016) 466 final.

<sup>58</sup> V. Proposta del 13 luglio 2016, COM(2016) 465 final.

<sup>59</sup> V. art. 5 Proposta di Regolamento Dublino IV.

<sup>60</sup> V. art. 40, par. 5, Proposta di Regolamento procedure.

del MSNA – il quale deve essere esente da condanne penali per reati contro i minori, la cui nomina deve essere disposta entro cinque giorni dall'istanza di protezione internazionale del MSNA per un numero congruo di MSNA, affinché egli possa effettivamente assisterli nei colloqui socio-sanitari finalizzati all'accertamento dell'età e al riconoscimento della protezione internazionale, colloqui che dovranno essere condotti da personale esperto e con l'ausilio di un interprete qualificato<sup>61</sup>.

Ai fini della valutazione dell'efficienza della tutela, l'attività del tutore sarà sottoposta a un sistema di monitoraggio e supervisione a intervalli regolari da parte di organi indipendenti, i quali saranno competenti altresì a ricevere i reclami degli MSNA ed, eventualmente, predisporre la sostituzione<sup>62</sup>.

Per quel che concerne il MSNA, egli dovrà essere informato immediatamente della nomina del tutore, del suo ruolo e delle sue responsabilità nel SECA, dell'avanzamento della procedura di richiesta di asilo, alla quale sarà data priorità, e delle conseguenze negative derivanti dai movimenti secondari irregolari<sup>63</sup>.

Riguardo ai diritti del MSNA, l'art. 22 della proposta di Direttiva accoglienza riconosce il diritto all'assistenza medica e psicologica di riabilitazione e al gratuito patrocinio, e, in materia di ricongiungimento familiare, è previsto l'allargamento della nozione dei membri della famiglia, includendo i rapporti formati nel percorso migratorio sempre al fine di ridurre i movimenti secondari irregolari<sup>64</sup>.

Sono disciplinate altresì specifiche garanzie per il trasferimento intra-UE del MSNA, in quanto lo Stato di invio dovrà garantire la consegna del minore, insieme a un dossier relativo al suo stato di salute psicofisica, e accertarsi che lo Stato ricevente nomini un nuovo tutore che assicuri il rispetto dei diritti riconosciuti dal SECA.

Qualche critica è stata espressa sull'art. 10 della proposta di regolamento Dublino IV in virtù del quale, al fine di rendere rapida la procedura di asilo, lo Stato membro di primo ingresso sarebbe competente all'esame della domanda di asilo del MSNA, anche qualora egli non abbia parenti ivi residenti, salvo il diverso interesse del minore, ciò che implicherebbe un ritorno al (criticato) meccanismo previsto dal Regolamento Dublino II.

Riguardo alla futura Agenzia dell'Unione europea per l'asilo, in cui

<sup>61</sup> V. artt. 7, par. 3, e 8 Proposta di Regolamento Dublino IV, art. 23 Proposta di direttiva accoglienza artt. 21 e 22 Proposta di Regolamento procedure.

<sup>62</sup> V. art. 22 Proposta di Regolamento procedure.

<sup>63</sup> V. *ibidem* art. 33.

<sup>64</sup> V. art. 11 Proposta di Regolamento Dublino IV.

dovrebbe trasformarsi l'Ufficio europeo di supporto del sistema di asilo, essa dovrebbe fornire assistenza operativa e tecnica agli Stati membri, essere gradualmente responsabile del trasferimento dei richiedenti asilo e del monitoraggio dei minori e dei diritti loro spettanti, anche assicurando la presenza di personale dell'Agenzia negli *hotspots* statali<sup>65</sup>.

È altresì prevista la creazione di *asylum intervention pools*, formati da esperti di minori anche non accompagnati, quale sistema di supporto eventualmente imposto dalla Commissione europea agli Stati in situazione di emergenza, i quali a loro volta saranno tenuti a redigere gli *operational plan* obbligatori per l'assistenza fornita ai MSNA.

Infine, il *tracing family* sarà effettuato anche con il supporto di agenzie internazionali<sup>66</sup> e, un breve cenno merita il nuovo Regolamento EURODAC che reca l'obbligo di raccolta dei dati biometrici dei minori già a partire dai sei anni di età, e non più dodici, in quanto rispondente all'esigenza di un controllo più efficace dei movimenti dei MSNA, a dispetto delle critiche ampiamente espresse dalle ONG.

Segnatamente, le novità accennate, saranno oggetto di confronto con l'approccio proposto dall'UNHCR, il quale sollecita l'adozione di una procedura comune e accelerata di asilo per MSNA, individuando un sistema comune di registrazione e di raccolta dei dati biometrici<sup>67</sup>.

#### 5. Le novità introdotte dalla Legge n. 47/2017 (cd. Legge "Zampa")

In questo contesto, la Legge n. 47 del 7 aprile 2017, recante Disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati (cd. Legge "Zampa") entrata in vigore il 6 maggio 2017, rappresenta un *unicum* in quanto è una delle prime normative statali che disciplina specificamente e organicamente nell'UE la tutela dei MSNA. Peraltro, essa segna una tappa significativa di superamento di talune disarmonie presenti nel nostro ordinamento, alcune delle quali già risolte dalla giurisprudenza costituzionale e di Cassazione sempre attenta alle declinazioni del principio del preminente interesse del minore di deriva-

<sup>65</sup> V. Proposta di Regolamento sull'agenzia dell'UE sull'asilo del 4 maggio 2016, COM (2016)271 final.

<sup>66</sup> V. art. 23 Proposta di Direttiva accoglienza.

<sup>67</sup> V. UNHCR, *Better Protecting Refugees in the EU and Globally*, dicembre 2016, reperibile *on-line* <https://unhcr.org>.

zione internazionalistica, come disciplinato dall'art. 28, co. 3, del Testo Unico sull'immigrazione (in seguito, TUI)<sup>68</sup>.

Segnatamente, la legge in esame si presenta sotto molti punti aderente e anticipatrice della proposta di riforma del SECA e anzi, per taluni aspetti, propone un sistema più avanzato di tutela e valorizzazione del MSNA sulla quale ci soffermeremo nell'ottica di sottolineare, rispetto alle lacune evidenziate dalle Corti europee, le novità rilevanti circa il trattamento del MSNA.

In relazione a quest'ultimo profilo, segnaliamo la parificazione dello status giuridico del MSNA a quello del minore cittadino italiano ed europeo, da cui la prevalenza della sua condizione come minore e non come straniero (art. 1); la tempistica nell'identificazione del MSNA entro dieci giorni dalla sua segnalazione, anche a seguito delle criticità rilevate dal *Group of Experts on Action against Trafficking in Human Beings* (GRETA) del Consiglio d'Europa<sup>69</sup>; il divieto assoluto di espulsione e di respingimento del MSNA anche se non richiedente l'asilo (art. 3)<sup>70</sup>;

<sup>68</sup> V. Decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, Testo Unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero. In merito al sistema di tutela e accoglienza dei MSNA in Italia, v., TUCCI, *I diritti fondamentali del minore extracomunitario*, in *Famiglia*, 2002, p. 549 ss.; BONETTI, *Sez. I, Diritto all'unità familiare e tutela dei minori. Profili generali e costituzionali*, in NASCIMBENE (a cura di), *Diritto degli stranieri*, 2004, Milano, p. 861 ss.; ZORZELLA, CITTI, MIAZZI, *Sez. II, Profili sostanziali: la famiglia e i minori*, ivi, p. 909 ss.; MIAZZI, *Minori non accompagnati*, in MOROZZO DELLA ROCCA (a cura di), *Immigrazione e cittadinanza*, Torino, 2008, p. 208 ss.; TARZIA, *Il minore straniero non accompagnato: quale tutela nel sistema legislativo italiano?*, in *Minorigiustizia*, 2008, p. 188 ss.; LIBERATI, *La disciplina dell'immigrazione e i diritti degli stranieri*, Milano, 2009, p. 645 ss.; DE FELICE, *Inclusione ed esclusione: quali responsabilità statale per i minori stranieri non accompagnati?*, in *Minorigiustizia*, 2011, p. 106 s.; MARTONE, *Il trattamento dei minori stranieri non accompagnati tra disposizioni europee e normativa internazionale*, in CAGGIANO (a cura di), *I percorsi giuridici per l'integrazione: migranti e titolari di protezione internazionale tra diritto dell'Unione e ordinamento italiano*, Torino, 2014, p. 66 ss.; MORGESE, *La riforma del sistema europeo comune di asilo e i suoi principali riflessi nell'ordinamento italiano*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2013, p. 15 ss.; TERRACCIANO, *Il ricongiungimento familiare dello straniero in Italia, diritto all'unità familiare e dei minori*, Vicalvi, 2015, p. 277 ss.; GUARNIER, *La condizione giuridica dei minori stranieri non accompagnati in Italia: inadeguatezze e rischi del sistema di accoglienza*, in DE CICCO, LATINO (a cura di), *Temi attuali sui diritti sociali in un'ottica multidisciplinare*, Napoli, 2016, p. 267 ss.

<sup>69</sup> Cfr. Consiglio d'Europa, *Compendium of Good Practices on the Implementation of the Council of Europe Convention on Action Against Trafficking in Human Beings*, 2017, reperibile on-line <https://coe.int>.

<sup>70</sup> In punto, è stato introdotto l'art. 19, co. 1-bis, TUI, che vieta in termini assoluti il respingimento dei MSNA. Sul punto, D'ODORICO, DI PASCALE, *Tutela e accoglienza dei minori stranieri non accompagnati: le iniziative dell'Unione europea e la nuova norma-*

l'accertamento dell'età nel rispetto dei diritti del MSNA, anche con esami socio-sanitari cui segue, in caso di dubbi circa l'età, il suo inserimento fra i minori; la previsione di un sistema informativo a misura di minore, nonché una maggiore attenzione al *family tracing* tempestivamente avviato dalle autorità italiane, anche stipulando convenzioni con le istituzioni specializzate per l'attuazione di programmi per rintracciare i familiari, dando immediato avviso dell'esito delle indagini al MSNA e al tutore.

In questo contesto, particolare attenzione merita la figura del tutore nel nuovo sistema di protezione, la cui nomina era già prevista entro le quarantott'ore dalla presa in carico del MSNA da parte delle autorità italiane. Ad egli spetta il compito di assistere il minore, insieme al mediatore culturale e al legale, in tutte le procedure decisionali (amministrative, giudiziarie e socio-sanitarie) nelle quali sia coinvolto il MSNA, cui si aggiunge la previsione che, in attesa della sua nomina o in caso di sostituzione per necessità, la richiesta di asilo possa essere presentata dal responsabile della struttura di prima accoglienza.

Un'altra novità importante riguarda l'intervento in giudizio delle associazioni di tutela in caso di atti illegittimi adottati nei confronti del MSNA, nonché il controllo degli standard minimi di servizi e assistenza delle strutture accreditate obbligate ad accogliere solo un numero congruo di MSNA. Ad ogni buon conto, occorre ricordare che la legge in esame è comunque espressione di una copiosa giurisprudenza dei tribunali minorili, i quali peraltro hanno già previsto che la tutela del MSNA possa essere estesa amministrativamente, ove necessario, fino ai 21 anni<sup>71</sup>.

Volendo esprimere qualche considerazione in merito alla nuova normativa, vale la pena di osservare che il legislatore ha ribadito la ben nota formula dell'invarianza finanziaria che ne inficia non poco il funzionamento. Trattasi di un aspetto che, probabilmente, ha inciso sulla mancata previsione di assistenza e cure specialistiche necessarie ai MSNA con problemi psicologici, disabilità mentali o fisiche e/o problemi di salute, un problema già segnalato dai tribunali minorili, cui si aggiunge un'importante riflessione circa il ruolo di cui è investito il tutore.

Attualmente, l'istituto giuridico della tutela è disciplinato dall'art.

*tiva italiana*, 2017, reperibile *on-line* <http://www.rivista-eurojus.it>.

<sup>71</sup> Cfr. BALBO, *Stranieri, profili civili, amministrativi e penali*, Torino, 2007, p. 515 ss.; DE MARCO, *I minori stranieri tra normativa, giurisdizione e prassi amministrativa*, in *Minorigiustizia*, 2008, p. 37 ss.; VILLA, *Il collocamento dei minori non accompagnati*, ivi, p. 208 ss.

357 c.c. del 1942, a norma del quale le funzioni del tutore sono limitate alla cura della persona del minore, alla sua rappresentanza e all'amministrazione dei suoi beni. Di diverso respiro, invece, la Legge "Zampa", la quale impone una tutela di natura legale, socio-sanitaria e psicologica di notevole complessità, anche alla luce della novità introdotta dall'art. 2 del d.lgs. 22 dicembre 2017, n. 220, che dispone finalmente la nomina da parte del tribunale dei minori, alveo naturale della tutela giudiziaria minorile.

## 6. Considerazioni conclusive

Alla luce di quanto fin qui detto, non può certo negarsi il *consolidamento* di un impianto di norme di rango, internazionale, europeo e interno, espressione giuridica e giurisprudenziale della tutela del MSNA, sebbene in ambito europeo permanga una certa nell'insieme degli atti che compongono il SECA.

Ed invero, l'assenza di una prospettiva di coordinamento rende arduo il compito dell'interprete nell'individuazione dei diritti sostanziali e processuali specifici alla situazione di vulnerabilità di volta in volta presa in considerazione, ciò che non accadrebbe in caso di adozione di un testo normativo europeo unico, coerente e organico riguardante il trattamento dei minori, inclusi i non accompagnati.

A tal proposito, gli *stakeholders* evidenziano altresì l'assenza di un *sistema integrato di tutela* del MSNA che ponga, anche a livello istituzionale, il *child's best interest* quale principio unico e preminente – come proposto di recente nel *draft report* del Parlamento europeo<sup>72</sup>, diversamente dalla sua attuale posizione *ancillare* nel *balancing of interests* rispetto alle politiche migratorie e al contrasto all'immigrazione irregolare, ciò che permetterebbe il riconoscimento del MSNA quale individuo estremamente vulnerabile, e non semplicemente quale immigrato *speciale*.

Tale critica trova conferma negli articoli della riforma del SECA in cui non si escludono gli MSNA responsabili di movimenti secondari

<sup>72</sup> Cfr. Parlamento europeo, *Draft Report on the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council Establishing the Criteria and Mechanisms for Determining the Member State Responsible for Examining an Application for International Protection Lodged in One of the Member States by a Third-country National or a Stateless Person (Recast)*, Rapporteur C. Wikström, 24 febbraio 2017, 2016/0133(COD), reperibile *on-line* <https://europarl.europa.eu>.

dall'applicabilità delle disposizioni limitative di taluni diritti dei richiedenti asilo, secondo un approccio evidentemente punitivo.

Nei loro confronti, pertanto, si prospetta un abbattimento delle possibilità di accesso alle misure di assistenza vigenti, a partire dall'assistenza sanitaria ridotta ai casi di emergenza – con una gravissima lesione del principio di uguaglianza nell'esercizio effettivo di diritti fondamentali come il diritto alla salute –, fino alla detenzione nel caso in cui il richiedente asilo abbia violato l'obbligo di residenza e vi sia il rischio di fuga, ciò che potrebbe comportare una maggiore dispersione e “clandestinizzazione” dei MSNA.

Quanto detto in premessa permette di evincere anche l'esistenza di una differente impostazione in seno all'UE circa le tutele riconosciute a questa categoria particolarmente vulnerabile di migranti, per cui se alcuni Paesi - come l'Italia e il Regno Unito – adottano un approccio umano, sociale e giuridico di protezione, dal quale risulta la permeabilità al *child's best interest*, ciò che in chiave prospettica rinsalda il riconoscimento del valore cogente di tale principio; altri Stati invece propendono per un trattamento dei MSNA paritario rispetto agli altri migranti, si pensi al caso della Slovacchia in cui quasi tutti i minori giunti nel 2016 sono stati dispersi per il malfunzionamento del sistema di accoglienza<sup>73</sup>.

In questo contesto, pertanto risulta ancora più attuale e pressante sia l'adesione da parte dei tribunali statali ai cd. *Strasbourg minimum* della Corte europea, concernenti i diritti sostanziali e procedurali dei MSNA, sia la definizione di tale Corte quale “*European juridical conscience*”<sup>74</sup>.

Ed infatti, esercitando il suo ruolo, essa non si è limitata alla verifica delle violazioni della Cedu e alla determinazione dell'importo dell'equa riparazione, bensì ha meticolosamente individuato le specifiche misure – di carattere generale e particolare – che gli Stati parti devono adottare al fine di rendere compatibile la normativa statale sul trattamento dei MSNA rispetto ai principi desunti dalla Cedu<sup>75</sup>. È pertanto innegabile

<sup>73</sup> Cfr. UNHCR, *Separated Children in Europe Programme, Newsletter March 2017*, reperibile on-line <http://scepnetwork.org>. V. BREEN, *The Standard of the Best Child Interests*, The Hague/London/New York, 2002, p. 455 ss.; WOLOZIN, *Doing What's Best: Determining Best Interests for Children Impacted by Immigration Proceedings*, in *Drake Law Review*, 2016, p. 141 ss.

<sup>74</sup> Cfr. DOUGLAS-SCOTT, *A Tale of Two Courts: Luxembourg, Strasbourg and the Growing European Human Rights Acquis*, in *Common Market Law Review*, 2006, p. 619 ss.

<sup>75</sup> In punto, si rinvia a WILDHABER, HJARTARSON, DONNELLY, *No Consensus on Consensus? The Practice of the ECHR*, in *Human Rights Law Journal*, 2013, p. 248 ss.; REYNAETS, *Introduction: a Critical Approach to Children's Rights*, in REYNAETS, DESMET, LEMBRECTHS, VANDENHOLE, (eds.), in *Routledge International Handbook of Children's Rights Studies*, New York/London, 2015, p. 95 ss.; DRAGHICI, *Legitimacy of Fami-*

che la Corte europea abbia favorito il consolidamento e la cristallizzazione di standard regionali di tutela dei diritti umani reclamabili da ogni minore (e non solo) sul territorio europeo.

Ma vi è di più, poiché i citati diritti hanno fortemente inciso anche sulla redazione del SECA, da cui oggi è possibile parlare non solo di un *EU asylum acquis* bensì di un più ampio *human rights migration acquis*, al quale non è escluso che possa contribuire anche la giurisprudenza *ZAT*, sia in quanto espressione del *child's best interest*, al di sopra e indipendentemente dal SECA riconoscendo finalmente appieno la estrema vulnerabilità (anche) giuridica del MSNA, sia riguardo alla *nuova* interpretazione dell'art. 8 Cedu.

Peraltro, la giurisprudenza della Corte europea sembra emergere anche nel progetto di risoluzione del Parlamento europeo sul Regolamento Dublino IV nel quale si legge che il “duty not to deport” non si applicherebbe solo riguardo alle cd. “deficienze sistematiche” incisive sul godimento dell'art. 3 Cedu, bensì, più ampiamente, anche al caso di “real risk of a serious violation of his or her fundamental rights” nell'ampio spettro dei diritti della Cedu, e quindi anche ai fini della tutela della vita familiare e dell'interesse superiore del minore.

Concludendo, non v'è dubbio che i prossimi anni saranno forieri di interessanti novità, tanto per l'adozione del pacchetto di riforma del SECA, attualmente al vaglio del legislatore europeo, quanto per le conseguenze della *Brexit* sul trattamento dei MSNA. Ed infatti, se grazie all'adesione al Regolamento Dublino III il Regno Unito ha potuto ricollocare, dal 2003 ad oggi, in altri Stati membri 12.000 minori, ciò non sarà possibile al di fuori del sistema Dublino anche alla luce dei limiti del citato *Dub's Amendment*<sup>76</sup>.

A seguito dell'uscita dall'UE, tale Stato non potrebbe firmare accordi aventi un simile contenuto né con gli Stati dell'UE, in quanto quest'ultima ha competenza esclusiva in materia di riallocazione dei rifugiati, né accordi analoghi a quelli stipulati tra l'UE la Norvegia e la

*ly Rights in Strasbourg Case Law: Living Instrument or Extinguished Sovereignty?*, Oxford, 2017.

<sup>76</sup> Cfr. il caso *R (on the application of AM (a Child by His Litigation Friend OA and OA) v. Secretary of State for the Home Department* [2017] UKUT 00262 (IAC), la sentenza dell'UT del 12 aprile 2017. V. Asylum Information Database, *Country Report: United Kingdom*, 2016, reperibile *on-line* <http://reliefweb.int>.; European Union Committee, *Children in Crisis: Unaccompanied Migrant Children in the EU*, 2016, reperibile *on-line* <http://www.parliament.uk>; ROECK, *Reuniting Unaccompanied Minor Asylum Seekers Post Brexit: Challenges and Alternatives*, in *Yale Journal of International Law*, 2017, reperibile *on-line* <http://yjil.yale.edu>.

Svizzera, in quanto questi ultimi sono parte della zona Schengen, con una evidente lesione dei diritti dei MSNA.

## QUARTA SESSIONE

### **LA DISTINZIONE TRA RIFUGIATO E MIGRANTE ECONOMICO: UNA DICOTOMIA DA SUPERARE?**



## RELAZIONE INTRODUTTIVA

Bruno NASCIMBENE\*

1. Il contesto storico in cui si colloca il tema delle migrazioni è profondamente cambiato nel tempo, nella definizione e nel ruolo dei diversi attori.

Nel passato, attori erano solo gli Stati, poiché la condizione dello straniero era di competenza esclusiva, appunto, degli Stati. In epoca più recente, dagli anni cinquanta in poi, sono divenuti attori anche le organizzazioni internazionali, di carattere universale o regionale, e fra queste ultime, quale organizzazione *sui generis*, l'Unione europea.

2. Si possono ormai ritenere attori o “quasi attori” anche gli individui, ai quali sono riconosciuti diritti fondamentali. I diritti essenziali della persona in quanto tale sono, invero, riconosciuti da un complesso di strumenti internazionali che hanno origine e fondamento nella Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo del 1948.

Mi piace ricordare come, in occasione di un precedente Convegno della SIDI, il XV tenutosi a Bologna nel giugno 2010, dedicato alla protezione dei diritti fondamentali, alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e agli *standards* internazionali di protezione, erano stati trattati alcuni dei profili odierni. Mi riferisco all'applicazione degli *standards* di tutela dello straniero a livello internazionale ed europeo, al diritto di asilo, alle varie forme di protezione internazionale.

Nel 2010, la drammaticità del fenomeno migratorio non aveva, comunque, assunto, le dimensioni odierne. E ciò mi induce a svolgere qualche altra riflessione e rilievo.

3. Migrante è parola generica, che non ha una definizione giuridica, diversamente da rifugiato, definito dalla Convenzione di Ginevra del 1951.

Il “Glossario sull'asilo e la migrazione”, a cura della Commissione europea, Rete europea sulle migrazioni, 2016, ben illustra la diversa terminologia impiegata. Migrante è una categoria che ha prodotto una serie di sottocategorie, quali quelle di migrante economico, di migrante forzato, di migrante altamente qualificato.

\* Professore ordinario di Diritto dell'Unione europea presso l'Università degli Studi di Milano, Facoltà di giurisprudenza.

Nella lingua comune e in quella dell'informazione si usano, indifferentemente, anche i termini immigrato, profugo, clandestino<sup>1</sup>.

Le crisi umanitarie, più recentemente quelle a seguito della guerra in Siria, hanno evidenziato come la parola migrante sia usata in modo generico, e non sempre corretto, per indicare chi sia costretto a fuggire da guerre, persecuzioni, torture e non possa né rimanere né fare ritorno nel Paese d'origine. Non si tratta di persone che semplicemente migrano e si spostano, ma di persone che cercano asilo ovvero, più genericamente (per usare la terminologia del diritto UE, art. 78 TFUE), protezione internazionale, che comprende *a*) sia l'asilo o il rifugio ai sensi della Convenzione di Ginevra, *b*) sia altre forme di protezione, come quella sussidiaria e temporanea (prevista dall'art. 78 cit. e dal diritto derivato), nonché quella *lato sensu* umanitaria. Protezione, quest'ultima, che uno Stato può comunque concedere in virtù delle proprie leggi. Nell'ordinamento italiano, per esempio, un permesso di soggiorno per motivi umanitari, quando non ricorrono le condizioni per il riconoscimento della protezione internazionale, è previsto dall'art. 5, 6° co. T.U. immigrazione, d.lgs. 25.7.1998, n. 86 e dall'art. 32,3° co. d.lgs. 28.1.2008, n. 25.

4. I termini migrante e rifugiato spesso si sovrappongono e si usano congiuntamente<sup>2</sup> sottolineando il carattere misto delle due categorie ed evidenziando le difficoltà di individuare categorie nettamente distinte. In altri casi, si precisa che il rifugiato è un migrante forzato, costretto a lasciare il proprio Paese e a chiedere protezione in un altro Paese; mentre il migrante economico lascia il proprio Paese per scelta, alla ricerca di un futuro migliore, esclusivamente o prevalentemente per ragioni economiche.

Le motivazioni dello spostamento da un Paese all'altro, tuttavia, possono essere sia politiche che economiche. Segnalo anche una – censurabile – tendenza a considerare i rifugiati come “i migranti buoni”, “meritevoli”, distinti dagli altri, dai migranti in generale, che sarebbero quelli “meno buoni”, da non accogliere. Distinzione che se è difficile da accettare sul piano non giuridico, non lo è certamente sotto il profilo giuridico, sebbene non esista, per i migranti in generale, una

<sup>1</sup> Su questi problemi terminologici cfr. Accademia della Crusca, *Migranti, profughi e rifugiati. Anche le parole delle migrazioni sono sempre in viaggio*, in [www.accademiadellacrusca.it/it/lingua.../migranti-profughi-rifugiati-anche-parole-mig](http://www.accademiadellacrusca.it/it/lingua.../migranti-profughi-rifugiati-anche-parole-mig); il Glossario è in <https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/.../files/.../emn-glossary-it-version.pdf>.

<sup>2</sup> Cfr. UNHCR, "Rifugiati" e "Migranti", FAQs, 21.3.2016, <https://www.unhcr.it/news/rifugiati-e-migranti-faqs.html>

Convenzione omologa a quella di Ginevra sullo *status* dei rifugiati (28.7.1951) ratificata da ben 145 Stati (il Protocollo del 31.1.1967 è ratificato da 146 Stati) e vincolante per l'Unione europea come prevedono l'art. 78, par. 1 TFUE e l'art. 18 Carta dei diritti fondamentali UE.

5. Esistono solo convenzioni “specifiche” sui migranti: la Convenzione dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro n. 143 del 24.6.1975 (ratificata da 23 Stati) che riguarda i lavoratori migranti e, parimenti, la Convenzione internazionale delle Nazioni Unite sulla protezione dei diritti di tutti i lavoratori migranti e delle loro famiglie del 18.12.1990 (l'hanno ratificata o vi hanno aderito 51 Stati). Quest'ultima Convenzione, anzi, nel definire il proprio ambito di applicazione (art. 3) esclude i rifugiati, nonché gli apolidi, salvo che sia diversamente stabilito dalle norme interne.

6. Non v'è dubbio che la Convenzione di Ginevra sia datata, frutto di un'epoca, il dopoguerra, in cui si sono verificati movimenti di persone di rilevante portata, che hanno interessato in particolare l'Europa. Già il Protocollo del 1967 prendeva atto della necessità di eliminare la limitazione temporale e quella geografica contenute nell'art. 1 della Convenzione. Gli eventi, insomma, suggerivano la necessità di una definizione di rifugiato più ampia.

Gli orientamenti odierni sulla distinzione tra rifugiati e migranti economici sono vari. C'è chi propone una solidarietà generalizzata per migranti economici e rifugiati, senza distinzioni<sup>3</sup> e chi sottolinea come tale distinzione sia sempre più “forzata” assomigliando più a una etichetta rassicurante (una semplificazione, insomma) di cui i sistemi giuridici occidentali hanno bisogno, piuttosto che un modo di cogliere o comprendere quello che succede, l'attualità del problema<sup>4</sup>.

La distinzione fra chi parte per necessità e chi per scelta è fatta propria dalla c.d. *push/pull theory*, secondo la quale i *pushed* sarebbero coloro che sono attratti da migliori prospettive economiche<sup>5</sup>.

Tale distinzione, certamente, si attenua quando le persone che lasciano il Paese lo fanno non perché politicamente perseguitati, ma perché vittime di sconvolgimenti politici che non consentono più di

<sup>3</sup> PUGLIESE, *Migranti economici e rifugiati: solidarietà per tutti*, in <http://sbilanciamoci.info/migranti-economici-rifugiati-solidarieta-tutti/>

<sup>4</sup> COLOMBO, *Rifugiati e migrant economici: facciamo chiarezza*, in [www.lenius.it/rifugiati-e-migranti-economici/](http://www.lenius.it/rifugiati-e-migranti-economici/).

<sup>5</sup> Per questa teoria, KUNZ, *The Refugee in Flight: Kinetic Models and Forms of Displacement*, in *International Migration Review*, 1973, vol. 7 (2), p.125 ss.

svolgere un'attività, di lavorare e guadagnare quanto necessario per vivere.

Se si deve praticare una solidarietà generalizzata, allora non si devono distinguere gli uni dagli altri. E anche nel caso in cui la persona non fosse riconosciuta come rifugiato, dovrebbe godere comunque di protezione umanitaria che assicuri alla persona un determinato *status* favorevole. Non è accettabile l'atteggiamento negativo, addirittura xenofobo nei confronti di entrambi, che si tratti di rifugiati o di migranti economici. L'assimilazione fra rifugiati e migranti economici contrasterebbe, quale che sia la definizione o distinzione, con la tutela dei diritti della persona.

7. Ai temi qui accennati sono dedicate le relazioni della sessione. Giuseppe Cataldi (Professore di diritto internazionale all'Università di Napoli L'Orientale, direttore del Centro di eccellenza Jean Monnet sulla "Tutela dei diritti dei migranti nel Mediterraneo") si occupa di alcuni profili di diritto internazionale e umanitario e di diritto interno, con particolare riguardo al diritto italiano. La protezione per motivi umanitari richiede una specifica attenzione a livello legislativo, internazionale e nazionale. Le diverse prassi degli enti territoriali nazionali suscitano perplessità, come pure i diversi orientamenti della giurisprudenza italiana.

Elspeth Guild (Jean Monnet Professor «ad personam» at Queen Mary, University of London as well as at the Radboud University Nijmegen, Netherlands) focuses on the topic of a safe, orderly and regular migration based on the New York Declaration adopted by the UN General Assembly on 19 September 2016. It will be very interesting to look into the development of the New York Declaration when the two Global Compacts on Refugees and Migrants will be considered by the Assembly at its seventy-third session. The Declaration provides for common principles and commitment for refugees and migrants as well as separate commitments for each of them. I believe that a safe, orderly and regular migration cannot be achieved if States do not responsibly commit to the obligations of solidarity on which international instruments are based.

La relazione di Fulvio Vassallo Paleologo (avvocato, componente della Clinica legale per i diritti umani dell'Università di Palermo, dove ha insegnato, per molti anni, Diritto d'asilo) è su un tema di attualità, "Migranti economici tra principio di legalità e discrezionalità amministrativa". La sua attenzione sulla distinzione tra migrante economico e richiedente asilo, sulle prassi degli *hotspots* e degli accordi di riammissione, sull'istituto della protezione umanitaria nel nostro

Paese, rappresenta sicuramente un invito alla riflessione ma anche ad assumere iniziative concrete, soprattutto a livello europeo.

La relazione conclusiva è svolta da Marco Gestri (Professore di diritto internazionale nell'Università di Modena e Reggio Emilia). Essa non può che fornire un importante contributo sui temi qui affrontati. La dicotomia rifugiato–migrante economico non può considerarsi, oggi, superata. Va ripensata, non v'è dubbio, perché non si tratta di una mera questione terminologica e neppure soltanto giuridica.

Compito del giurista è, invero, quello di formulare proposte affinché possano essere adottate le migliori soluzioni. Credo che noi giuristi, oggi, abbiamo ben adempiuto al nostro compito.



## LA DISTINZIONE TRA RIFUGIATO E MIGRANTE ECONOMICO: UNA DICOTOMIA DA SUPERARE?

Giuseppe CATALDI\*

1. Sebbene negli ultimi anni l'attenzione dell'opinione pubblica sia stata catturata dalle difficoltà dell'Europa nella gestione del milione e oltre di persone arrivate via mare con mezzi di fortuna dalla riva Sud del Mediterraneo, occorre ricordare che poco meno del 90% dei rifugiati sotto mandato UNHCR si trova in Paesi a basso reddito, in prossimità delle situazioni di conflitto<sup>1</sup>. Nel solo 2015 più di sessantacinque milioni di persone sono state costrette alla fuga. La soglia "psicologica" dei sessanta milioni è stata quindi abbondantemente superata, visto che un anno prima le persone costrette alla fuga erano state circa cinquantanove milioni<sup>2</sup>. Di questi, circa 3.2 milioni erano in attesa di decisione sulla loro richiesta di asilo in Paesi industrializzati (il più alto numero mai registrato dall'UNHCR), 21.3 milioni erano i rifugiati (1.8 milioni in più rispetto al 2014, il dato più alto dagli anni novanta), 40.8 milioni di persone erano invece fuggite dalla propria casa ma ancora all'interno del proprio Stato (i cosiddetti IDP, *Internally Displaced Persons*, numero più alto mai registrato).

Quali le ragioni del tasso di incremento? Innanzitutto la circostanza per cui le crisi che causano flussi di rifugiati oggi durano più a lungo rispetto al passato, come insegnano i casi della Somalia o dell'Afghanistan; in secondo luogo, la frequenza con cui si verificano nuove situazioni drammatiche o si riacutizzano crisi in corso (Siria, Sud Sudan, Yemen, Ucraina, etc.), frequenza che aumenta sempre più dalla fine della guerra fredda; infine, la diminuita tempestività, per motivi politici ed economici, delle soluzioni adottate per rifugiati e sfollati.

Come è stato a giusta ragione rilevato, l'immigrazione è un diritto

\* Professore ordinario di Diritto internazionale, Università L'Orientale di Napoli.

<sup>1</sup> La percentuale aumenta ulteriormente, peraltro, se consideriamo i palestinesi sotto mandato UNRWA. In generale, appare opportuno ricordare che tra gli Stati che accolgono il maggior numero di rifugiati vi sono la Turchia, con 2.5 milioni di rifugiati, il Libano, con 183 rifugiati ogni 1000 abitanti, e la Repubblica democratica del Congo, che ospita il maggior numero di rifugiati in relazione alla capacità economica del Paese. Dati tratti dal rapporto *Global Trends UNHCR*, 2016.

<sup>2</sup> *Global Trends UNHCR*, 2016.

asimmetrico<sup>3</sup>. È noto infatti che al diritto di ciascun essere umano di migrare (previsto dall'art. 13, par. 2, della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, che stabilisce che ogni individuo ha diritto di lasciare qualsiasi Paese, compreso il proprio, e nell'art. 12, par. 2, del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966) non corrisponde però un parallelo dovere di accoglimento da parte dello Stato di destinazione (alcuni Paesi non consentono nemmeno di partire, per la verità)<sup>4</sup>. Negli Stati di destinazione il visto d'ingresso è previsto per tutti i cittadini dei Paesi da cui provengono di solito i migranti, il che comporta, in assenza di canali legali di immigrazione, l'ovvia necessità di sconfinamento irregolare dopo aver affrontato un viaggio pericoloso. I mezzi, le rotte, l'affidamento a organizzazioni criminali dedite al traffico dei migranti sono elementi comuni a chi fugge da guerre e a chi fugge dalla miseria. Di qui il rischio di ricorso abusivo alla procedura di asilo, in mancanza di canali di ingresso alternativi regolari. Oggi il fenomeno migratorio è ben diverso dal passato, poiché non esistono più flussi di "migrazioni stabili"<sup>5</sup>. Se in teoria la distinzione tra migranti economici e rifugiati è netta, in pratica le persone sono accomunate dal viaggio, e spesso esposte nella stessa misura a pericoli, condizioni inumane e a volte vere e proprie torture nel tentativo di raggiungere l'Europa: basti pensare alle condizioni di detenzione cui sono sottoposti in Libia tutti i migranti, economici o forzati. Inoltre, ci si chiede se le condizioni di deprivazione materiale in cui versano le persone in alcuni dei Paesi di origine dei migranti non vadano a configurare un trattamento degradante, come prospettato da una giurisprudenza molto avanzata, sulla quale si tornerà nel corso della trattazione<sup>6</sup>. Il viaggio li avvolge tutti insieme. Di qui, a nostro avviso, l'urgenza di categorie meno rigide.

<sup>3</sup> SCOVAZZI, *Human Rights and Immigration at Sea*, in R. RUBIO-MARIN (ed.), *Human Rights and Immigration*, Oxford, 2014, p. 212 ss.

<sup>4</sup> Cfr. MORENO LAX, *Accessing Asylum in Europe. Extraterritorial Border Controls and Refugee Rights under EU Law*, Oxford, 2017.

<sup>5</sup> Sul punto si veda l'analisi di KING, *Verso una nuova tipologia delle migrazioni europee*, in *La critica sociologica*, 2003, p. 9 ss.

<sup>6</sup> Tribunale di Milano, prima sezione civile, ordinanza del 31 marzo 2016, reperibile al link <http://www.meltingpot.org/IMG/pdf/umanitaria-diritto-alla-salute-e-alimentazione-gambia-1.pdf>. D'altra parte, anche la Corte di Strasburgo, nella sentenza *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, ric. n. 30696/09, del 21 gennaio 2011, ha ritenuto in contrasto con l'art. 3 CEDU la condizione di indigenza in cui era stato abbandonato il richiedente asilo. Nella sentenza *Sufi e Elmi c. Regno Unito*, ric. n. 8319/07 e 11449/07, del 28 novembre 2011, il suddetto organo, poi, al fine di valutare la compatibilità del rimpatrio con l'art. 3 CEDU, ha attribuito rilievo alle difficoltà di inserimento che i due richiedenti asilo somali avrebbero incontrato sia in Somalia, sia nei campi per i rifugiati dell'UNHCR. Sulla giurisprudenza in questione si rinvia a DEL GUERCIO, *La protezione dei richiedenti asilo nel diritto internazionale ed europeo*, Napoli, 2016, in part. p. 159 ss.

D'altra parte, sia l'OIM sia l'UNHCR hanno riconosciuto la natura "mista" delle migrazioni attuali, e quindi le difficoltà di una divisione rigida tra migrante economico e richiedente asilo<sup>7</sup>.

2. Per comodità di esposizione conviene qui passare rapidamente in rassegna le varie categorie utilizzate per i migranti, in particolare alla luce dell'ordinamento italiano<sup>8</sup>:

a) il migrante regolare, in possesso di un visto d'ingresso per soggiorno temporaneo o permanente;

b) chi aspira allo status di rifugiato. In questo caso si prescinde dalla valutazione delle modalità d'ingresso. Per aspirare allo status, ai sensi dell'art. 1.1 della Convenzione di Ginevra del 1951, il discrimine è dato dal legittimo timore di subire persecuzioni nel Paese d'origine per motivi di razza, religione, nazionalità, appartenenza ad un determinato gruppo sociale, opinioni politiche. Si ritiene che tale principio faccia parte ormai del diritto internazionale generale<sup>9</sup>. Va ricordato, ed è importante ai nostri fini, che non esiste una definizione universalmente accettata del concetto di "persecuzione". La direttiva 2011/95/UE all'art. 2 lettera d), riprendendo la definizione di cui all'art. 1 della Convenzione di Ginevra

<sup>7</sup> Tra gli altri documenti, si rinvia a: OIM, *Mixed Migration Flows in the Mediterranean*, 17 luglio 2017, reperibile al link: <https://www.iom.int/mixed-migration-flows-mediterranean-compilation-available-data-and-information-reporting-period-june>; UNHCR, *A 10-Point Plan of Action*, reperibile al link <http://www.unhcr.org/mixed-migration.html>.

<sup>8</sup> In proposito, per una più ampia disamina, si rinvia a CORTESE, *La difficile 'classificazione' dei migranti*, in SAVINO (a cura di), *La crisi migratoria tra Italia e Unione europea*, Napoli, 2017, p. 141 ss.; PUGLIESE, *Migrazione economica migrazione politica*, in MACIOTTI (a cura di), *Conflitti, guerre civili, vittime e diritto internazionale*, Roma, 2017, p. 18 ss.

<sup>9</sup> Sulla Convenzione di Ginevra del 1951, che costituisce il testo internazionale normativo di riferimento con riguardo alla protezione dei rifugiati, si rinvia, tra gli altri, a GOODWIN GILL, J. MCADAM, *The Refugee in International Law*, Oxford, 2007; HATHAWAY, *The Law of Refugee Status*, Cambridge, 2014. In alcuni ordinamenti statali è prevista una tutela anche più ampia. Ad esempio, l'art. 10 della Costituzione italiana afferma: "Lo straniero, al quale sia impedito nel suo paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana, ha diritto d'asilo nel territorio della Repubblica, secondo le condizioni stabilite dalla legge". Fin dal 1997 la Consulta ha sostenuto che lo straniero al quale sia impedito nel suo Paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite nella Costituzione italiana gode, ai sensi dell'art. 10, comma 3, Cost. di un "vero e proprio diritto soggettivo all'ottenimento dell'asilo" (Cassazione Civile, Sezioni Unite, 26 maggio 1997, n. 4674). In argomento si rinvia a BONETTI, *Il diritto d'asilo nella Costituzione italiana*, in FAVILLI (a cura di), *Procedure e garanzie del diritto d'asilo*, Padova, 2011; BENVENUTI, *Il diritto di asilo nell'ordinamento costituzionale italiano. Un'introduzione*, Padova, 2007; RESCIGNO, *Il diritto di asilo*, Roma, 2012.

del 1951, menziona le due clausole della persecuzione e della mancata protezione da parte del Paese di origine. È interessante rilevare che tale direttiva, nell'art. 9, fa riferimento alle situazioni di cui all'art. 15 della Convenzione europea di diritti dell'uomo (disposizione sulla deroga ai diritti umani in caso di emergenza<sup>10</sup>) e altre situazioni comparabili a queste ultime, nonché ad eventuale "somma di diverse misure" con impatto comparabile alle situazioni nominate in precedenza. Quindi la persecuzione, secondo la direttiva, si concretizza o come conseguenza di un singolo atto di soglia particolarmente elevata per gravità, oppure attraverso la somma di diverse misure<sup>11</sup>.

La giurisprudenza ci conferma le possibilità di diversa interpretazione del concetto di persecuzione. La Corte di Giustizia dell'Unione europea, nella sentenza *Y e Z* del 5 settembre 2011<sup>12</sup>, ha accordato un'interpretazione estensiva al concetto, affermando che anche la violazione della libertà religiosa, quando è grave, concretizza una forma di persecuzione idonea al riconoscimento dello status di rifugiato. La Corte ha fatto riferimento proprio all'art. 15 CEDU, affermando anche che la lista di cui al par. 2 dell'art. 9 della direttiva dell'UE non può essere considerata una lista esaustiva degli atti che possono costituire persecuzione.

Altra pronuncia interessante di questa Corte è la sentenza resa il 26 febbraio 2015 nel caso *Shepherd*<sup>13</sup>. Si tratta di un caso in cui la Germania aveva negato la protezione internazionale ad un cittadino statunitense (tecnico di elicotteri) che da detto Paese si rifiutava di ripartire per l'Iraq, a causa del carattere illegittimo della guerra e dei crimini di guerra lì commessi. La Corte ha affermato, in via generale, che chi rischia di soffrire persecuzione per essersi sottratto al servizio militare per non contribuire a crimini di guerra può aspirare allo status di rifugiato, ma che tale condizione, pur necessaria, non è anche sufficiente, e va valutata caso per caso. Condizione essenziale è che il rifiuto costituisca il solo mezzo per evitare la partecipazione ai crimini di guerra. Nel caso di specie il soggetto in questione aveva a disposizione la procedura per ottenere lo status di obiettore di coscienza, e risultava non averla attivata. Inoltre,

<sup>10</sup> In commento a tale norma sia consentito rinviare a CATALDI, *art. 15*, in BARTOLE, DE SENA, ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012, p. 555 ss.

<sup>11</sup> Più diffusamente sulla direttiva "qualifiche" e sulla giurisprudenza resa al riguardo dalla Corte di giustizia dell'UE si rinvia a DEL GUERCIO, *La protezione dei richiedenti asilo*, cit., in part. p. 297 ss.

<sup>12</sup> Corte di giustizia UE, cause riunite C-71/11 e C-99/11, *Bundesrepublik Deutschland c. Y e Z*, sentenza del 5 settembre 2012.

<sup>13</sup> Corte di giustizia UE, causa C-472/13, *Shepherd*, sentenza del 26 febbraio 2015.

l'eventuale pena detentiva o il congedo con disonore ai quali andava ipoteticamente incontro con il suo rifiuto non potevano essere considerati atti di persecuzione.

Nella sentenza del 7 novembre 2013, nel caso *X.Y.Z.*<sup>14</sup>, la Corte di Giustizia ha poi qualificato come “gruppo sociale” ai sensi dell'art. 10 par. 1 lettera d) della direttiva “qualifiche” tre richiedenti asilo che affermavano di essere stati oggetto, per il loro orientamento sessuale, di reazioni violente nel loro ambiente e di repressione da parte delle autorità. La Corte ha affermato che nel caso di specie erano soddisfatte entrambe le condizioni, e cioè essere un gruppo determinato ed essere percepito, in quanto tale, come “diverso”, e quindi da discriminare. Per la verifica dello status di rifugiato occorre infatti sempre verificare il nesso causale ai sensi della normativa vigente. È evidente che una “ragionevole” probabilità di persecuzione deve essere accertata, così come la titolarità dello status può fluttuare sulla base dei rapporti datati o recenti relativi al Paese da cui viene il richiedente asilo.

Ai sensi dell'art. 12 della direttiva “qualifiche” sono esclusi dalla protezione coloro che risultano già protetti da agenzie ONU (come i palestinesi iscritti nelle liste dell'UNRWA<sup>15</sup>), coloro che abbiano commesso crimini internazionali, reati gravi, atti contrari ai fini delle Nazioni Unite (ad esempio atti di natura terroristica). Nella sentenza del 31 gennaio 2017, *Mostafa Lounani*<sup>16</sup>, la Corte di Giustizia ha ritenuto legittimo da parte del Belgio il rifiuto dello status di rifugiato ad un cittadino marocchino condannato per partecipazione ad attività di un gruppo terroristico, nonostante egli non avesse materialmente compiuto atti di terrorismo. La Corte ha comunque considerato “atto contrario ai fini delle Nazioni Unite” il suo coinvolgimento nelle attività del gruppo al quale apparteneva.

c) Nel caso di cittadino di Stato terzo o di apolide che non sia in possesso dei requisiti per ottenere lo status di rifugiato, ma per il quale ci siano fondati motivi per ritenere che nel Paese d'origine correrebbe serio rischio di grave danno, l'ordinamento dell'Unione europea ha previsto la cosiddetta “protezione sussidiaria”, introdotta dalla direttiva 2004/83/CE e disciplinata attualmente dalla direttiva 2011/95/UE. Si tratta di una

<sup>14</sup> Corte di giustizia UE, cause riunite C-199/12 a C-201/12, *X., Y. e Z. c. Minister voor Immigratie en Asiel*, sentenza del 7 novembre 2013.

<sup>15</sup> Salvo il caso in cui non abbiano lasciato l'area in cui ricevevano detta protezione. Cfr. le sentenze della Corte di giustizia dell'UE, causa C-31/09, *Bolbol*, sentenza del 17 giugno 2010 e causa C-364/11, *Mostafa Abed El Karem El Kott e altri*, sentenza del 19 dicembre 2012.

<sup>16</sup> Corte di giustizia UE, causa C-573/14, *Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides/Mostafa Lounani*, sentenza del 31 gennaio 2017.

forma complementare e, per l'appunto, sussidiaria di protezione rispetto allo status di rifugiato, al quale è subordinata, essendo le autorità statali chiamate a verificare innanzitutto se ci siano i requisiti per lo status di rifugiato. Il presupposto, come si è detto, è il rischio di grave danno in caso di respingimento, dovendosi intendere per "grave danno", alla luce dell'art. 15 della direttiva, la possibilità di essere condannato a morte, di essere torturato, di avere la vita minacciata in caso di situazioni di conflitto. Il pericolo di tortura è il "nocciolo duro" della protezione sussidiaria, da interpretare alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. L'elemento di novità della direttiva è la previsione della protezione anche in caso di rischio collegato ad una situazione di "violenza generalizzata". È evidente che si tratta, in questo caso, di una categoria di non facile interpretazione, aperta a valutazioni soggettive. Secondo la Corte di Giustizia dell'Unione europea il concetto di "conflitto" ha una possibilità di applicazione, ai fini della direttiva, molto estesa, svincolato dalle definizioni proprie del diritto internazionale umanitario<sup>17</sup>. Va rilevato che nella proposta originaria della Commissione la possibilità di riconoscimento della protezione sussidiaria era ancora più ampia, poiché quest'ultima poteva essere riconosciuta anche in caso di gravi violazioni dei diritti umani.

Nel momento in cui scriviamo, tuttavia, si parla dell'ipotesi di trasformare la direttiva in questione in un regolamento. Ciò comporterebbe la fine della discrezionalità per gli Stati membri, in molti casi una riduzione delle garanzie accordate. Occorre infatti ricordare che, mentre la direttiva prevede il riconoscimento di tale status per almeno un anno, alcuni Paesi prevedono una durata maggiore. In Italia, ad esempio, tale status può durare fino a cinque anni. Un problema di garanzie discende anche dalla considerazione che, ai fini della valutazione dello status di protezione sussidiaria, valgono le clausole di esclusione così come per lo status di rifugiato. Ciò comporta una discrepanza con quanto prevede la Corte europea dei diritti dell'uomo nella sua giurisprudenza in materia di immigrazione, dal momento che, secondo la Corte di Strasburgo, ai sensi dell'art. 3 della CEDU la garanzia contro il respingimento in caso di trattamenti disumani e degradanti è assoluta, poiché in gioco vi è un valore fondamentale<sup>18</sup>. Appare quindi evidente l'incompatibilità dell'art. 15 del-

<sup>17</sup> Così la Corte nel caso *Diakité c. Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides*, causa C-285/12, sentenza del 30 gennaio 2014 resa su rinvio pregiudiziale del *Conseil d'État* belga.

<sup>18</sup> Per la giurisprudenza rilevante in materia della Corte europea dei diritti dell'uomo si rinvia a CATALDI, *Osservazioni sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani in materia di tortura*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, p. 51 ss.

la direttiva con la CEDU come interpretata dalla Corte di Strasburgo. Nel caso di applicazione dei criteri enunciati da quest'ultima Corte non è chiaro poi, e certamente la disciplina relativa non è univoca all'interno degli Stati membri, quale sia lo status delle persone non suscettibili di espulsione in virtù dell'art. 3 della CEDU<sup>19</sup>.

d) La "protezione temporanea". Si tratta di uno status previsto da una direttiva (2001/55/CE) che finora ha avuto scarsa fortuna. Lo scopo è l'istituzione di norme minime in caso di afflusso massiccio ed improvviso di sfollati provenienti da Paesi terzi e che non possano tornare al Paese di origine, al fine di fornire loro una tutela immediata e transitoria. La durata è di un anno, prorogabile. In Italia un'ipotesi di questo tipo è prevista dall'art. 20 del Testo unico sull'immigrazione, ed ha trovato utilizzazione durante la cd. "primavera araba".

e) Nel caso in cui ricorrano "*seri motivi in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi internazionali o costituzionali dello Stato italiano*", il nostro ordinamento, così come avviene in altri Paesi (ma non certo tutti) dell'Unione, prevede la possibilità di riconoscimento dello status di "protezione umanitaria". È la Commissione territoriale che, non riscontrando gli elementi per il riconoscimento della protezione internazionale, ma ritenendo la persona non espellibile per motivi umanitari, rimette gli atti al Questore affinché questi, che non ha nessuna discrezionalità in merito, rilasci il permesso di soggiorno per motivi umanitari. Dispone l'art. 5 co. 6 d.lgs. 286/98: "Il rifiuto o la revoca del permesso di soggiorno possono essere altresì adottati sulla base di convenzioni o accordi internazionali resi esecutivi in Italia, quando lo straniero non soddisfi le condizioni di soggiorno applicabili in uno degli Stati contraenti, salvo che ricorrano seri motivi, in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano". Come è stato rilevato, l'uso della disgiuntiva evidenzia come i motivi di carattere umanitario non debbano trovare fondamento in obblighi specifici previsti dalla Costituzione o da fonti internazionali, tale fondamento potendo riscontrarsi invece anche nella clausola generale dell'art. 2 della Costituzione; si tratta insomma di una clausola di salvaguardia del sistema volta a consentire che sia data tutela anche a situazioni non rientranti in alcuno degli status ordinariamente previsti<sup>20</sup>. L'ampia facoltà interpretativa è riscontrabile anche rispetto ai "seri motivi", sia quelli personali e soggettivi (vulnerabilità per motivi di salute,

<sup>19</sup> Sul punto si rinvia a DEL GUERCIO, *La protezione dei richiedenti asilo*, cit., p. 225 ss.

<sup>20</sup> Cfr. LUME, *La riforma dei processi in materia di immigrazione e protezione internazionale*, in *Gazzetta Forense*, 2017, p. 410 ss.

età) sia quelli oggettivi (in particolare in relazione al Paese di provenienza). La durata è fissata in due anni.

Occorre soffermarsi in particolare sulla protezione umanitaria poiché si tratta di uno status che nella prassi italiana appare prevalente rispetto agli altri, nonostante esso consista, come è evidente, in una forma residuale di protezione<sup>21</sup>. Secondo i dati ufficiali pubblicati dal Ministero dell'Interno, all'esito della procedura amministrativa relativa alle domande di protezione internazionale presentate nel 2016, circa il 60% di esse sono state oggetto di diniego, solo nel 5% dei casi è stato riconosciuto lo status di rifugiato, nel 14% dei casi è stata riconosciuta la protezione sussidiaria e nel 21% dei casi la protezione umanitaria. Questi dati in qualche misura ingenerano il dubbio che l'istituto in questione possa essere usato anche per fornire una protezione all'individuo mantenendo allo stesso tempo un'interpretazione restrittiva dello status di rifugiato e della protezione sussidiaria. Come vedremo, poi, la magistratura in molti casi ha fornito una lettura diversa delle situazioni da valutare, trasformando molti dinieghi di status in attribuzione della protezione umanitaria.

3. A questo punto, passati in rassegna i vari status riconoscibili allo straniero, occorre quindi verificare se la dicotomia migrante economico/rifugiato possa ancora reggere di fronte alle sfide che la realtà odierna propone, sfide in cui, come si dirà, spesso ci si trova di fronte a situazioni di non facile inquadramento.

Si è già accennato ad una categoria avente status non ben definito, ma sicuramente bisognosa di protezione internazionale: i migranti senza documenti, e ai quali sia stata eventualmente negata la protezione internazionale, ma che comunque non possono essere espulsi in applicazione del principio di *non refoulement*. Come classificarli? Ci sono poi gli apolidi, i minori non accompagnati, le vittime di tratta. Per quest'ultima categoria esiste una disciplina specifica sia nell'ambito del Consiglio d'Europa, sia nel diritto dell'Unione europea (sulla quale non possiamo qui soffermarci). Queste persone possono pertanto aspirare anche ad una forma autonoma di protezione internazionale<sup>22</sup>.

<sup>21</sup> In argomento cfr. ZORZELLA, *La protezione umanitaria nel sistema giuridico italiano*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2018, p. 1 ss.

<sup>22</sup> Nel caso *Choudury and others c. Grecia*, la Corte europea dei diritti dell'uomo, con sentenza del 30 marzo 2017, ha fornito un'interpretazione estensiva del concetto di "tratta degli esseri umani". Il caso riguardava 42 lavoratori agricoli, in gran parte privi di valido documento di lavoro e guardati a vista da vigilantes armati, i quali avevano prote-

Ma i casi ai quali vogliamo fare riferimento riguardano ovviamente i classici migranti non autorizzati, entrati irregolarmente o con visto scaduto (gli *overstayers*, in Europa quasi due terzi degli irregolari), o per i quali le condizioni per rimanere nel territorio sono venute meno.

Innanzitutto, un migrante potrebbe anche appartenere a più di una categoria. L'intreccio tra motivazioni politiche ed economiche è spesso inscindibile, come nel caso dei flussi di migranti curdi, che nella seconda metà del secolo scorso si recavano nella Repubblica federale tedesca<sup>23</sup>. Sia le condizioni di oppressione sia semplicemente la povertà erano alla base di questi spostamenti e dell'accoglienza ricevuta. Non diversamente sta accadendo adesso con riferimento ai lavoratori stranieri in Libia, i quali, a causa delle vicende drammatiche di quel Paese, si sono trovati senza lavoro e tentano di migrare in Europa. Come definirli? La molla attuale dello spostamento sono gli sconvolgimenti politici, ma la motivazione di fondo è economica.

In secondo luogo, per scelta o per circostanze oggettive, lo status non è quasi mai stabile. A seconda dei casi e delle circostanze, si può passare da rifugiato a migrante irregolare e viceversa<sup>24</sup>. Si pensi, per fare qualche esempio, a colui che lasci il proprio Paese in cerca di migliori opportunità di vita e che nel paese di destinazione acquisti consapevolezza del proprio orientamento omosessuale, duramente sanzionato in patria. Alla luce del cambiamento delle circostanze, detta persona potrebbe legittimamente aspirare alla protezione internazionale. Un altro esempio può essere quello della donna, partita liberamente dal Paese di origine ma divenuta vittima di traffico di esseri umani durante la migrazione,

stato per le loro condizioni di vita e perché nemmeno il salario promesso di 22 euro al giorno era stato loro pagato. Per sedare la protesta fu aperto il fuoco contro di loro e 30 tra tali lavoratori furono feriti. Le giurisdizioni nazionali si sono limitate a condannare queste guardie armate a pagare 43 euro a ciascun lavoratore ferito. La Corte ha affermato la violazione, da parte della Grecia, dell'art. 4.2 della CEDU, per non aver rispettato l'obbligo di prevenire lo sfruttamento e di perseguire gli sfruttatori. In commento si veda RUSSO, *Lo sfruttamento del lavoro negli Stati membri del Consiglio d'Europa: una riflessione a margine del caso Chowdury*, in *Rivista di Diritto internazionale*, 2017, p. 835 ss.; CORCIONE, *Nuove forme di schiavitù al vaglio della Corte europea dei diritti umani: lo sfruttamento dei braccianti nel caso Chowdury*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2017, p. 516 ss.; DI TURI, *Ancora sul caso Chowdury: Quale tutela per i diritti dei lavoratori migranti irregolari vittime di sfruttamento? L'art. 4 CEDU e le forme contemporanee di schiavitù*, in *La Comunità internazionale*, 2017, p. 565 ss.

<sup>23</sup> Cfr. il caso trattato dalla Corte di giustizia dell'UE, causa C-373/13, *H. T. contro Land Baden-Württemberg*, sentenza del 24 giugno 2015.

<sup>24</sup> Sul punto si rinvia a GOODWIN GILL, MCADAM, *The Refugee*, cit., *passim*. La definizione di rifugiato che emerge da questo studio è fortemente "politica". Si tratta cioè, secondo gli autori, di una scelta che dipende dalle fasi storiche e dalle relazioni interstatali.

che presenti richiesta di asilo per sottrarsi alla vendetta dei trafficanti o della famiglia di origine in caso di rimpatrio. Oppure la persona partita in cerca di lavoro per mantenere un nucleo familiare che ha investito su di lei. Può tornare e dire che l'esperimento è fallito? E come definire la giovane domestica filippina mandata contro la sua volontà a Roma o a Madrid? Ancora, è possibile che la partenza sia stata dettata da considerazioni economiche o familiari, ma che d'improvviso la situazione nel paese di origine sia mutata a causa di una guerra o di un colpo di Stato e che alla luce di tali circostanze la persona non possa farvi ritorno per non trovarsi esposta ad una situazione di pericolo. Di qui la difficoltà di far ricadere il migrante in una categoria fissa e predefinita.

Un altro intreccio inestricabile è poi quello tra degrado ambientale e motivazioni economiche. È paradossale che la categoria più importante e numerosa di migranti nel prossimo futuro (prima del 2080, secondo una ricerca congiunta di UNEP e dell'Università di Oxford) e cioè il migrante "ambientale", resti per ora fuori da ogni classificazione e protezione. Non sono rifugiati in senso stretto, poiché non ricadono nell'ambito di applicazione della Convenzione di Ginevra, e non è facile inquadrarli nell'ambito della protezione sussidiaria<sup>25</sup>. Ma che dire di situazioni come quella delle isole Chagos, in particolare di Diego Garcia? Come definire i suoi abitanti, costretti ad emigrare perché l'isola diventò improvvisamente una base militare USA e la pesca e la raccolta della palma da cocco furono impediti? Si tratta davvero di migranti economici, visto che non avevano più lavoro?<sup>26</sup> E gli abitanti di Nauru, la più piccola isola-Stato, una volta fertile e in seguito massacrata dallo sfruttamento delle miniere di fosfati, sfruttamento che garantì un'enorme ricchezza fino al loro esaurimento? Oggi non c'è più nulla sull'isola, se non il centro di detenzione per i richiedenti asilo gestito per conto del governo australiano, unica fonte di ricchezza per gli isolani! Se, come pare, il centro chiuderà, gli abitanti di Nauru, costretti praticamente tutti ad emigrare, come dovranno essere definiti?

Crediamo quindi sia corretto parlare di "migrazioni forzate" non solo nel caso dei rifugiati e richiedenti asilo, bensì anche con riferimento a chiunque sia costretto suo malgrado a partire, a lasciare la propria casa in conseguenza di violenze, persecuzioni, progetti di sviluppo falliti, disastri naturali o causati dall'uomo. Queste fattispecie vengono in larga par-

<sup>25</sup> In proposito, da ultimo, VALETTI, *Il secolo dei rifugiati ambientali*, I diritti dell'uomo. Cronache e battaglie, 2017, p. 85 ss.

<sup>26</sup> Su tutta la vicenda si rinvia a DI LIETO, *L'arcipelago Chagos: vecchio e nuovo colonialismo*, in TRIGGIANI e altri (a cura di), *Dialoghi con Ugo Villani*, Bari, 2017, p. 299 ss.

te definite come appartenenti alla categoria delle “migrazioni economiche” senza considerare che all’immigrazione volontaria dettata dalla ricerca di migliori opportunità di vita (il giovane migrante che cerca migliori occasioni di lavoro) si è aggiunta da tempo un’immigrazione *forzata* dovuta a veri e propri “disastri economici”, di difficile distinzione dagli analoghi disastri causati da guerre, da persecuzioni etniche, politiche o religiose. Il discrimine è “la scelta”: la persona costretta a partire perché in pericolo di morte a causa di malattie che nel Paese in cui vive non sono curabili, o perché costretta a lavori pesanti senza alcuna forma di protezione sindacale o sociale, non è un migrante per scelta, e la concessione di una forma di protezione da parte dei Paesi occidentali può essere considerata come il pagamento del debito contratto verso queste economie disastrose<sup>27</sup>.

La difficoltà di una netta categorizzazione del migrante nelle due figure del rifugiato e del migrante “economico” non è sfuggita alla giurisprudenza più attenta, tanto nazionale (italiana, per quel che ci riguarda), che sovranazionale. Di fronte ad evidenti casi di non coincidenza tra la situazione di fatto e la “casella” in cui a stretto rigore andava inserito il migrante, sono stati enfatizzati i criteri, in particolare, della “vulnerabilità” e dell’avvenuta “integrazione” della persona come elementi decisivi ai fini della concessione di uno status che la legittimasse alla permanenza nel territorio dello Stato. Così ad esempio ha statuito la Corte d’Appello di Trieste nella sentenza n. 186 del 23 marzo 2017. Nel riformare la decisione resa dal giudice di prima istanza, questa Corte ha concesso la protezione umanitaria ad un cittadino della Costa d’Avorio in ragione della sua situazione personale complessiva di estrema fragilità, in quanto orfano, molto giovane, e con un percorso lavorativo già avviato. Nello stesso senso ha disposto il Tribunale di Roma, con ordinanza del 4 maggio 2017, con riferimento ad un giovane originario del Gambia.

Con riferimento invece alle condizioni obiettive dei territori di origine va ricordata l’ordinanza del Tribunale di Palermo del 3 aprile 2017, nella quale si afferma che la permanenza protratta in Libia giustifica di per sé il riconoscimento della protezione umanitaria. Altra decisione da segnalare è quella del Tribunale di Bologna, in data 18 novembre 2014, che definisce la protezione umanitaria quale clausola di salvaguardia del sistema, che pertanto consente l’autorizzazione al soggiorno in situazioni che non rientrano nelle fattispecie previste (status rifugiato, protezione sussidiaria), ma che comunque rispondono alle esigenze di tutela dei di-

<sup>27</sup> In proposito si rinvia alle considerazioni di WHITAM, *On seeking asylum from poverty: Why the refugee/migrant paradigm cannot hold*, in *Mixed Migration Platform Blog* (consultato il 26 settembre 2017).

ritti umani previste da disposizioni costituzionali o internazionali. Nel caso di specie si trattava di persona che era fuggita dalla tremenda alluvione verificatasi nei mesi precedenti in Pakistan.

Molto significativa ai nostri fini è poi l'ordinanza del Tribunale di Milano del 31 marzo 2016, già menzionata<sup>28</sup>. Il giudice ci ricorda che la nostra Costituzione tutela il diritto a una esistenza dignitosa, e che il diritto alla salute e all'alimentazione sono principi costituzionali. Di fronte ad una grave situazione di vulnerabilità scaturente dalle condizioni socio-economiche dello Stato di provenienza (nella specie il Gambia), non può negarsi, secondo questa decisione, la protezione umanitaria, avendo presente l'art. 32 Cost., l'art. 25 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e l'art. 11 del Patto sui diritti economici e sociali delle Nazioni Unite del 1966. La possibilità che questa interpretazione possa aprire potenzialmente le porte della protezione umanitaria ad un numero notevole ed indeterminato di persone non può condizionare il giudice poiché *“il riconoscimento di un diritto fondamentale non può dipendere dal numero di soggetti al quale quel diritto viene riconosciuto. Per sua natura, un diritto universale non può essere a numero chiuso”*.

Tutte queste decisioni, a nostro avviso, sviluppano quanto già affermato in termini generali dalla Corte di Cassazione, sezione VI civile, nella sentenza n. 26566 del 27 novembre 2013. La Suprema Corte, infatti, in questa decisione ebbe modo di respingere innanzitutto l'interpretazione restrittiva dell'istituto della protezione umanitaria, interpretazione secondo la quale lo status in questione potrebbe essere riconosciuto solo allorché le circostanze del caso integrino astrattamente le condizioni richieste per le misure tipiche (status di rifugiato, protezione sussidiaria). Afferma invece la Corte che la protezione umanitaria ha al contrario un carattere *“atipico e residuale”*, nel senso che si ricorre ad essa proprio quando non vi siano le condizioni di applicazione delle altre misure, nemmeno in via di ipotesi, e che, proprio per questa sua caratteristica, l'accertamento del ricorrere delle condizioni per la concessione va effettuato caso per caso. Afferma inoltre la Corte, ed è un concetto importante, che tali condizioni in particolare si riscontrano *“nelle situazioni cd. vulnerabili che possono avere l'eziologia più varia e non devono necessariamente discendere come un 'minus' dai requisiti delle misure tipiche del rifugio e della protezione sussidiaria”*. Quindi si fa strada l'idea dell'importanza capitale della condizione di vulnerabilità, e del costituire tale condizione *“un catalogo aperto non necessariamente fondato sul fumus persecutionis o sul pericolo di danno grave per la vita o*

<sup>28</sup> Si veda, *supra*, la nota 6.

*l'incolumità psicofisica*". Queste affermazioni indirettamente censurano anche la tendenza delle Commissioni territoriali a operare per presunzioni, come se il semplice dato del Paese di provenienza potesse escludere la possibilità di accoglienza, dovendosi attribuire automaticamente la patente di "migrante economico" a chi non proviene da predeterminati contesti territoriali<sup>29</sup>.

La nozione di vulnerabilità e di persone con bisogni speciali trova poi una significativa conferma in norme e decisioni di diritto internazionale<sup>30</sup>. Ci riferiamo innanzitutto al Capo IV della direttiva n. 2013/33/UE del 26 giugno 2013 del Parlamento e del Consiglio dell'Unione europea, rubricato "disposizioni a favore delle persone vulnerabili". L'art. 21 ("Principio generale") afferma che "nelle misure nazionali di attuazione della presente direttiva, gli Stati membri tengono conto della specifica situazione di persone vulnerabili". Segue un elenco (minori, disabili, anziani, etc.), da non considerare peraltro esaustivo, anche perché si conclude con la menzione generica di "altre persone che hanno subito torture, stupri, o *altre forme gravi di violenza psicologica, fisica o sessuale*" (corsivo aggiunto). Giova ricordare, a tale proposito, che secondo il rapporto dell'Organizzazione Internazionale dei Migranti (OIM) del 2016, il 75% delle persone in transito subisce "pratiche affini a quelle della tratta"<sup>31</sup>.

Ma anche la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ha utilizzato e dato rilievo alla categoria della "vulnerabilità". Va in particolare ricordata l'importante e ben nota sentenza della Grande Camera del 21 gennaio 2011 nel caso *M.S.S. c. Belgio e Grecia*<sup>32</sup>. La Corte, infatti, in questa sentenza, attribuisce notevole importanza alla situazione di vulnerabilità del ricorrente, situazione dalla quale fa discendere, come conseguenza, un onere probatorio ridotto ai fini della dimostrazione del rischio corso.

In maniera non diversa dispone poi la *New York Declaration for Refugees and Migrants* adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite l'11 settembre 2016. Nei suoi tre punti finali viene infatti menzio-

<sup>29</sup> Sul punto cfr. CORTESE, cit., p. 164.

<sup>30</sup> In argomento si rinvia a IPPOLITO, IGLESIAS SANCHEZ (eds.), *Protecting Vulnerable Groups. The European Human Rights Framework*, Oxford-Portland, 2015.

<sup>31</sup> OIM, *Analysis: flow monitoring surveys. The human trafficking and other exploitative practices. Prevalence indication survey, Reporting period May-August 2016*, ottobre 2016, p. 14.

<sup>32</sup> Corte EDU, *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, cit. Sulla sentenza, tra gli altri, MARCHEGIANI, *Regolamento Dublino II e Convenzione europea dei diritti umani: il caso M.S.S. c. Belgio e Grecia*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2011, p. 357 ss.; MORENO LAX, *Dismantling the Dublin System: M.S.S. v. Belgium and Greece*, in *European Journal of Migration and Law*, 2012, p. 1 ss.

nato l'intento "To develop guidelines on the treatment of Migrants in vulnerable situations. These guidelines will be particularly important for the increasing number of unaccompanied children on the move".

Anche l'attuazione dei corridoi umanitari dal Libano, organizzati da alcuni enti religiosi italiani (*Mediterranean Hope*)<sup>33</sup>, si basa su una selezione delle persone sulla base del solo criterio della vulnerabilità, a conferma anche della trasversalità inerente alla nozione.

Un cenno merita infine la sentenza della Corte internazionale di giustizia nel caso dell'applicazione della Convenzione internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale<sup>34</sup>. Il concetto di vulnerabilità (*Vulnerability Test*) ricorre in molti punti della sentenza, ma soprattutto viene sviluppato con ampie argomentazioni nell'opinione dissenziente del giudice Cançado Trindade (par. 145 – 166), nella quale egli mette in luce come la Corte sarebbe dovuta andare al di là di una valutazione "stricto sensu" interstatale della questione, e quindi di una visione tradizionale del diritto internazionale, a tutto vantaggio di un'interpretazione – e quindi applicazione – più moderna del diritto internazionale, oramai "not at all insensitive to the fate of the population"<sup>35</sup>.

4. Una volta esaurita la *pars destruens*, e cioè la dimostrazione del carattere non soddisfacente della dicotomia prevalente "migrante economico/richiedente asilo", occorre passare alla *pars construens*, e cioè ad eventuali proposte alternative. Qui il compito si presenta particolarmente arduo, poiché qualsiasi proposta che voglia avere un minimo di corrispondenza con la realtà deve essere conforme agli obiettivi politici che si vogliono perseguire<sup>36</sup>. Come è noto, però, gli obiettivi di una politica europea delle migrazioni, quali si evincono dalla lettura del Trattato di Lisbona e della normativa secondaria dell'Unione, appaiono purtroppo disattesi dalle decisioni più recenti delle istituzioni dell'Unione e degli

<sup>33</sup> In argomento si rinvia a MOROZZO DELLA ROCCA, *I due protocolli d'intesa sui "corridoi umanitari" tra alcuni enti di ispirazione religiosa ed il governo ed il loro possibile impatto sulle politiche di asilo e immigrazione*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2017, p. 1 ss.

<sup>34</sup> CIG, *Georgia c. Russia*, 1 aprile 2011, in *ICJ Reports*, 2011, p. 70 ss.

<sup>35</sup> Così in particolare il par. 236 di tale Opinione. Su questo punto specifico e più in generale sul concetto di vulnerabilità si fa rinvio anche al contributo di IPPOLITO contenuto in questo volume.

<sup>36</sup> In termini generali, sulle prospettive di un approccio alternativo, si rinvia a WESTRA, IUSS, SCOVAZZI (eds.), *Towards a Refugee Oriented Right of Asylum*, Farnham/Burlington, 2015.

stessi Stati membri, che appaiono rivolte più a isolare la cd. “fortezza Europa” (sottovalutando anche il bisogno che abbiamo dei migranti)<sup>37</sup> che a regolamentare i flussi migratori al fine di renderli sicuri, ordinati e regolari, come previsto, tra l’altro, nella già ricordata Dichiarazione di New York del 2016. Ma il solo contenimento, oltre a negare il principio della “solidarietà”, è un’opzione perdente e velleitaria, perché aumenta il circuito dell’illegalità, non agisce sulle cause strutturali, e pretende di agire sui cd. “push factor” che invece appaiono fuori dal controllo dell’Europa<sup>38</sup>. La pressione spinge gli Stati europei a fare di tutto, legalmente o meno, per impedire che i richiedenti asilo raggiungano l’Europa, e le proprie autorità nazionali possano valutarne lo status<sup>39</sup>. Oggi la nuova politica dell’Unione è la seguente: cooperare con i Paesi terzi al fine di spostare la frontiera sempre più a sud, esternalizzando i controlli relativi a migrazione e asilo. Con quali garanzie per i diritti delle persone? Questo è il grande problema irrisolto, messo da parte, ma con il quale sa-

<sup>37</sup> In argomento DEL GUERCIO, LIGUORI, *Le risposte dell’Italia e dell’Unione europea alla crisi migratoria*, in *Bollettino LDF* n. 23, novembre 2017, reperibile al link <https://labdf.eu/project/bollettino-n-23-novembre-2017/>.

<sup>38</sup> Basti ricordare a questo proposito l’improvvida affermazione resa nel marzo del 2016 dal Presidente del Consiglio europeo Tusk all’indomani dello *Statement* con la Turchia: “The days of irregular migration to the EU are over”. Sull’inefficacia delle politiche dei rimpatri e dell’opzione del contenimento si vedano i saggi contenuti nel volume a cura di SAVINO, *La crisi migratoria tra Italia e Unione europea: Diagnosi e prospettive*, cit., in particolare: SAVINO, *La risposta italiana alla crisi: un bilancio*; FAVILLI, *La crisi del sistema Dublino: quali prospettive?*; VITIELLO, *La dimensione esterna della politica europea* (a quest’ultimo saggio si fa rinvio anche per una valutazione dello *Statement* tra Unione europea e Turchia).

<sup>39</sup> Si tratta di procedure comuni ai Paesi meta di migrazioni. Esempi ci sono in Israele con la pratica dell’“hot return” verso l’Egitto senza alcuna verifica delle condizioni di chi arriva, con un’interpretazione molto discutibile del concetto di “Paese terzo sicuro” previsto dalla Convenzione di Ginevra e dal diritto consuetudinario. Sono ben noti poi i casi di intercettazione, quella che l’UNHCR chiama “intervento attivo” nei confronti dei migranti via mare. L’intercettazione con conseguente “esternalizzazione” delle procedure e della gestione dei migranti, è detta anche “all’australiana”, o “Pacific Solution” (con riferimento all’Oceano pacifico) perché iniziata con il famoso caso Tampa del 2001 allorché il governo dell’Australia rifiutò l’ingresso nelle sue acque di una nave in difficoltà di bandiera norvegese con a bordo 433 rifugiati soccorsi in mare. La nave fu alla fine scortata a Nauru dove le richieste di status furono esaminate, dietro notevole esborso di danaro da parte australiana. Una filosofia di fondo non dissimile è alla base dello stesso *Statement* dell’Unione con la Turchia summenzionato, nonché del Memorandum Italia-Libia del 2 febbraio 2017 (cfr. su quest’ultimo punto LIGUORI, *The 2017 Italy-Libya Memorandum and its consequences*, in CATALDI, LIGUORI, PACE (eds.), *Migration in the Mediterranean Area and the Challenges for Hosting European Society*, Napoli, 2017, p. 215 ss.; PASCALE “Esternalizzazione” delle frontiere in chiave antimigratoria e responsabilità internazionale dell’Italia e dell’UE per complicità nelle gross violations dei diritti umani commesse in Libia, in *Studi sull’integrazione europea*, 2018, p. 413 ss.).

rà inevitabile prima o poi fare i conti<sup>40</sup>. L'esternalizzazione risponde ad una logica neocoloniale e ha costi altissimi, sia economici, sia politici, sia umanitari<sup>41</sup>.

Parte di questa politica è anche il processo strisciante di “amministrativizzazione”, o, se si preferisce, di “degiurisdizionalizzazione” delle procedure di tutela dei diritti dei migranti. Le decisioni europee in materia sono assunte dai Ministri degli Interni, e di conseguenza nella gestione dei flussi è preminente la propensione al mantenimento dell'ordine pubblico e della sicurezza. Sembra non essere cambiato nulla rispetto a quando, in Italia, la materia era regolamentata solo dal Testo unico di pubblica sicurezza. Anche i recenti sviluppi normativi nel nostro Paese sembrano andare in questa direzione. Mi riferisco in particolare alla legge n. 46 del 13 aprile 2017. Tale legge, che ha istituito sezioni specializzate di magistrati, e senza dubbio si tratta, in sé, di un dato positivo, ha però eliminato un grado di giurisdizione. È stato da più parti rilevato che questa novità, oltre a costituire pressoché un *unicum* in un ordinamento spiccatamente garantista come il nostro, non tiene conto della circostanza per cui i processi in questione sono basati soprattutto sul fatto, e l'indagine sul fatto è preclusa in Cassazione. Inoltre, in sede di appello il giudice rivalutava la situazione del ricorrente con riferimento alla situazione soggettiva ed oggettiva del momento. Per bilanciare la perdita di un grado di giurisdizione si torna al rito camerale a cognizione collegiale, ma non si ritiene ciò sufficiente a colmare la perdita di garanzie insita nel provvedimento legislativo e a fugarne i dubbi di legittimità costituzionale. Inoltre le sezioni specializzate sono soltanto ventisei, con plausibile violazione quindi del principio di prossimità ed evidente aggravio economico, in molti casi, per il ricorrente. Altre difficoltà sono state segnalate in ordine all'importanza decisiva in giudizio attribuita alla videoregistrazione effettuata in sede di esame da parte delle Commissioni<sup>42</sup>.

<sup>40</sup> Al riguardo si veda la lettera del Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa, Niels Munzics, al Ministro degli Interni italiano Marco Minniti del 28 settembre 2017, reperibile al link <https://rm.coe.int/letter-to-the-minister-of-interior-of-italy-regarding-government-s-res/168075baea> (si veda anche la risposta del ministro Minniti dell'11 ottobre, reperibile al link <https://rm.coe.int/rma/drl/objectId/090000168075da5b>).

<sup>41</sup> Afferma KRASSTEV, *After Europe*, Philadelphia, 2017, p. 7: “*Migration crisis signals a moment when the demand of democracy in Europe is about defending one's own political community, and thus a demand for exclusion rather than inclusion. It also creates a dynamic in which the European project is no longer seen as an expression of Europe's liberal universalism but as a sour expression of its defensive exceptionalism*”. Da rilevare che il “Fondo europeo per l'aiuto umanitario” non viene quasi più utilizzato per finanziare salute e istruzione nei Paesi terzi di origine e di transito ma soprattutto per sviluppare sistemi di controllo delle frontiere e per i rimpatri dei migranti irregolari.

<sup>42</sup> In proposito si rinvia ancora a LUME, cit., e a SAVINO, *La risposta italiana alla*

L'unica proposta che ci sentiamo di fare *rebus sic stantibus*, in conclusione, è che sia in sede di Unione europea sia in sede nazionale si esca finalmente dalla logica dell'emergenza. Occorre creare, di conseguenza, maggiori opportunità, nel rispetto della legge, per quelli che oggi chiamiamo impropriamente "migranti economici", attraverso vie di accesso protette e sicure, anche canali umanitari, applicando a tal fine il criterio della vulnerabilità di cui si è detto, senza sottostimare l'importanza del sistema di protezione dei richiedenti asilo, e cercando nella massima misura del possibile di incrociare la domanda e l'offerta di lavoro<sup>43</sup>.

*crisi*, cit. Si veda anche, per delle considerazioni critiche, NAZZARO, *I decreti 'immigrazione' e 'sicurezza' del 2017: considerazioni critiche*, in *Rivista penale*, 2017, p. 599 ss.; SAVIO, *La legge 13 aprile 2017 n. 46 recante disposizioni urgenti per l'accelerazione dei procedimenti in materia di protezione internazionale, nonché per il contrasto dell'immigrazione illegale*, giugno 2017, reperibile al sito [www.asgi.it](http://www.asgi.it).

<sup>43</sup> A nostro avviso appare interessante la proposta di legge di iniziativa popolare ("Ero straniero") promossa nel momento in cui scriviamo dai radicali italiani insieme alle ACLI, all'ASGI, e ad altre associazioni. Sembra condivisibile ipotizzare l'attribuzione di un permesso di soggiorno temporaneo per la ricerca di occupazione, la reintroduzione del sistema dello sponsor (sistema a chiamata diretta), la regolarizzazione su base individuale degli stranieri "radicati", la verifica delle abilità professionali acquisite in precedenza, il pieno godimento dei diritti previdenziali e di sicurezza sociale maturati, il diritto alla salute, la partecipazione alla vita democratica, l'abolizione del reato di clandestinità. Alcune tra le proposte relative al lavoro, peraltro, figurano in maniera analoga anche nel cd. *Italian Non Paper – Migration Compact*, presentato alle istituzioni dell'Unione il 15 aprile 2016.



# MIGRANTI ECONOMICI TRA PRINCIPIO DI LEGALITÀ E DISCREZIONALITÀ AMMINISTRATIVA

Fulvio VASSALLO PALEOLOGO\*

SOMMARIO: 1. Il quadro di riferimento. – 2. L'Europa e le politiche del lavoro migrante: dalla condizionalità migratoria al ricatto del lavoro irregolare. – 3. La trasformazione interna dei richiedenti protezione in "migranti economici". – 4. Migranti economici e nuovi mezzi di tutela.

## 1. Il quadro di riferimento

Nei processi migratori al tempo della globalizzazione il Mediterraneo ha assunto un ruolo di cerniera ed al tempo stesso di frontiera, tra sud e nord del mondo, ed in qualche misura anche tra gli stati del vicino o del lontano Oriente ed i paesi definiti "occidentali". Mentre si va sfaldando una identità unitaria dell'Europa, travolta da nazionalismi e populismi, frutto di scelte politiche ed economiche senza sbocco, ma che si diffondono sull'onda della "paura dell'invasione", le migrazioni non si arrestano. Alle politiche di contrasto e di esternalizzazione dei controlli di frontiera che i singoli stati, e poi l'Unione Europea, hanno rilanciato a cadenze periodiche, corrisponde un numero impressionante di defunti e di dispersi nelle acque del Mediterraneo, ai quali non si riesce a rendere giustizia<sup>1</sup>. I "successi" conseguiti nella riduzione degli arrivi dalla Libia, diminuiti di circa un terzo nel corso del 2017 secondo quanto rilevato dall'Organizzazione Internazionale per le Migrazioni (OIM)<sup>2</sup>, hanno in-

\* Avvocato, componente della Clinica legale per i diritti umani (CEDU) dell'Università di Palermo, già docente di Diritto di asilo presso l'Università di Palermo

<sup>1</sup> ADINOLFI, *La politica dell'immigrazione dell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, in *Rivista di diritto pubblico europeo*, 2011, PALIDDA, S. (ed.), *Razzismo democratico. La persecuzione degli stranieri in Europa*. Milano, 2009, AMNESTY INTERNATIONAL, *A Perfect Storm, The failure of european policies in the Central Mediterranean*, Index: EUR03/6655/2017, consultabile al sito [www.amnesty.org/en/documents/eur03/6655/2017/en/](http://www.amnesty.org/en/documents/eur03/6655/2017/en/).

<sup>2</sup> Si rinvia al sito [http://www.repubblica.it/esteri/2017/11/27/news/migranti\\_oim\\_nel\\_mediterraneo\\_si\\_e\\_creato\\_un\\_pericoloso\\_vuoto\\_-182275962/](http://www.repubblica.it/esteri/2017/11/27/news/migranti_oim_nel_mediterraneo_si_e_creato_un_pericoloso_vuoto_-182275962/). Vedi anche il sito <http://www.huffingtonpost.it/2017/12/31/nel-2017-gli-sbarchi-sono-calati-del-34-la->

tanto comportato un aumento delle persone segregate in territorio libico nei centri di detenzione governativi ed in quelli informali, in mano alle milizie, con decine di migliaia di uomini, donne e minori, vittime di traffici e abusi sempre più turpi.

L'afflusso di un numero sempre più alto di richiedenti asilo, soprattutto dopo la crisi siriana, ha messo in crisi le politiche migratorie di tutti gli stati europei, anche di quelli che erano soltanto corridoi di transito. Politiche migratorie che peraltro erano diventate sempre più labili, e orientate in senso repressivo, per effetto dell'avvento di partiti populistici o apertamente xenofobi, nei principali paesi dell'Unione Europea. Negli ultimi anni si è verificata una preoccupante saldatura tra le politiche di contenimento della mobilità migratoria e gli interventi militari in paesi terzi, come punto di congiunzione tra le politiche migratorie e la politica estera e di sicurezza comune (PESC). L'operazione EUNAVFOR MED prima e gli interventi nell'Africa sub sahariana poi, in particolare nella regione del Sahel ed in Niger, anche quando si ammantano di umanitarismo, risultano sempre più mirati ad impedire che i migranti possano raggiungere le frontiere esterne dell'Unione Europea al fine di presentare una domanda di protezione internazionale<sup>3</sup>. Occorre rilevare che la maggior parte delle persone in fuga verso l'Europa non ha titolo ad accedere ad uno status legale. Per impedire che i migranti raggiungano le frontiere esterne dell'Unione Europea, risultato oggi conseguito in larga parte, occorre limitare la platea dei possibili richiedenti asilo intervenendo sia sulle qualifiche che sulle procedure ed i sistemi di accoglienza. Anche in questo caso le prassi di polizia hanno preceduto, ed in varia misura influenzato, i percorsi legislativi che appaiono ancora lontani da una conclusione, come nel caso dei nuovi regolamenti europei in materia di qualifiche e procedure per il riconoscimento della protezione internazionale<sup>4</sup>. In particolare, con un uso assai disinvolto della discrezionalità amministrativa, che è possibile riscontrare anche in Italia, si è tentato di imporre la categoria del "paese terzo sicuro", per ottenere in modo più rapido la pronuncia di infondatezza delle istanze di protezione<sup>5</sup>. Le deci-

svolta-da-luglio\_a\_23320472/?utm\_hp\_ref=it-homepage.

<sup>3</sup> TINTI, WESTCOTT, *The Niger-Libya corridor. Smugglers' perspectives* consultabile al sito <https://issafrica.org/research/papers/the-niger-libya-corridor-smugglers-perspectives>.

<sup>4</sup> Si rinvia al sito <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-6851-2017-INIT/it/pdf>.

<sup>5</sup> Per la nozione di paese terzo sicuro, che il nostro ordinamento interno non ha accolto, come invece suggerito dalle direttive europee in materia di protezione internazionale, si rinvia al sito <https://www.senato.it/japp/bgt/>

sioni amministrative hanno così sostituito, o condizionato, le riforme legislative sulle quali non si riusciva a raggiungere un accordo nelle sedi parlamentari. In Italia, ciò si pone in aperto contrasto con l'art. 10 della Costituzione italiana che afferma la "riserva di legge" in materia di "condizione giuridica dello straniero".

Tra coloro che riuscivano ad arrivare in Europa, più frequentemente in Grecia e in Italia, si è tentato di distinguere, proprio a livello di prassi applicate, tra "migranti economici"<sup>6</sup> e "richiedenti asilo" o "rifugiati", distinzione che spesso si basava sul paese di provenienza, ignorando così del tutto, o trascurando deliberatamente, la situazione realmente vissuta da queste persone, la loro condizione di migranti forzati, non solo nei paesi di origine, ma anche nei paesi di transito, e durante la traversata in mare<sup>7</sup>. In realtà, negli anni dal 2013 al 2015, si trattava nella maggior parte dei casi di richiedenti asilo, come siriani, somali ed eritrei, ai quali quindi potevano applicarsi gli status di protezione previste per i rifugiati in base alla Convenzione di Ginevra del 1951 e delle direttive europee in materia di protezione internazionale.<sup>8</sup> Negli anni successivi, anche se gli arrivi degli eritrei sono rimasti costanti, con la diminuzione degli arrivi dei siriani si è avuto un aumento di persone che fuggivano dalla Libia a causa degli scontri tra milizie. Si trattava pertanto di migranti forzati, che si trovavano a fuggire dalla Libia dopo esservi arrivati per prevalenti finalità economiche, come bengalesi, ivoriani, maliani e nigeriani.

La distinzione tra rifugiati e "migranti economici", introdotta da Egon Kunz, autore della cosiddetta *push/pull theory*<sup>9</sup>, è stata ripresa di recente dai vertici dell'Unione Europea e dai responsabili dell'agenzia europea FRONTEX, soprattutto a partire dagli attacchi subiti dall'operazione di ricerca e soccorso Mare Nostrum, poi ritirata alla fine del 2014<sup>10</sup>. Tali attacchi erano stati motivati dalla discutibile convinzione

showdoc/17/DOSSIER/934889/index.html?part=dossier\_dossier1-sezione\_sezione11-h1\_h13&parse=si&spart=si.

<sup>6</sup> CINIERO, *Migranti economici e migranti politici: retoriche di una distinzione*, consultabile al sito <http://www.meltingpot.org/Migranti-economici-e-migranti-politici-retoriche-di-una.html#.WkeZUrfib3g>.

<sup>7</sup> VASSALLO PALEOLOGO, *Controlli alle frontiere marittime e diritti fondamentali dei migranti* in GAMBINO S., D'IGNAZIO G. (a cura di) *Immigrazione e diritti fondamentali fra Costituzioni nazionali, Unione Europea e diritto internazionale*, Milano, 2010, p. 23 ss.

<sup>8</sup> DEL GUERCIO, *La protezione del richiedente asilo nel diritto internazionale ed europeo*, Napoli, 2016.

<sup>9</sup> KUNZ, *The refugee in flight: kinetic models and forms of displacement*, in *International Migration Review*, Volume 7, No. 2, 1973.

<sup>10</sup> ANTONUCCI, PAPANICOLOPULU, SCOVAZZI, *L'immigrazione irregolare via mare nella giurisprudenza italiana e nell'esperienza europea*, Torino, 2016.

che la presenza di navi di soccorso avrebbe facilitato le partenze dei migranti dalle coste africane verso l'Europa. Accusa mai provata e tuttavia rilanciata nel corso del 2017 contro gli operatori umanitari, a partire da un rapporto di FRONTEX, molto critico nei confronti delle ONG le quali, sotto il coordinamento del Comando centrale della Guardia costiera italiana, in assenza di un efficace sistema di ricerca e soccorso gestito dagli stati, salvavano vite umane in acque internazionali, in prossimità delle coste libiche<sup>11</sup>. Tra le accuse rivolte alle ONG si annovera quella secondo cui queste organizzazioni avrebbero permesso il salvataggio in acque internazionali e quindi lo sbarco in Europa, quasi sempre in Italia, a migranti economici, che mai avrebbero soddisfatto i requisiti richiesti per il riconoscimento di uno status di protezione<sup>12</sup>. A tale riguardo, occorre osservare come i dati pubblicati dai rappresentanti UNHCR in Libia, che davano una percentuale dell'80 per cento di migranti economici tra le persone straniere appartenenti a paesi terzi e presenti in territorio libico<sup>13</sup>, contrastino con i dati del Ministero dell'Interno italiano sull'accoglimento delle richieste di protezione internazionale, ed ancor di più con i riscontri oggettivi desumibili dai ricorsi vinti<sup>14</sup> contro le decisioni di rigetto adottate dalle Commissioni territoriali.

In Italia, in assenza di una esplicita previsione legislativa della definizione di migrante economico, si è proceduto per esclusione, caratterizzando, nella prassi amministrativa, come "migranti economici" tutti coloro che non chiedevano di accedere alla procedura di protezione internazionale oppure ne uscivano con una decisione negativa, quando le vie di ricorso si erano esaurite o i ricorsi contro i dinieghi avevano avuto un

<sup>11</sup> CUTTITA, *Repoliticization Through Search and Rescue? Humanitarian NGOs and Migration Management in the Central Mediterranean*, 2017, consultabile al sito <https://research.vu.nl/ws/portalfiles/portal/40497776>.

<sup>12</sup> BARRETTA, *Da eroi a trafficanti: le accuse ai protagonisti delle operazioni di ricerca e soccorso in mare*, in *Questione Giustizia*, [http://www.questionegiustizia.it/articolo/da-eroi-a-trafficanti-le-accuse-ai-protagonisti-delle-operazioni-di-ricerca-e-soccorso-in-mare\\_04-07-2017.php](http://www.questionegiustizia.it/articolo/da-eroi-a-trafficanti-le-accuse-ai-protagonisti-delle-operazioni-di-ricerca-e-soccorso-in-mare_04-07-2017.php).

<sup>13</sup> Vedi per una dichiarazione del rappresentante dell'UNHCR in Libia, al sito [http://www.ansamed.info/ansamed/it/notizie/rubriche/cronaca/2017/09/26/migranti-unhcr-da-libia-a-italia-80-migranti-economici\\_18c7a865-5dab-4b4c-8a73-3f4f86375af4.html](http://www.ansamed.info/ansamed/it/notizie/rubriche/cronaca/2017/09/26/migranti-unhcr-da-libia-a-italia-80-migranti-economici_18c7a865-5dab-4b4c-8a73-3f4f86375af4.html).

<sup>14</sup> Vedi ad esempio, tra le tante, la decisione del Tribunale di Genova, del 29 dicembre 2017, che riconosce la protezione umanitaria ad un cittadino nigeriano, consultabile nel sito <https://www.alessandraballerini.com/giurisprudenza/protezione-internazionale/226-merita-la-protezione-umanitaria-il-cittadino-nigeriano-considerata-l-attuale-difficilissima-situazione-socio-politica-della-nigeria-nonche-il-percorso-di-integrazione-in-italia>.

esito negativo. Questa distinzione ha così assunto una precisa valenza politica ed operativa, ed è stata recepita, oltre che nel linguaggio ufficiale dei comunicati dell'UNHCR, anche nel discorso comune e nel dibattito politico italiano<sup>15</sup>.

In Italia, la definizione di migrante economico si fonda su due circolari del Ministero dell'Interno emanate rispettivamente il 24 settembre ed il 29 dicembre 2015, dopo un vertice straordinario del Consiglio Europeo<sup>16</sup> che chiedeva all'Italia di accelerare l'apertura degli *hotspot*, ovvero dei punti di identificazione dei migranti gestiti dall'UE a ridosso di cinque porti di sbarco siciliani (Augusta, Pozzallo, Lampedusa, Porto Empedocle e Trapani). I documenti ministeriali, in forme diverse e spesso prive dei prescritti requisiti formali,<sup>17</sup> contenevano "una definizione di migrante economico, che quindi non proviene da zone di guerra, e una procedura *standard* per individuare gli stessi, tramite interviste in presenza di interpreti e solo dopo la conclusione degli accertamenti medici". Procedure che, nelle dichiarazioni degli esponenti del ministero, sarebbero diventate "sempre più rigorose con la (prossima) entrata in vigore degli *hotspot* e l'intervento dell'EASO<sup>18</sup>, l'agenzia europea per l'asilo, e di Frontex"<sup>19</sup>. Strumento, ed al contempo finalità di queste interviste, era la compilazione dei c.d. fogli notizie, in base ai quali si distinguevano i migranti, a poche ore dallo sbarco, in richiedenti asilo e migranti economici. Le successive "SOP" (Procedure Operative Standard), diffuse dal

<sup>15</sup> (ANSAméd) – Roma, 26 set 2017 – "Noi stimiamo che circa un 20% delle persone che partono dalla Libia verso l'Italia siano rifugiati, e probabilmente l'80% sono migranti economici". Lo ha riferito Roberto Mignone, rappresentante Unhcr in Libia, in audizione oggi pomeriggio alla commissione Diritti umani del Senato. Secondo le Nazioni Unite "in Libia ci sono 1 milione 300 mila persone che hanno bisogno di assistenza umanitaria. Questo include gli sfollati interni, che sono quasi mezzo milione", ha aggiunto. I rifugiati e i richiedenti asilo presenti nel Paese "sono 42.800. L'85% sono persone che risiedevano in Libia da diversi anni mentre il 15%, 6.500 persone di cui 4 mila quest'anno, sono stati registrati da 2016 a oggi. Si può quindi presumere che facciano parte del flusso misto migratorio", dove "incontriamo migranti economici" che vengono assistiti dall'Oim, e "persone che hanno bisogno di protezione internazionale", assistite dall'Unhcr, consultabile al sito [http://www.ansamed.info/ansamed/it/notizie/stati/libia/2017/09/26/migranti-unhcr-da-libia-a-italia-80-migranti-economici\\_fcdbb5e2-0a8f-4a98-9f51-d3b24cbd1ac2.html](http://www.ansamed.info/ansamed/it/notizie/stati/libia/2017/09/26/migranti-unhcr-da-libia-a-italia-80-migranti-economici_fcdbb5e2-0a8f-4a98-9f51-d3b24cbd1ac2.html).

<sup>16</sup> Consultabile al sito <http://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2015/09/23/statement-informal-meeting/>.

<sup>17</sup> Consultabile al sito <https://www.asgi.it/banca-dati/ministero-interno-circolare-29-dicembre-2015-41087/>.

<sup>18</sup> <https://www.easo.europa.eu/>.

<sup>19</sup> <http://frontex.europa.eu/>.

Ministero dell'Interno, fissavano<sup>20</sup> altre regole per la identificazione e la qualificazione dei migranti allo sbarco, ma restavano sul piano delle prescrizioni amministrative<sup>21</sup>. Malgrado le richieste di alcuni sindacati di polizia, non veniva adottata nessuna disposizione avente forza di legge che disciplinasse le procedure di identificazione fino al prelievo forzato delle impronte digitali, nonché i diritti e i doveri delle persone trattenute nei centri o negli *hotspot* e degli agenti incaricati della loro custodia<sup>22</sup>.

Sul piano dei rapporti internazionali con i paesi terzi di origine, o di transito, la distinzione tra richiedenti asilo e migranti economici è quindi servita a giustificare accordi di riammissione e politiche di contrasto della cd. immigrazione illegale che si rivolgono verso persone che avrebbero diritto ad uno status di protezione (sussidiaria o umanitaria) se giungessero in Europa, ma che, considerate alla stregua della Convenzione di Ginevra del 1951 e della categoria ristretta di “rifugiato” che questa prevede, vengono qualificati come migranti economici e nella quasi totalità dei casi, trattati come “migranti illegali”, da respingere, da detenere, da espellere<sup>23</sup>. Sono peraltro note le violenze subite dalle persone, inclusi donne e minori, trattenute nei centri di detenzione in Libia, al di là delle sporadiche visite effettuate dai rappresentanti dell'UNHCR e dell'OIM, i quali hanno peraltro accesso solo ad una parte dei centri c.d. governativi<sup>24</sup>.

La stessa definizione di “migrante economico” ha acquisito poi una forte valenza anche sul piano degli ordinamenti nazionali europei<sup>25</sup>. In realtà, la maggior parte dei migranti irregolari che riesce a fuggire

<sup>20</sup> Le SOP cominciavano ad essere applicate allora con modalità diverse da quelle riscontrabili oggi, dopo che gli *hotspot* sono diventati centri di detenzione, come Taranto, Trapani e Lampedusa.

<sup>21</sup> CASSIBBA, *Il “trattenimento” del migrante irregolare nei «punti di crisi» ex art. 10-ter d.lgs. n. 286 del 1998 nel prisma della convenzione europea*, in *Questione Giustizia*, consultabile al sito

[http://www.questionegiustizia.it/articolo/il-trattenimento-del-migrante-irregolare-nei-punti\\_24-07-2017.php](http://www.questionegiustizia.it/articolo/il-trattenimento-del-migrante-irregolare-nei-punti_24-07-2017.php).

<sup>22</sup> BORRACCETTI, *La prima assistenza ai migranti in arrivo tra diritti fondamentali e zone franche*, in *Diritto Immigrazione e Cittadinanza*, 2014, n. 2, p. 13 ss.

<sup>23</sup> DI MARTINO, *La disciplina dei «C.I.E.» è incostituzionale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 11 Maggio 2012, consultabile al sito <https://www.penalecontemporaneo.it/d/1487-la-disciplina-dei-cie-e-incostituzionale>.

<sup>24</sup> Si rinvia a quanto accertato alla sentenza della Corte di Appello di Milano del 10 ottobre 2017, reperibile al sito <https://www.asgi.it/asilo-e-protezione-internazionale/libia-detenzione-migranti-sentenza-milano/>.

<sup>25</sup> Prima la definizione di “migrante economico” aveva una valenza sociologica ed ora ha assunto una dimensione normativa, pur restando una categoria amministrativa, derivante da circolari in assenza di fonti legali.

dall'inferno libico rimane per anni nei territori degli stati dell'Unione Europea. Gli stati europei sono infatti impossibilitati a procedere all'esecuzione di un numero elevato di misure di accompagnamento forzato. Si calcola che nel 2017, nell'Unione Europea, almeno 1.900.000 immigrati siano rimasti privi di un qualsiasi titolo di soggiorno, conseguenza delle politiche di chiusura dopo lo scoppio, e la rapida involuzione delle c.d. "primavere arabe" nel 2011. Tale stima tende ad aumentare rapidamente, oltre che per lo sbarramento dei canali legali di ingresso, per l'esito infausto della maggior parte delle procedure dirette, in questi ultimi anni, al riconoscimento della protezione internazionale.

A livello nazionale ed europeo dunque, come emerge anche dagli atti dell'Unione Europea e del Consiglio d'Europa, dopo anni in cui si è parlato di flussi misti<sup>26</sup>, soprattutto per legittime iniziative di soccorso e di tutela nei paesi di transito, o in mare, la categorizzazione sempre più rigida dei migranti come "migranti economici", ritenuti tali dopo una sommaria valutazione da parte delle autorità di polizia, permette il loro respingimento subito dopo il loro sbarco nel territorio nazionale, anche se l'ingresso irregolare deriva da una azione di ricerca e soccorso nelle acque internazionali. L'attribuzione generalizzata della qualifica di migrante economico, come avviene per i migranti egiziani o nigeriani, contribuisce alla legittimazione ed alla attuazione degli accordi di riammissione con paesi terzi governati da regimi autoritari o fortemente corrotti, che non garantiscono l'effettivo rispetto dei diritti umani neppure nei confronti dei propri cittadini. Il caso degli accordi tra Unione Europea e Turchia costituisce un precedente che si sta cercando di replicare con paesi nei quali non esiste, come nel caso della Turchia, alcuna effettiva garanzia dei diritti fondamentali della persona<sup>27</sup>. Una vicenda a parte è rappresentata dall'espulsione e dal respingimento dei cittadini tunisini irregolari, perché in questo caso sono le stesse modalità di esecuzione delle procedure che comportano gravi violazioni dei diritti fondamentali, come accertato nel 2016 dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nel caso *Khlaifia* rispetto a cittadini tunisini, che nella prassi amministrativa si suole qualificare come veri e propri migranti economici<sup>28</sup>.

L'utilizzazione impropria della categoria di migrante economico è

<sup>26</sup> Flussi composti da migranti economici e migranti richiedenti asilo.

<sup>27</sup> FAVILLI, *La cooperazione UE-Turchia per contenere il flusso dei migranti e richiedenti asilo: obiettivo riuscito?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, vol. 10, n. 2, p. 405-426.

<sup>28</sup> Consultabile al sito [http://www.questionegiustizia.it/articolo/migranti\\_italia-condannata-dalla-cedu-per-trattenimenti-illegittimi\\_10-01-2017.php](http://www.questionegiustizia.it/articolo/migranti_italia-condannata-dalla-cedu-per-trattenimenti-illegittimi_10-01-2017.php).

stata alla base degli accordi bilaterali o multilaterali stipulati con i paesi di origine e transito, quali l'Egitto, la Nigeria, il Bangladesh. Il ricorso a tale categoria permetteva infatti di porre un limite numerico, se non un vero e proprio sbarramento, rispetto a persone che, in base alla Convenzione di Ginevra del 1951, avrebbero avuto il diritto di presentare una istanza di protezione, una volta raggiunta una frontiera europea.

Il Processo di Khartoum<sup>29</sup> ed il Migration Compact<sup>30</sup>, proposto dall'Italia nel 2016, hanno portato a una proliferazione di accordi o intese di vario genere, finalizzate prevalentemente ad impedire l'accesso al territorio europeo e ad ottenere la riammissione dei cittadini dei paesi terzi ammessi per esigenze di soccorso ma senza un valido titolo di soggiorno, persone ritenute generalmente non richiedenti asilo ma migranti economici. Mentre la Convenzione di Ginevra del 1951 sullo status di rifugiato ammette il rilascio di un valido titolo di soggiorno temporaneo a tutti i richiedenti asilo anche dopo l'ingresso irregolare nello stato e vieta sanzioni penali per l'attraversamento della frontiera, coloro che sono ritenuti migranti economici si trovano nella condizione di essere allontanati immediatamente, o con la massima speditezza, verso i paesi di origine, se non di transito.

Sono stati conclusi accordi bilaterali tra l'Italia e la Libia, da ultimo, le intese sottoscritte il 2 febbraio 2017 con il governo di accordo nazionale (GNA) di Tripoli, che hanno ignorato la terribile sorte riservata ai migranti (economici e richiedenti asilo, tra cui donne e minori) non solo nei paesi di origine, ma anche in tutti gli snodi del traffico di esseri umani in Libia, e persino a bordo delle motovedette della sedicente Guardia costiera libica, come ormai è ampiamente provato da video e documenti inconfutabili<sup>31</sup>. Si è tentato di impedire in tutti i modi l'accesso al territorio nazionale di persone che avrebbero potuto presentare una istanza di protezione internazionale, giungendo perfino ad attribuire la qualifica di migrante economico a persone che ancora si trovavano in Libia o in altri paesi di transito. Un simile stravolgimento del concetto di "migrante

<sup>29</sup> <https://www.ilfattoquotidiano.it/2016/09/03/sudanesi-rimpatriati-alfano-violazione-dei-diritti-umani-no-intesa-tra-polizie-amnesty-accordo-non-rispetta-il-diritto/3011523/>.

<sup>30</sup> Consultabile al sito <http://www.governo.it/articolo/immigrazione-la-proposta-dellitalia-alla-ue/4509>.

<sup>31</sup> Come ricorda l'ASGI "In Libia non sussiste alcun sistema giuridico in grado di garantire un'azione penale indipendente verso i presunti trafficanti di esseri umani e tutelare i fondamentali diritti umani. Anzi, secondo una lettera di esperti dell'ONU, il Dipartimento di Contrasto all'Immigrazione Illegale e la Guardia Costiera sono direttamente coinvolti in gravissime violazioni dei diritti umani. Consultabile al sito. <https://www.asgi.it/asilo-e-protezione-internazionale/italia-libia-violazioni-documento/>.

economico” veniva giustificato facendo riferimento alla situazione dei paesi di origine, ma senza quell’esame individuale delle ragioni di protezione della singola persona, e senza alcuna possibilità di ricorso, in violazione sia della Convenzione di Ginevra che della normativa europea in materia di protezione internazionale.

Trattandosi “soltanto” di migranti economici è stato facile giustificare le politiche di respingimento collettivo, malgrado la dura condanna dell’Italia, nel 2012, da parte della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo sul caso *Hirsi*<sup>32</sup>. Una condanna che si sta aggirando con la delega conferita alle autorità libiche, in coordinamento con la Marina militare italiana, di bloccare in mare e riportare indietro migliaia di persone in fuga verso le coste europee<sup>33</sup>. Alla luce delle prassi sviluppate dal Ministero dell’Interno italiano, sembra ormai possibile sospendere le attività di ricerca e soccorso (SAR) in alto mare per attendere l’arrivo delle motovedette libiche in acque internazionali<sup>34</sup>. Sembra quasi che gli stati, per difendere i confini e la “sicurezza nazionale”, siano costretti a violare le garanzie procedurali dello stato democratico, previste dalla Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell’Uomo, e dalla Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione Europea, e sancite anche nelle Costituzioni nazionali, come, nel caso dell’Italia, all’articolo 13 (diritto alla libertà personale) e 24 della Costituzione (diritto di difesa). Tale tendenza è volta non tanto ad eliminare, o almeno ridurre il numero degli stranieri irregolarmente soggiornanti che aumentano soprattutto per l’incremento dei c.d. *overstayers*<sup>35</sup>, quanto piuttosto a venire incontro alla pressione dell’opinione pubblica prevalente e ad alleggerire il sistema di accoglienza. Si ricorda sul punto il c.d. Piano Gabrielli che, nell’estate del 2016, ha portato al trasferimento forzato di diverse decine di Sudanesi da

<sup>32</sup> CIERVO, *La governance italiana dell’immigrazione, alla prova della Corte di Strasburgo. Un percorso giurisprudenziale a partire dall’art. 3 della CEDU*, in CASSETTI (a cura di), *Diritti, garanzie ed evoluzione dei sistemi di protezione*, Quaderni della ricerca, Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Perugia.

<sup>33</sup> TREVISANUT, *Respingimenti in mare dal punto di vista del diritto del mare, con particolare riferimento alla cooperazione tra Italia e Libia*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 2011, p. 239-254.

<sup>34</sup> CUTTITA, *Respingimenti in Libia, soccorsi ritardati, ONG ostacolate. Riflessioni sui fatti di novembre*, consultabile al sito <https://research.vu.nl/ws/portalfiles/portal/42835082>

<sup>35</sup> Per una definizione di *overstayers* nell’esperienza americana si rinvia al sito <https://ww2.kqed.org/news/2017/06/16/while-immigration-debate-focuses-on-border-visa-overstayers-get-overlooked/>.

Ventimiglia all'*hotspot* di Taranto, per poi essere sottoposti a un accompagnamento forzato fino a Khartoum<sup>36</sup>.

A fronte dei costanti richiami da parte della Commissione e del Consiglio europeo volti ad imprimere maggiore rigore ai procedimenti di allontanamento forzato, si è cercato in questo modo di dare una parvenza di effettività alle procedure di allontanamento forzato dal territorio che tuttavia interessano solo una minoranza di persone, scelte spesso arbitrariamente tra coloro che sono qualificati come migranti economici, e che rimangono quindi puramente simboliche, rispetto al numero dei potenziali destinatari, e prive di qualsiasi deterrenza<sup>37</sup>.

Una volta qualificata la persona appena sbarcata, spesso dopo una rapida intervista all'interno di un *hotspot*<sup>38</sup>, come migrante economico, dunque da respingere o da espellere se privo di un visto di ingresso o di un permesso di soggiorno, poca attenzione viene prestata alla valutazione del paese di riammissione come "paese terzo sicuro". Poco importa poi se in alcuni *hotspot*, come ad esempio nel centro di Contrada Imbriacola a Lampedusa<sup>39</sup>, viene generalmente negato l'accesso alla procedura di asilo considerando che non sono neppure disponibili i moduli per presentare una istanza di protezione. Nel centro *hotspot* di Contrada Imbriacola, a partire dal mese di gennaio del 2018, sono finalmente arrivati i moduli per la presentazione delle richieste di protezione internazionale. È arrivata anche la competente Commissione Territoriale, che con procedure accelerate ha respinto la totalità delle richieste, con un conseguente accompagnamento immediato in frontiera dei richiedenti, tunisini, ritenuti migranti economici. Continuano a mancare canali legali di ingresso per i veri "migranti economici", né si applicano le Convenzioni internazionali che riconoscono loro precisi diritti anche quando prestano attività lavorativa in condizioni di irregolarità. La Convenzione delle Nazioni Unite del 1990 per la protezione dei diritti dei lavoratori migran-

<sup>36</sup> Per una ricostruzione di questa vicenda si rinvia al sito <http://www.garantenazionaleprivatiliberta.it/gnpl/resources/cms/documents/6377a6b9628660a3955b03ec1f844b0d.pdf>.

<sup>37</sup> CASSIBBA, *Il "trattenimento" del migrante irregolare nei «punti di crisi» ex art. 10-ter d.lgs n. 286 del 1998 nel prisma della convenzione europea* consultabile al sito [http://www.questionegiustizia.it/articolo/il-trattenimento-del-migrante-irregolare-nei-punti\\_24-07-2017.php](http://www.questionegiustizia.it/articolo/il-trattenimento-del-migrante-irregolare-nei-punti_24-07-2017.php).

<sup>38</sup> GORNATI, *Le nuove forme di trattenimento dello straniero irregolare in Italia: dall'evoluzione dei CIE all'introduzione dei c.d. hotspot*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, vol. 10, n. 2.

<sup>39</sup> Senato della Repubblica - Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani, *Rapporto sui centri di identificazione ed espulsione in Italia*, Roma, 2016 e 2017.

ti è rimasta lettera morta in tutti i paesi dell'Unione Europea. A livello europeo, dopo un primo tentativo fallito a seguito degli attentati di New York dell'11 settembre 2001, è stata ormai archiviata la proposta di una direttiva che prevedesse ingressi per lavoro.

Gli interventi dell'Unione Europea in materia di immigrazione per lavoro hanno riguardato soltanto piccole nicchie di mercato, come i lavori particolarmente qualificati per i quali è stata prevista la c.d. Carta blu<sup>40</sup>, e non hanno garantito significative possibilità di ingresso legale per ricerca di lavoro. Dopo il fallimento dei rari tentativi dei governi volti a garantire una determinata quota degli ingressi per lavoro, tentativi spesso legati ad accordi di riammissione con i paesi terzi nell'ambito del principio di condizionalità migratoria, ai principali paesi europei non è rimasta, almeno fino a qualche anno fa, altra soluzione che il ricorso a periodiche regolarizzazioni. Dopo l'arrivo di un elevato numero di richiedenti asilo a partire dal 2014 e dopo l'avanzata dei partiti ostili a qualunque forma di immigrazione in nome di una generica identità europea (ma in realtà motivati da solide ragioni elettorali) di fronte ad una crisi economica che ha colpito a tutti i livelli, è stata accantonata qualsiasi prospettiva di ingresso legale per lavoro negli stati europei. Cresce ogni giorno, in modo esponenziale, il numero delle persone migranti definite come migranti economici e prive di uno status legale, dunque escluse dall'accesso al godimento dei diritti fondamentali<sup>41</sup>.

## *2. L'Europa e le politiche del lavoro migrante: dalla condizionalità migratoria al ricatto del lavoro irregolare*

Il principio della condizionalità migratoria (che prevede risorse e quote flussi in cambio di un blocco dei flussi migratori), ripreso anche a livello nazionale, è tornato al centro delle politiche europee<sup>42</sup>. In questo quadro qualunque riconoscimento dei diritti dei lavoratori migranti irregolari e delle loro famiglie, tema centrale della Convenzione ONU del 1990, appare in decisa controtendenza. Affermare la necessità di individuare forme legali di ingresso per lavoro e poi basare le politiche dell'Unione Europea sugli interventi repressivi, sugli accordi di riammis-

<sup>40</sup> Consultabile al sito [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-11-1247\\_it.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-11-1247_it.htm).

<sup>41</sup> DAL LAGO, *Non persone. L'esclusione dei migranti in una società globale*, Feltrinelli, 2004.

<sup>42</sup> Il principio della condizionalità migratoria era già al centro della Conferenza di Barcellona del 1995.

sione, su modeste premialità per quei paesi che si prestano ad accettare rimpatri forzati o sul concetto di “immigrazione scelta” in base a titoli di alta qualificazione professionale, come nei casi previsti per ottenere la cosiddetta Carta Blu, o affidare agli uffici consolari una ingestibile funzione di “filtro” esclusivo per le richieste di ingresso per lavoro, significa mantenere le condizioni che hanno prodotto nel tempo la diffusione della condizione di clandestinità dei lavoratori migranti. Anche gli accordi di “Partenariato di mobilità” conclusi nel tempo dall’Unione Europea con la Tunisia e il Marocco, rimangono nel solco del principio della condizionalità migratoria, in quanto si concedono facilitazioni nel conseguimento dei visti in numero limitato e per particolari categorie di lavoratori, a condizione che i paesi terzi contraenti si impegnino ad una politica di contrasto dell’immigrazione irregolare e di riammissione dei propri cittadini giunti nell’area Schengen, in modo da ridurre effettivamente il numero degli ingressi c.d. “illegali”. Sebbene tale obiettivo risulti largamente fallito, viene oggi riproposto proprio nei confronti di quegli stessi paesi che hanno già dimostrato di non potere e volere controllare le loro frontiere, anche per ragioni di natura economica o politica.

Si sono quindi previste risorse finanziarie europee e nazionali (come il fondo europeo definito *Africa Trust*<sup>43</sup>) per incentivare la collaborazione di paesi terzi di transito ai quali, sulla base di nuovi accordi bilaterali o multilaterali, si vorrebbe commissionare il compito di bloccare i flussi migratori irregolari, anche in acque internazionali, e di deportare nei paesi di origine quanti si accingono a partire dalla Libia verso le frontiere europee. E tutto questo nella prospettiva di un restringimento del diritto di asilo, con la istituzione di una Agenzia europea per il diritto di asilo (EASO) per una selezione sempre più rigida tra migranti economici e richiedenti asilo, con un ridimensionamento dei ricongiungimenti familiari, e con la riapertura della possibilità di espellere minori non accompagnati<sup>44</sup>.

In tutti i paesi europei, la progressiva chiusura dei canali di ingresso legale per lavoro, dunque dei veri migranti economici, ha prodotto una maggiore pressione sull’istituto dell’asilo. In tale contesto, il contingentamento<sup>45</sup> del numero dei richiedenti asilo, non previsto dalla Convenzione di Ginevra del 1951, è diventato un tassello decisivo delle politiche

<sup>43</sup> Consultabile al sito [https://ec.europa.eu/europeaid/regions/africa/eu-emergency-trust-fund-africa\\_en](https://ec.europa.eu/europeaid/regions/africa/eu-emergency-trust-fund-africa_en).

<sup>44</sup> MASTROMARTINO, *Il diritto di asilo. Teoria e storia di un diritto controverso*, Torino, 2012.

<sup>45</sup> In Germania, Grecia e Olanda si parla di un tetto numerico.

migratorie nazionali. Il maggior rigore nell'esame delle richieste di protezione internazionale, la diversa provenienza nazionale dei richiedenti, la crescente chiusura delle rotte migratorie, tanto per motivi umanitari che per lavoro hanno prodotto un aumento esponenziale delle persone immigrate presenti in tutti gli stati europei di destinazione, in una condizione ormai irreversibile di irregolarità che in Italia si traduce in una crescita impressionante dello sfruttamento lavorativo<sup>46</sup>.

Nel frattempo, l'Unione Europea ha incrementato gli sforzi volti ad eliminare la presenza di migranti economici privi di un permesso di soggiorno. Lo strumento chiave è costituito dalla Direttiva 2009/52/CE che introduce norme minime relative a sanzioni e a provvedimenti nei confronti di datori di lavoro che impiegano cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare.<sup>47</sup> Tutti gli stati membri dell'UE, ad eccezione di Danimarca, Irlanda e Regno Unito, sono vincolati dalla direttiva, ma le attività di controllo non hanno rafforzato la tutela dei lavoratori migranti irregolari, nonostante lo scopo dichiarato fosse quello di offrire ai lavoratori migranti in situazione irregolare un certo grado di protezione, almeno nei confronti dei datori di lavoro (con l'affermazione del diritto alla retribuzione anche nel caso di attività lavorative prestate "in nero")<sup>48</sup>. Nel caso di lavoratori di minore età o soggetti a condizioni lavorative di particolare sfruttamento, si prevede anche il rilascio di permessi di soggiorno di durata limitata al fine di agevolarli nell'esporre denuncia contro i propri datori di lavoro (articolo 13)<sup>49</sup>. Ai sensi dell'articolo 9, lettera

<sup>46</sup> PALIDDA, *Polizie, sicurezza e insicurezze ignorate, in particolare in Italia*, in *Revista Critica Penal y Poder*, 2017, n° 13, Octubre (pp. 233-259).

<sup>47</sup> MASERA, *Nuove norme contro i datori di lavoro che impiegano immigrati irregolari*, consultabile al sito <https://www.penalecontemporaneo.it/d/1655-nuove-norme-contro-i-datori-di-lavoro-che-impiegano-immigrati-irregolari>.

<sup>48</sup> In base alla Direttiva 2009/52/CE, prima di assumere un cittadino di un paese terzo, i datori di lavoro sono tenuti a verificare che questi possieda un'autorizzazione di soggiorno nonché a informare le autorità nazionali competenti in caso di assenza di tale documento. I datori di lavoro che sono in grado di dimostrare di avere adempiuto a tali obblighi e che hanno agito in buona fede non sono passibili di sanzioni. I datori di lavoro che non hanno effettuato tali verifiche e di cui è stata accertata l'assunzione di migranti irregolari saranno passibili di sanzioni finanziarie, compresi i costi del rimpatrio nei paesi d'origine dei cittadini di paesi terzi in soggiorno irregolare. Dovranno inoltre rimborsare retribuzioni arretrate, imposte dovute e contributi previdenziali. Solo nei casi più gravi, come ad esempio quando si verificano violazioni reiterate, o l'assunzione illegale di un minore o ancora l'impiego simultaneo di un numero significativo di migranti il cui soggiorno è irregolare, i datori di lavoro sono passibili di sanzioni penali.

<sup>49</sup> La direttiva tutela i migranti garantendo che percepiscano le retribuzioni arretrate dal datore di lavoro e provvedendo affinché ricevano sostegno da terzi quali sindacati od ONG. La direttiva accorda particolare rilievo all'applicazione delle norme sul rilascio di

c) della direttiva 2009/52/CE, inoltre, gli stati membri garantiscono che la violazione del divieto di assunzione legale, se intenzionale, costituisca reato, come previsto dalla legislazione nazionale, se “accompagnata da condizioni lavorative di particolare sfruttamento”.

La tardiva attuazione della direttiva in Italia, la sua limitata applicazione, la sostanziale equiparazione dei migranti economici privi di un titolo di soggiorno ai migranti irregolari, e la loro conseguente fuga nella clandestinità, hanno prodotto un ulteriore aggravamento delle condizioni di sfruttamento lavorativo e un drastico peggioramento dei luoghi e delle condizioni di alloggio e permanenza sul territorio<sup>50</sup>.

### 3. La trasformazione interna dei richiedenti protezione in "migranti economici"

Nel corso del 2017 si è registrato un aumento dei migranti presenti nel sistema di accoglienza italiano, definibili dunque come richiedenti asilo, che si sono trasformati in “migranti economici”, per effetto delle decisioni negative sulla loro richiesta di protezione. Al di là dell’elevata percentuale di ricorsi vinti contro le decisioni delle Commissioni territoriali, a livello mediatico non mancano occasioni per affermare che la maggior parte dei migranti in fuga dalla Libia sia costituita da migranti economici.

Mentre sino alla fine del 2015 una parte consistente dei migranti sbarcati in Italia, dopo interventi di soccorso in mare, proseguiva il viaggio verso altri paesi europei, oggi il blocco delle frontiere<sup>51</sup> di Ventimiglia, Como/Chiasso, Brennero, Tarvisio e altre in Friuli, sta comportando l’esplosione del sistema di accoglienza. Si deve anche aggiungere che sono migliaia le persone già sottoposte ad identificazione forzata in Italia, che gli altri paesi europei stanno rinviando nel nostro paese in applicazione del Regolamento Dublino III, Regolamento che non è ancora stato modificato nonostante il voto favorevole del Parlamento Europeo.

Il sostanziale rallentamento della c.d. *relocation*, promessa dal 2015

permessi di soggiorno a vittime di condizioni lavorative di particolare sfruttamento che collaborano con il sistema giudiziario.

<sup>50</sup> COLLOCA, CORRADO, *La globalizzazione delle campagne. Migranti e società rurali nel Sud Italia*, Franco Angeli Editore, 2013.

<sup>51</sup> [http://www6.ansa.it/ansamed/it/notizie/stati/italia/2016/06/24/migrantiaccordo-con-carinzia-riammissione-veloce-irregolari\\_5a81c82a-1baf-420f-a964-a6158483d1b9.html](http://www6.ansa.it/ansamed/it/notizie/stati/italia/2016/06/24/migrantiaccordo-con-carinzia-riammissione-veloce-irregolari_5a81c82a-1baf-420f-a964-a6158483d1b9.html).

a Grecia ed Italia, rappresenta forse il fallimento più clamoroso e visibile delle politiche europee in materia di immigrazione<sup>52</sup>. A ciò si aggiunge, per quanto riguarda l'Italia, il ritardo nelle procedure di protezione internazionale e i criteri sempre più restrittivi che le autorità ministeriali, tramite la Commissione nazionale per il diritto di asilo,<sup>53</sup> suggeriscono alle Commissioni territoriali. Il recente reclutamento ministeriale di nuovi componenti delle Commissioni al posto di quelli inseriti da anni nelle commissioni territoriali, potrebbe avere come conseguenza un ulteriore irrigidimento delle posizioni di diniego generalizzato già prevalenti in diverse sedi.

A livello di prassi di polizia, inoltre, su indicazione del Ministero dell'Interno, già nel corso della prima intervista successiva agli sbarchi, si continua ad utilizzare “fogli notizia” nei quali si raccolgono, o si dovrebbero raccogliere le motivazioni del viaggio, utili per classificare la persona come richiedente asilo o migrante economico<sup>54</sup>. Ancora più complessa la situazione di chi, dopo avere subito un primo diniego, dopo anni di attesa nel sistema di accoglienza, spesso in un centro di accoglienza straordinaria (CAS), si ritrova a dovere fare ricorso davanti ad una autorità giurisdizionale per denunciare la precarietà o il peggioramento delle condizioni di accoglienza, o, talvolta, perfino la negazione del diritto alla stessa accoglienza “straordinaria” di cui godevano prima del verdetto negativo della Commissione territoriale<sup>55</sup>. La fabbrica dell'irregolarità è fatta di tanti reparti alimentati dalla burocrazia infinita degli apparati.

Le informazioni che circolano in Italia nell'opinione pubblica sono spesso distorte e distorcenti, come le statistiche in base alle quali gli asilanti sarebbero solo quella piccola quota di persone che ottiene il riconoscimento dello status di rifugiato in base alla Convenzione di Ginevra, mentre tutti gli altri sarebbero migranti economici. Basta consultare i dati pubblicati dal Dipartimento Libertà civili del Ministero dell'Interno o nei Rapporti statistici annuali pubblicati dal Dossier Statistico Immigrazione

<sup>52</sup> Consultabile al sito <http://www.libertaciviliimmigrazione.dlci.interno.gov.it/it/documentazione/statistica/crus-cotto-statistico-giornaliero>.

<sup>53</sup> <http://www.interno.gov.it/it/ministero/dipartimenti/dipartimento-liberta-civili-e-immigrazione/commissione-nazionale-diritto-asilo>.

<sup>54</sup> SAVINO, *L'amministrativizzazione» della libertà personale e del due process dei migranti: il caso Khlaifia*, in *Diritto Immigrazione e Cittadinanza*, n. 3-4, 2015, pp. 50-71.

<sup>55</sup> <http://www.libertaciviliimmigrazione.dlci.interno.gov.it/it/documentazione/statistica/crus-cotto-statistico-giornaliero>.

(IDOS)<sup>56</sup> per trovare smentita a queste affermazioni grossolane e infondate e che, tuttavia, fanno larga presa sul senso comune della popolazione. Anche a livello mediatico del resto, quando si parla di richiedenti asilo, si allude a persone che cercherebbero di sfruttare le garanzie offerte dalla legge per prolungare in Italia una presenza che viene avvertita come un peso sociale, se non come un vero e proprio pericolo per la sicurezza dei cittadini. Da qui, la “velocizzazione” delle procedure di asilo e del sistema dei ricorsi, attuata con la legge n.46 del 2017, che si è tradotta nella moltiplicazione delle Commissioni territoriali, nella riduzione delle garanzie di difesa dei richiedenti asilo (come l’effetto sospensivo automatico del ricorso) e nell’abolizione del grado di appello nei ricorsi contro i dinieghi di status adottati dalle Commissioni territoriali.

Si è voluto anche imporre un ritmo frenetico nelle trattative con i paesi terzi, da ultimo con il Bangladesh, per rendere possibili le espulsioni con accompagnamento forzato, anche se i paesi di origine, come nel caso del Sudan o dell’Egitto, sono governati da dittature militari nelle quali qualunque segno di opposizione viene punito con il carcere e con la tortura, senza contare le sparizioni forzate e gli assassinii mirati.

#### 4. Migranti economici e nuovi mezzi di tutela

Dietro all’apparenza degli sbarchi di massa, con il contorno tragico delle vittime in mare e degli scafisti arrestati a terra (spesso minori utilizzati come ultimo anello della catena di trafficanti) si nasconde la violenza sistematica che le persone hanno subito in Libia e negli altri paesi di transito<sup>57</sup>, oltre che lo sfruttamento lavorativo, gli abusi esistenziali, oltre che di natura fisica e sessuale, che i migranti, giunti in Italia, senza alcuna distinzione di status, subiscono una volta che si collocano ai margini o all’interno del mondo del lavoro<sup>58</sup>, quando non finiscono diretta-

<sup>56</sup> Dossier Statistico Immigrazione, 2017, consultabile in sintesi al sito [http://www.dossierimmigrazione.it/libro.php?cid=47\\_106&pid=198](http://www.dossierimmigrazione.it/libro.php?cid=47_106&pid=198).

<sup>57</sup> AMNESTY INTERNATIONAL, *Libia: i governi europei complici di torture e violenze*, consultabile al sito [https://www.amnesty.it/libia-governi-europei-complici-torture-violenze/?utm\\_source=ads&utm\\_campaign=report-libia&gclid=CjwKCAiAj53SBRBcEiwAT-3A2KdXJ\\_OjTdwgl8JU4k0Pe7R5co563Bvgwo0dpAelct-WrhtOmJj0ThoC4EoQAvD\\_BwE](https://www.amnesty.it/libia-governi-europei-complici-torture-violenze/?utm_source=ads&utm_campaign=report-libia&gclid=CjwKCAiAj53SBRBcEiwAT-3A2KdXJ_OjTdwgl8JU4k0Pe7R5co563Bvgwo0dpAelct-WrhtOmJj0ThoC4EoQAvD_BwE).

<sup>58</sup> FLAI-CGIL, *Caporalato: nei campi dilaga lo sfruttamento*, 11 settembre 2017, consultabile al sito <https://www.osservatoriodiritti.it/2017/09/11/caporalato-sfruttamento-agricolo/>.

mente nelle mani della criminalità organizzata, italiana o straniera. La distinzione tra migrazioni economiche e migrazioni per motivi legati al riconoscimento dello status di asilo o di protezione internazionale, sono sempre più sfumate anche per ragioni legate al peggioramento della situazione sociale, politica ed ambientale nei paesi di origine. Abbiamo di fronte migrazioni forzate, anche per cause legate ai mutamenti climatici o alla desertificazione economica dei territori<sup>59</sup>. Nel caso delle grandi aree di crisi come la Siria e la regione che si estende dal Pakistan all'Afghanistan e all'Iraq, così come per il Corno d'Africa, le responsabilità, che si traducono in veri e propri doveri di solidarietà, vanno condivise su scala internazionale più ampia. Si tratta di problemi che non si possono risolvere ricorrendo alla qualificazione di migrante economico. Sono invece questioni che richiamano direttamente responsabilità precise dell'Europa, e dei principali stati europei, che invece hanno concluso accordi di collaborazione e di riammissione con i paesi di transito, anche con quelli che non garantiscono alcun rispetto dei diritti fondamentali delle persone, al fine di respingere o detenere quei migranti che cercano, malgrado tutto, di tentare l'avventura della traversata verso l'Italia, la Grecia o la Spagna<sup>60</sup>.

Il fallimento dell'esperienza del campo di Choucha in Tunisia, aperto nel 2011 e chiuso nel 2017,<sup>61</sup> senza che molti migranti fossero riusciti ad ottenere uno status legale in Tunisia o una possibilità legale di ingresso in Europa, conferma la impraticabilità su vasta scala delle scelte di esternalizzazione del diritto di asilo, quali l'invio di organizzazioni non governative in paesi come la Libia, o la possibilità di affidare alle agenzie delle Nazioni Unite il compito di "selezionare" i veri richiedenti asilo per esempio in Niger o in Mali. Anche quando si riconosce il diritto di asilo alla stregua dei parametri più restrittivi adottati dalla Convenzione di Ginevra del 1951, nei principali paesi di transito delle rotte migratorie verso l'Unione Europea, manca la possibilità di ottenere uno status lega-

<sup>59</sup> In materia di migrazioni ambientali si rinvia agli atti del Convegno internazionale tenutosi a Milano il 24 settembre 2016, "*Il secolo dei rifugiati ambientali*", consultabile al sito <https://www.a-dif.org/dossier2/convegno-internazionale-il-secolo-dei-rifugiati-ambientali/>.

<sup>60</sup> TANCREDI, *Assicurazioni diplomatiche e divieto 'assoluto' di refoulement alla luce di alcune recenti pronunce della Corte europea dei diritti umani*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 2010, p. 41 ss.

<sup>61</sup> TAZZIOLI, *Crisis as border. Choucha Refugee Camp and its 'People not of Concern'*, consultabile al sito [https://www.academia.edu/11620285/Crisis\\_as\\_border.\\_Choucha\\_Refugee\\_Camp\\_and\\_its\\_People\\_not\\_of\\_Concern\\_.?auto=download](https://www.academia.edu/11620285/Crisis_as_border._Choucha_Refugee_Camp_and_its_People_not_of_Concern_.?auto=download).

le di soggiorno che garantisca una minima libertà di circolazione, così come mancano, al di là di pochi casi eccezionali di migranti definiti “particolarmente vulnerabili”, canali legali di evacuazione e di trasferimento verso paesi sicuri. Nei fatti poi, sul piano della politica estera e delle prassi di polizia, come nella gestione dei rapporti di lavoro e nella gestione del welfare (o di quello che ne rimane), le differenze tra le diverse qualifiche soggettive si attenuano e i diritti fondamentali della persona migrante sono sempre più a rischio, dal diritto alla vita ed a non subire trattamenti inumani o degradanti, fino al diritto di fare ingresso in uno stato per chiedere asilo o un'altra forma di protezione, o al diritto di tutelare la propria libertà attraverso una difesa effettiva ed una possibilità concreta di ricorso giurisdizionale<sup>62</sup>.

La categoria di migrante economico è smentita dall'assenza di una qualsiasi libertà di autodeterminazione. Eppure, viene utilizzata per demolire il diritto di asilo ed anzi consentirne una gestione “quantitativa” che contrasta con la Convenzione di Ginevra del 1951. Stati che negano il diritto di ingresso a persone che meriterebbero l'accoglimento delle loro istanze di protezione sono anche stati che condannano all'emarginazione i migranti che sono comunque riusciti a superare i controlli di frontiera, la stessa emarginazione che viene riservata alle fasce più deboli della popolazione residente. Si innesca così una “guerra tra poveri” che permette di nascondere le vere responsabilità della crisi irreversibile di un sistema economico che dimostra in modo sempre più evidente i suoi aspetti di sfruttamento e di limitazione delle libertà individuali.

Occorre ripartire dal riconoscimento a tutti i migranti, siano essi migranti economici o asilanti, così come a tutti i cittadini, dei diritti fondamentali, come il diritto alla salute, il diritto all'istruzione ed al lavoro, il diritto alla coesione familiare ed al rispetto della vita privata, per restituire identità a persone comunque costrette a lasciare il loro paese non per effetto di illusorie aspettative, ma per circostanze oggettive di impoverimento o di negazione di quegli stessi diritti fondamentali che, nel mondo globalizzato, spingono all'immigrazione un numero sempre più elevato di giovani, anche in Europa.

Le questioni dell'immigrazione e dell'asilo e, al centro di queste,

<sup>62</sup> Consultabile, con numerosi report sulle attività di monitoraggio nei centri per stranieri da espellere, negli *hotspot* e sui voli di rimpatrio forzato nei paesi di origine, al sito <http://www.garantenazionaleprivatiliberta.it/gnpl/resources/cms/documents/bc9d71fe50a4df78f32b68253d1891aae.pdf>.

anche a livello mediatico, la distinzione tra richiedenti asilo o rifugiati e migranti economici da arrestare o respingere se non da condannare alla clandestinità ed all'esclusione sociale, sono diventate uno straordinario strumento di competizione elettorale, sebbene si tratti di distinzioni prive di una vera base legale, imposte a colpi di circolari amministrative. I risultati delle ultime elezioni in Germania ed in Austria costituiscono campanelli di allarme che dovrebbero fare riflettere e consigliare una profonda modifica delle politiche in materia di immigrazione ed asilo, ed ancora prima una nuova narrazione delle migrazioni, che passa anche attraverso la destrutturazione di concetti e di definizioni, come appunto quella di migrante economico, che hanno una elevata valenza escludente e discriminatoria.

All'Europa dei muri e dei campi di confinamento<sup>63</sup>, come alle tante barriere che circondano chi la frontiera "se la porta addosso"<sup>64</sup> per via di un marchio o un numero segnato su un polso, occorre opporre un'Europa di cittadini e di istituzioni locali che si interpongono e ricostruiscono nuovi legami sociali, nella difesa dei diritti fondamentali delle persone migranti, e dell'intera popolazione di un territorio. Con il passare del tempo sarà questa l'unica forma possibile di integrazione e di convivenza pacifica. Soltanto questa Europa potrà resistere alla sfida globale ed al declino al quale la condannano rapporti di forza militare, politica ed economica, ormai incentrati più sui due grandi oceani che sul Mediterraneo.

La storia del Mediterraneo è una storia di coesistenza. Il futuro delle relazioni tra i popoli che si affacciano su questo mare non potrà essere retto da accordi di polizia. Occorrerà trovare sedi e tecniche per sanzionare violazioni alle quali non si riesce a trovare risposta davanti ai tribunali, anche per la difficoltà di accesso delle vittime alla giustizia<sup>65</sup>. La discriminazione che nasce dal linguaggio e dalla adozione di una determinata terminologia si propaga rapidamente non solo sulle persone che ne sono direttamente oggetto. Senza una giustizia sociale che riconosca i diritti fondamentali ai migranti in quanto persone, a prescindere dalla loro qualità di migranti economici o di rifugiati, si allontanano le possibilità di una autentica convivenza pacifica. La coesistenza "obbligata" in ambiti territoriali sempre più ristretti, malgrado muri e respingimenti, di persone provenienti da ambienti culturali e politici tanto diversi, potrebbe trasformarsi in un conflitto perenne all'interno ed all'esterno dei con-

<sup>63</sup> [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-16-2072\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2072_en.htm).

<sup>64</sup> RASTELLO, *La frontiera addosso. Così si deportano i diritti umani*, Laterza, 2010.

<sup>65</sup> Si rinvia all'esperienza dei tribunali d'opinione ed in particolare al Tribunale Permanente dei Popoli, in <http://permanentpeopletribunal.org/>.

fini statali, una sorta di stato di guerra permanente. Se questa è la direzione verso la quale ci spingono i populismi ed i nazionalismi di segno diverso, diventa più evidente l'importanza della chiarezza dei linguaggi e del rispetto del principio di legalità.

## THE UN'S ENGAGEMENT WITH: UNSAFE, DISORDERLY AND IRREGULAR MIGRATION

Elsbeth GUILD\*

### *Introduction*

For most of the 21<sup>st</sup> century the UN's engagement with migration has been limited. The adoption of the Palermo Protocols in 2000<sup>1</sup> to require the criminalisation of smuggling of migrants and trafficking of human beings was the last substantive treaty proposal which the UN system produced regarding migration. However, the importance of the subject as an irritant in international relations did not diminish. The shocking death toll of migrants in the Mediterranean<sup>2</sup> and on the Mexican-US border<sup>3</sup> has been a matter of international concern. To address the issue, the UN General Assembly in 2016 called for a Compact for Safe, Orderly and Regular Migration. This contribution examines the underlying assumptions of safe, orderly and regular migration and the steps which the international community will need to take to address effectively the problem.

### *Unsafe, Disorderly and Irregular?*

The New York Declaration, adopted by UN General Assembly Resolution of 19 September 2016,<sup>4</sup> is intended to contribute to safe, orderly and regular migration around the world. This is a very important objective on which all states represented at the UN can agree. The New York Declaration calls for action in light of large movements of refugees

\* Professor, Queen Mary, University of London.

<sup>1</sup> One against smuggling of migrants, the other against trafficking of human beings. The protocols were adopted by the United Nations to supplement the 2000 Convention against Transnational Organized Crime (the Palermo Convention).

<sup>2</sup> <https://missingmigrants.iom.int/> accessed 24 September 2017.

<sup>3</sup> <https://www.usatoday.com/story/news/world/2017/08/05/migrant-deaths-border/542411001/> accessed 24 September 2017.

<sup>4</sup> A/71/L.1 para 24.

and migrants.<sup>5</sup> Further, the overarching framework of the New York Declaration is the 2030 Agenda for Sustainable Development, perhaps not the most obvious as migrant and refugee protection is not self-evidently a development issue as such though there are development angles.<sup>6</sup>

The immediate objective is that, by the end of 2018, the New York Declaration will be provided implementing measures in the form of two Global Compacts, one on refugees and one on safe, orderly and regular migration. The Global Compact on Refugees has been allocated to United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR) to develop and lead. The Global Compact on Safe, Orderly and Regular Migration will be led by an intergovernmental process supported by the Secretary General of the UN. This article addresses the legal and policy issues which must be addressed in order to achieve an international system which privileges safe, orderly and regular migration. Many of the issues which are developed here are also relevant for refugees who are frequently among those at risk from unsafe, disorderly and irregular movement. However, refugees are not the main focus of this article, not least as they are beneficiaries of the UN's 1951 Convention relating to the status of refugees and its 1967 Protocol<sup>7</sup> which provide for specific obligations of states towards refugees including regarding their admission at border.

The argument of this article is that achieving safe, orderly and regular migration requires states to embrace their responsibilities in international human rights law including at their borders. This can only be done effectively through disaggregating border control from migration regulation and law enforcement. The attempt to use border control to further the latter is one of the most important contributing factors to unsafe, disorderly and irregular migration. The vast majority of people who cross international borders do so safely, orderly and in a regular manner. Only a very small proportion of them are placed at risk.

<sup>5</sup> This is rather hard to define and the Declaration makes no attempt to do so.

<sup>6</sup> Indeed, the development framework might be criticised as appearing to focus on movement of people from poorer to richer countries rather than a more balanced perspective of the movement of people across borders generally.

<sup>7</sup> UN General Assembly, *Convention Relating to the Status of Refugees*, 28 July 1951, United Nations, Treaty Series, vol. 189, p. 137, available at: <http://www.refworld.org/docid/3be01b964.html> [accessed 10 May 2017]; UN General Assembly, *Protocol Relating to the Status of Refugees*, 31 January 1967, United Nations, Treaty Series, vol. 606, p. 267, available at: <http://www.refworld.org/docid/3ae6b3ae4.html> [accessed 10 May 2017].

By examining the differences between the movement of the majority and the risks suffered by the very small minority it will be possible to take effective measures to promote safe, orderly and regular migration. The international human rights responsibilities of states when exercising their sovereign entitlement to control their borders and the movement of persons across them include an obligation to desist from applying measures which result in unsafe, disorderly and irregular movement. This is part of the recognition in the New York Declaration that migrants (and refugees) are rights holders.

*“We reaffirm the purposes and principles of the Charter of the United Nations. We reaffirm also the Universal Declaration of Human Rights and recall the core international human rights treaties. We reaffirm and will fully protect the human rights of all refugees and migrants, regardless of status; all are rights holders. Our response will demonstrate full respect for international law and international human rights law and, where applicable, international refugee law and international humanitarian law.”*<sup>8</sup>

Starting from this reaffirmation by the international community of their objectives regarding the establishment of an international system of safe, orderly and regular migration, we will examine the issues.

### *Interrogating Unsafe, Disorderly and Irregular Migration*

#### *Migrants*

Before proceeding, the terminology needs to be clear in particular: who are migrants. Many words are used to describe people who cross international borders. The most traditional binary categorisation is between citizens of the state (the territory of which is being entered) and aliens. ‘Alien’ is the general term commonly used in international law to describe anyone who is not a citizen of the state in which he or she is found.<sup>9</sup> But this simple terminology is out of fashion. Instead, many alternative terms are used such as foreigner, migrant, tourist, visitor and many more. Each seeks to express differences of attributed intentions

<sup>8</sup> A/71/L.1 para 5.

<sup>9</sup> Von Glahn, Gerhard, and James Larry Taulbee. *Law among nations: an introduction to public international law*. Routledge, 2015.

and objectives of the person described. Each term also seeks to capture the legitimacy of migratory ambitions of people who cross international borders (hence the terms ‘illegal’,<sup>10</sup> undocumented or irregular migrant are in common currency).<sup>11</sup> Yet, mostly the allocation of one term to one group and another elsewhere is based on speculation and assumptions founded on very partial information and knowledge.<sup>12</sup> The UN World Tourism Organization estimates that there are more than 1.2 billion tourists who travel across borders each year.<sup>13</sup> It is worth keeping this figure in mind when thinking about migrants.

Travellers have many goals which change rapidly and are affected by all kinds of externalities – including such banal events as a telephone call from home.<sup>14</sup> The choice of Office of the High Commissioner for Human Rights (OHCHR) to term all aliens as migrants simplifies matters.<sup>15</sup> Instead of creating normative categories such as travellers, tourists, visitors, migrants, asylum seekers, refugees, repeat border offenders<sup>16</sup> or any of the multitude of other words used, deploying one term only – migrant – creates a level playing field. It is capable of including also the person who is leaving one country to return to enter his or her country of citizenship. In order to describe the cross-border movement of people in a consistent manner which is not tainted by normative constructions which are created by imputing intentions to people moving, the term migrant is useful. If all cross-border travellers are described in the same manner, that is to say as migrants, then the term ‘migrant’ loses its stigma as a term to describe an unwanted alien. It also resolves the citizen-alien binary where the cross-border movement is determined by reference to a state of nationality. Oelgemöller has examined in depth the arrival of the ‘transit country’ as a mechanism of

<sup>10</sup> The categorization of people as ‘illegal’ has been deplored by the UN and many other institutions but remains current in the language used by numerous states.

<sup>11</sup> Carens, Joseph H. “The rights of irregular migrants.” *Ethics & international affairs* 22.2 (2008): 163-186.

<sup>12</sup> Dauvergne, Catherine. *Making people illegal: What globalization means for migration and law*. Cambridge University Press, 2008.

<sup>13</sup> <http://media.unwto.org/search/node/who%20is%20a%20tourist%3F> accessed 11 April 2017 – the 1 billionth tourist mark was achieved in 2012.

<sup>14</sup> De Genova, Nicholas P. “Migrant “illegality” and deportability in everyday life.” *Annual review of anthropology* 31.1 (2002): 419-447.

<sup>15</sup>

<http://www.ohchr.org/EN/Issues/Migration/Pages/MigrationAndHumanRightsIndex.aspx> accessed 10 April 2017.

<sup>16</sup> <https://www.revealnews.org/article/despite-zero-tolerance-policy-many-who-cross-border-are-repeat-offenders/> accessed 10 April 2017.

migration management which avoids the conundrum of the rights of citizens by placing people on the move in an intermediate territory (the transit state) where they do not enjoy citizenship rights but are planning onward movement.<sup>17</sup> This allows states to treat some people, in particular those outside their jurisdiction, as migratory risks without having to address the problem that these people are citizens in their own state. Anxiety about people on the move can then be expressed without offending the authorities of other states about the imputed intentions of their citizens.

Prejudices about migrants are often reinforced through specific individual examples widely disseminated by the press. The ubiquitous pictures of small boats full of young black men as representing the arrival of migrants and refugees in Europe across the Mediterranean which media outlets purvey on a regular basis is a good example. In fact, the top three countries of origin of asylum seekers (and those recognised as refugees) in the EU, according to EUROSTAT (the EU's statistical agency) are Syrians, Iraqis and Afghans, none of whom are Sub-Saharan Africans.<sup>18</sup> Similarly, women accounted for over 405,000 of the total 1.2 million asylum seekers in the EU in 2016.<sup>19</sup> So if the image of the little boat full of desperate people heading to Europe were to be correct, it would mainly consist of people of Arab and Afghan complexion and more than a third would be women.

Yet, the media's picture of the boat continues to inform our imaginations and notwithstanding the statistical evidence to the contrary.<sup>20</sup> The picture has become representative of everyone who travels unsafely towards Europe.<sup>21</sup> We tend then to ask the wrong questions – like what kind of people put their lives at risk – ignoring the diversity and multiplicity of people's motivations.<sup>22</sup> It may be helpful to

<sup>17</sup> Oelgemöller, Christina. "'Transit' and 'Suspension': Migration Management or the Metamorphosis of Asylum-Seekers into 'Illegal' Immigrants." *Journal of Ethnic and Migration Studies* 37.3 (2011): 407-424.

<sup>18</sup> [http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/images/4/49/Five\\_main\\_citizenships\\_of\\_first\\_time\\_asylum\\_applicants%2C\\_4th\\_quarter\\_2016.png](http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/images/4/49/Five_main_citizenships_of_first_time_asylum_applicants%2C_4th_quarter_2016.png) accessed 11 April 2017.

<sup>19</sup> <http://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/submitViewTableAction.do> accessed 11 April 2017.

<sup>20</sup> Kim, Sei-Hill, et al. "The view of the border: News framing of the definition, causes, and solutions to illegal immigration." *Mass Communication and Society* 14.3 (2011): 292-314.

<sup>21</sup> King, Russell, and Nancy Wood, eds. *Media and migration: Constructions of mobility and difference*. Routledge, 2013.

<sup>22</sup> Tsuda, Takeyuki. "Media images, immigrant reality: Ethnic prejudice and

leave motivation out of the equation and speak of people equally. This choice even effaces the citizen-alien distinction which is so central in law to the determination of migrants' rights. So for our purposes here we will describe all people crossing international borders as migrants, following the example of the OHCHR.

### *Unsafe Migration*

Unsafe migration and the loss of life in migratory movements across countries and seas is a stain on the international communities' commitment to protect human rights. It is a tragedy for the people who suffer and sometimes die and for their families. According to the International Organisation for Migration's (IOM) project, Missing Migrants, by April 2017, 1,178 persons had died in international migratory movements worldwide.<sup>23</sup> The majority of these losses took place in the Mediterranean, 663, accounting for 56.3% of the total. According to the same source, the tally in 2016 was 7,763 losses with Europe accounting for 5,098 of them or 65.7% of the total. These losses are terrible and a blight on the reputation of all countries which are implicated in them.

These losses take place in particular places: in the Mediterranean sea and in respect of the North America at land border between Mexico and the USA. They do not take place at airports. The migrants who lost their lives crossing the Mediterranean did so because the only boats which they could catch were unseaworthy, the personnel (to glorify the role of those guiding the boats) un-unionised and the conditions incompatible with European health and safety standards. The migrants trying to leave Belgium who were killed in the bomb attack at Zaventem Airport and the migrants who lost their lives in unsafe boats have little if anything in common other than premature death. Those who suffer and in some cases die in boating accidents in the Mediterranean do so because they can not get access to safe travel as a result of obstacles placed in their way by states. Migrants do not need to die crossing the Mediterranean. There are thousands of safe ferry crossings across the Mediterranean from the Southern to Northern shores and vice-versa every day – which are also very cheap – often less than €30.<sup>24</sup>

tradition in Japanese media representations of Japanese-Brazilian return migrants.”  
*Center for Comparative Immigration Studies* (2004).

<sup>23</sup> <https://missingmigrants.iom.int/latest-global-figures> accessed 10 April 2017.

<sup>24</sup> <http://www.ferrylines.com/ferries/western-mediterranean/> accessed 10 April

Safe migration is available for most migrants – the 1.2 billion people who move every year.<sup>25</sup> Unsafe migration is the exception. It is the result of obstacles which states place in the way of some people which make safe migration impossible.<sup>26</sup> These obstacles include visa requirements, sanctions on carriers who do not refuse transport to migrants without the right documents and similar measures to which I will return later.

### *Disorderly Migration*

Disorderly migration is a lesser misfortune than unsafe migration in that it does not necessarily result in people's lives being at risk. It is a headache for a relatively small number of state officials responsible for orderly border crossing, mainly an administrative issue. When people turn up at borders in unexpected places where border guard facilities are not available then administrative formalities are not completed.<sup>27</sup> If the numbers become substantial, state authorities may become concerned about the accuracy of their knowledge about who is on their territory. There is always some disorderly border crossing going on, for instance, where owners of pleasure boats decide to change their destinations and arrive at small islands for instance in the Mediterranean or Caribbean where there are no border guards present. Ramblers on traditional country trails may stray across international borders unwittingly and thus arrive in a 'disorderly' fashion in another country.<sup>28</sup> But these forms of disorderly arrival are not those which the UN's New York Declaration seeks to address. These and many other forms of 'disorderly' border crossing by persons is dealt with by administrative presumptions which resolve, legally at least, the disorder.

2017.

<sup>25</sup> <http://media.unwto.org/press-release/2016-01-18/international-tourist-arrivals-4-reach-record-12-billion-2015> accessed 25 March 2017.

<sup>26</sup> Ansems de Vries, Leonie, Glenda Garelli, and Martina Tazzioli. "Mediterranean migration crisis: transit points, enduring struggles." (2016); Geiger, Martin, and Antoine Pécoud. "The politics of international migration management." *The politics of international migration management* (2010): 1-20. Garelli, Glenda, and Martina Tazzioli. "Arab Springs making space: territoriality and moral geographies for asylum seekers in Italy." *Environment and Planning D: Society and Space* 31.6 (2013): 1004-1021.

<sup>27</sup> Geiger, Martin, and Antoine Pécoud. "The politics of international migration management." *The politics of international migration management* (2010): 1-20.

<sup>28</sup> Nyers, Peter. "No one is illegal between city and nation." *Studies in social justice* 4.2 (2010): 127.

The more successful states' efforts to channel movement of persons into their territory, the less disorderly that movement becomes. Thus airports are places which tend to be well organised as regards separating those arriving from another country from those moving within the state. Similarly, those departing to another country tend to be well segregated from those arriving both internationally and nationally. Much airport management is built into the architecture of the buildings.<sup>29</sup> The construction of highways capable of simplifying arrival of cars and trucks at specific places along international borders has the same function of bringing the majority people crossing the border to places where there are officials expecting them. State efforts to make border crossing more difficult for some people may have the opposite effect by pushing those migrants who are determined to attempt to cross the border towards more perilous and disorderly arrival.<sup>30</sup> There is nothing surprising about the tools which states use to transform disorderly arrival into orderly arrival. The arrival of 1.2 million asylum seekers in the EU in 2015 and 2016<sup>31</sup> resulted in a small number of EU states re-introducing border controls with the neighbours at a very small and specific number of land border crossing points where substantial numbers of asylum seekers had been crossing.<sup>32</sup> This created substantial controversy for the border control free regime of the EU (the Schengen area) even though, as the European Commission has emphasised, the intra EU border controls have been very limited in impact and carefully targeted to ensure that asylum seekers crossing EU borders get the reception to which they are entitled.<sup>33</sup>

Disorderly migration can take place anywhere people arrive across an international border. Whether the arrival is orderly or disorderly depends primarily on whether the relevant state authorities are present in

<sup>29</sup> Edwards, Brian. *The modern airport terminal: New approaches to airport architecture*. Taylor & Francis, 2004.

<sup>30</sup> Newell, Bryce Clayton, Ricardo Gomez, and Verónica E. Guajardo. "Sensors, Cameras, and the New 'Normal' in Clandestine Migration: How Undocumented Migrants Experience Surveillance at the US-Mexico Border." (2016). Tazzioli, Martina. "The desultory politics of mobility and the humanitarian-military border in the Mediterranean. Mare Nostrum beyond the sea." *REMHU: Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana* 23.44 (2015): 61-82.

<sup>31</sup> EUROSTAT, Asylum statistics 2017 [http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Asylum\\_statistics](http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Asylum_statistics) accessed 10 May 2017.

<sup>32</sup> Guild, Elspeth, et al. "What is happening to the Schengen borders?." (2015).

<sup>33</sup> See European Commission website: [https://ec.europa.eu/home-affairs/what-we-do/policies/borders-and-visas/schengen/reintroduction-border-control\\_en](https://ec.europa.eu/home-affairs/what-we-do/policies/borders-and-visas/schengen/reintroduction-border-control_en) accessed 10 May 2017.

sufficient numbers to undertake the job of border control and whether the job of border control is properly articulated to the numbers of persons crossing the border. It is worth remembering that the EU's border agency, FRONTEX, has calculated that each border guard has a total of 12 seconds to decide on admission or refusal of each person crossing an EU external border.<sup>34</sup> The reason for this is very simple and FRONTEX explains it well in its report. Efficiency and the expectations of travellers and authorities that border posts will operate both quickly and smoothly is paramount. Delays in processing travellers can cause tremendous pressures at airports, long queues at land borders and delays for shipping. These inconveniences are not acceptable to our politicians, our citizens, our businesses and ourselves. One common way of dealing with unexpectedly large numbers of people arriving at international borders is to relax the intensity of controls on them. This happens regularly at airports where on account of weather conditions unexpectedly large numbers of airplanes arrive at once causing backlogs.<sup>35</sup> Another state response is to claim a crisis is occurring.<sup>36</sup> What is key is that disorderly migration is a consequence of state authorities' border control activities. It is neither a natural phenomenon nor a normal one. It is to a very large degree created by the actions of state authorities.

### *Irregular Migration*

Irregular migration introduces a whole new series of subjects into the equation of migration. The separation of regular from irregular migration presupposes that a state has a system not only of border control but also of migration requirements against which the attributes of migrants arriving at the border can be judged. If the arriving migrant does not fulfil these requirements then he or she may be refused admission to the state and sent back to the country from whence he or she came. If the migrant manages to enter the territory of the state by avoiding border controls or deceiving the border authorities about his or

<sup>34</sup> FRONTEX *12 Seconds to Decide: In search of excellence: FRONTEX and the Principle of Best Practice* Warsaw 2015 <http://frontex.europa.eu/publications/?p=3> accessed 28 March 2017.

<sup>35</sup> See for instance <http://www.telegraph.co.uk/travel/news/Heathrow-delays-how-was-it-for-you/> accessed 10 May 2017.

<sup>36</sup> <http://www.aljazeera.com/indepth/features/2016/03/hungary-border-war-refugees-160329102030588.html> accessed 10 May 2017.

her attributes or intentions, then there may be irregular migration occurring. Irregular migration is much more closely linked with a migrant's presence within the territory of the state than with the state's border practices.<sup>37</sup> The two become linked as states seek to use border control tools to regulate migration and then justify the elision of border and migration control into one process. It is this confusion between border control and immigration control which is at the centre of many of the problems of unsafe, disorderly and irregular migration.

Regular or irregular migration is premised on law. Some law must apply which makes movement across an international border either regular or irregular. The general assumption is that it is the law of the destination state which is at issue. That law is entitled to define what the status of a migrant is. Before a migrant arrives at a state's border, he or she is neither a regular nor an irregular migrant by reference to the possible destination state. This is because the law of the destination state does not (yet) apply to him or her. Extraterritorial application of national law is a complex and controversial field of law. There is some international agreement on the application of national criminal law to acts which take place outside the territory of the prosecuting state. For instance, the detailed web of extradition agreements among states indicates that states will contemplate sending a person from one state to another to stand trial. However, the political sensitivity of extradition and the exceptions generally found in extradition agreements (such as the requirement of double criminality – the act for which a person is pursued by one state for return to stand trial or serve sentence in another state is a criminal offence in both the requesting and requested states) reveal the tension which extraterritorial application of national criminal law evokes. Immigration laws are so varied and complex that it is very difficult to reach any international agreement on common application of these rules.

Immigration laws apply at the border and within states. As a matter of consular agreement between host and destination states, states may require migrants to obtain visas at their consulates abroad before travelling. But in order to determine whether a migrant is regular or irregular he or she will have to be at the border or within the territory of the destination state. This is an immigration control tool not a border

<sup>37</sup> De Haas, Hein. *Irregular migration from West Africa to the Maghreb and the European Union: An overview of recent trends*. Vol. 32. Geneva: International Organization for Migration, 2008.

control activity. It is the interaction with the state's laws which creates the distinction between regularity and irregularity. Generally this will only become apparent after the individual has arrived in the state. Borders are particularly ill-adapted for complex decisions on immigration status. A second problem with irregular migration is its temporality.

A migrant can be regular one day and irregular the next as the result of the passage of time (the end of a period of permitted entry and residence) or of the law (a change of the migration category which places the individual outside the new requirements). It can also be one of activity for instance where a foreign student is permitted to work for a specific number of hours a week but in fact works more hours one week and thus is no longer regular in accordance with the terms of his or her student visa.<sup>38</sup> If the following week the student's hours of work drop to below the threshold he or she may dip back into regularity. The place where irregularity takes place is usually related to the territory of the state (and very often within that territory) and subject to the laws of the state where the migrant is present. Only the officials of that state will know definitively what their laws mean and how they should be applied to migrants. This is their job, not that of officials of other countries or private companies.<sup>39</sup>

The shift of the focus for determining what is regular migration from the destination state to all other states is one of the questions which may need to be examined in the UN's process of adopting its Global Compact on Safe, Orderly and Regular Migration planned for September 2018. The argument which I am developing here is that determining regular migration from its irregular counterpart is an activity which should not be woven into border controls. Regularity and irregularity are matters of national law and under the control of states, subject only to (fairly limited) international and supranational obligations. Therefore they are activities which should take place within states' jurisdictions (and mainly within their territories) and cannot effectively be transferred to the international community. If states want other countries to undertake their immigration control activities then they need to start by agreeing what laws will apply to immigration. Only after they have

<sup>38</sup> Düvell, Franck. "Paths into irregularity: The legal and political construction of irregular migration." *European Journal of migration and Law* 13.3 (2011): 275-295.

<sup>39</sup> Scholten, Sophie. *The privatisation of immigration control through carrier sanctions: the role of private transport companies in Dutch and British immigration control*. Brill, 2015.

reached agreement on common immigration laws can there be any question of common application. Common application will also require common interpretation so a supranational dispute resolution mechanism will be required. This is not impossible, the European Union's (EU) laws on free movement of workers is a good example. Since 1967, all nationals of the EU Member States have been entitled to cross intra-EU borders to look for and take work in any other Member State.<sup>40</sup> Where they do so they are regular because the Member States have agreed on a law which applies to all of them and which requires all states to recognise the regularity of migrant workers from other Member States. This position is not incompatible with expulsion – if an EU migrant worker commits an offence of sufficient gravity to invoke the exception of public policy or security, the host state can expel him or her. The state can even exclude the EU migrant worker from entry onto its territory. But the key is that these states have agreed a common immigration law which applies to all the Member States and which they all apply.

Further, in the EU example, a determination whether an EU migrant worker is a threat to public policy or security cannot be taken at the border in the absence of a previous expulsion decision backed up by a lawful re-entry ban. At the border between EU Member States only the rules on admission can be applied (ie whether the person is an EU citizen and there is a lawful re-entry ban against him or her). Any issue about the regularity or irregularity of the EU migrant worker's activities or planned activities on the host Member State's territory must be dealt with by the immigration officials within the state. Sadly, these clear and efficient rules which apply to EU nationals moving among the Member States are not applicable to third country national migrants (nationals of countries outside the EU) arriving for the first time at the EU external border.

### *The Right to Control Borders*

The New York Declaration at the outset declares that "States have rights and responsibilities to manage and control their borders". This is both unsurprising and highly controversial at the same time. That states have a sovereign right to control their borders (vis-à-vis movement of

<sup>40</sup> Transitional restrictions have only applied for states acceding to the EU after 1967 and these transitional restrictions have been limited to a total of seven years. The only EU Member State nationals of which are still currently subject to transitional restriction on free movement of workers is Croatia.

people) is a common starting place in international law, widely repeated with approval by courts and *opinio juris*. The claim is made in the context of movement of people. It is usually accompanied by caveats regarding the duty of states in international law to admit their own nationals (and engages the argument whether states are obliged also to admit their resident aliens).

Movement of goods (including animals and birds, domesticated and wild), services and capital is less frequently legally framed around state sovereignty. Movement of goods is placed in the World Trade Organisation framework – a matter of customs duties and tariffs against a background of consumer protection. Wild animals and birds are matters of public health (such as avian flu) and movement of capital an issue of banking and financial services (again with consumer protection in the background). Only movement of people excites the claims of pure state sovereignty. That states have a sovereign right to control admission of people at their borders is unsurprising to anyone who follows this field of law. This right is embedded in the construction of sovereignty as an attribute of a Weberian state. Such a state, as Max Weber described it at the beginning of the 20<sup>th</sup> century consists of a territory, people (the citizens) and bureaucracy which claims a monopoly over the legitimate use of violence.<sup>41</sup>

#### *The Responsibility to Control Borders*

The New York Declaration, however, goes further. It claims that states have a *responsibility* to manage their borders. This raises a number of questions. To whom is this responsibility owed? What kind of a duty is it? How are states supposed to carry out this duty? Placed in the framework of the New York Declaration, one must look to international human rights law for answers to these questions. The New York Declaration has affirmed again and again that human rights must be the foundation on which the international community addresses the issues of safe, orderly and regular migration. Therefore states' responsibility to manage their borders must be read in the light of their human rights obligations. This means that the obligation is one to the international community to ensure that state border management does not cause unsafe or disorderly migration and that they have effective laws in place

<sup>41</sup> Weber, Max. *Economy and society: An outline of interpretive sociology*. Vol. 1. Univ of California Press, 1978.

that encourage and facilitate regularity of migration within the state. Unsafe migration which ends in loss of life or inhuman or degrading treatment of migrants is contrary to international human rights standards. That migrants who are moving across international borders have no alternative to unsafe routes is more than just a tragedy, it is the result of the border control practices of other states which place safe migration beyond the reach of a small number of people. Thus the establishment of obstacles to safe migration by one or more states, which obstacles result in unsafe migration are inconsistent with the state's responsibility to the international community regarding border management. They also result in violations of migrants' human rights.

Occasionally state authorities question what the consequences might be of human rights friendly, safe and orderly border controls for everyone. Although they accept that such border controls can be provided to the vast majority of the 1.2 billion migrants (in the form of tourists) who travel annually according to the UN World Tourism Organisation, they worry that allowing safe and orderly migration to the small number of migrants they refuse visas and admission to is critical to the integrity of their border controls. The argument goes that firm border controls which differentiate between safe migration for some and unsafe migration for others is necessary to discourage the wrong people from trying to migrate. I will address the purposes of border controls below in more detail, relying on statistical evidence from two parts of the world where these arguments are common, the USA and the EU. For the moment, suffice it to note that when regions dismantle hard border control tools as has been taking place in MERCOSUR in South America in the 2000s, in the EU in the 1990s, no mass movement of migrants from one state to another occurs. Indeed, in the EU only 2.8% of the nationals of the Member States live in a state other than that of their citizenship.<sup>42</sup> Not only are human rights at stake in the responsibility to establish safe and orderly border controls but safe practices of states in border controls do not result in policy threatening mass movements.

Supporting this interpretation of the responsibility to control border, the New York Declaration continues: "We will implement border control procedures in conformity with applicable obligations under international law, including international human rights law and international refugee law. We will promote international cooperation on border control and management as an important element of security for States, including

<sup>42</sup> EUROSTAT.

issues relating to battling transnational organized crime, terrorism and illicit trade.” It is the deployment of these state sovereign rights and responsibilities regarding border control which result either in safe, regular and orderly migration or its reverse: unsafe, disorderly and irregular migration.

States which implement border control policies which clearly lead to unsafe migration are failing in their international responsibility towards a shared objective of safe migration set out in the New York Declaration. As states have a positive duty – their responsibility to the international community to achieve border controls which are safe for migrants – the New York Declaration implicitly calls for them to dismantle any border control policies which run counter to that objective. Similarly, disorderly migration is a misfortune which has implications for the international community in terms of human rights of migrants as well as disrupting travel and shipping industries. It may result in human rights abuses, such as the inhuman and degrading treatment of migrants who spend long periods of time at the borders seeking entry or being detained from entering the state because there are insufficient state resources for orderly migration. States’ positive responsibility to achieve orderly migration means that the human rights of migrants to safe and orderly treatment is required by the Declaration.

Finally, in so far as there is a responsibility on states to establish regular border controls this may mean that determining issues of regularity and irregularity need to be taken within the state by immigration authorities not in the context of border controls where time is short and the risk of human rights abuses in the form of inhuman and degrading treatment high.

*Do the practices of border controls support unsafe, disorderly and irregular migration? The EU and the USA*

1.2 billion people moved across international borders in 2015 according to the UN World Tourism Organisation. These people mainly moved safely, in an orderly manner and generally had little trouble regarding their regularity in their state of destination. Many of these people are described as tourists or visitors. Most countries encourage tourism and regularly publish press releases praising the increase in numbers on an annual basis. Tourism is generally considered a reputable and valuable economic activity. The World Bank publishes extensive

statistics about international tourism and the amounts of income which it brings to destination states.<sup>43</sup> These people arrive in large movements from one country to another by plane, on buses, trains, cars etc. But these movements are safe, orderly and regular. These migrants are entitled to human rights just like anyone else but they do not need to make specific human rights claims as regards their treatment by destination states. States, in their exercise of sovereignty, generally protect and respect the human rights of these migrants.

Those people who arrive in unsafe, disorderly and irregular ways are usually the ones who need specifically to claim their human rights. It is these migrants, because of the way in which they have arrived at the border, who frequently need to rely on human rights to oblige states to protect them from “racism, racial discrimination, xenophobia and related intolerance... and the stereotypes often applied to them including on the basis of religion or belief” (para 14 New York Declaration).

The opposite of the attractive tourist-migrant is the unwanted irregular-migrant who may be subject to an expensive forced expulsion. Among the challenges for states is how to determine in a transparent, coherent and lawful manner, in keeping with the principle of rule of law,<sup>44</sup> which migrants are tourists and which are unwanted irregular migrants. According to the New York Declaration there is “an unprecedented level of human mobility. More people than ever before live in a country other than the one in which they were born. ...In 2015, their numbers surpassed 244 million, growing at a rate faster than the world’s population. However, there are roughly 65 million forcibly displaced persons, including 21 million refugees, 3 million asylum seekers...” (para 3). Even just on these figures, when those forced to move are extracted from the overall number what is left is circa 164 million migrants who are not forced to move. Compared to the 1.2 billion people who use mobility possibilities to cross international

<sup>43</sup> <http://data.worldbank.org/indicator/ST.INT.ARVL> accessed 28 March 2017.

<sup>44</sup> The UN Secretary-General has described the rule of law as “a principle of governance in which all persons, institutions and entities, public and private, including the State itself, are accountable to laws that are publicly promulgated, equally enforced and independently adjudicated, and which are consistent with international human rights norms and standards. It requires, as well, measures to ensure adherence to the principles of supremacy of law, equality before the law, accountability to the law, fairness in the application of the law, separation of powers, participation in decision-making, legal certainty, avoidance of arbitrariness and procedural and legal transparency.” (Report of the Secretary-General: The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies (S/2004/616).

borders every year this is a fairly reasonable number. Even of those 164 million who are not forced migrants, few will find themselves moving in unsafe, disorderly and irregular ways. Among the questions which need to be addressed is why that limited minority find themselves in difficulties when moving and how their human rights are implicated.

One of the issues at stake here is the confusion of mobility and migration. The New York Declaration states “we are determined to save lives. Our challenge is above all moral and humanitarian.” (para 10). Further, it states “we acknowledge a shared responsibility to manage large movements of refugees and migrants in a humane, sensitive, compassionate and people-centred manner. We will do so through international cooperation...” (para 11). The very big movements of migrants, the 1.2 billion, by and large do manage to elicit from state border authorities humane, sensitive, compassionate and people-centred treatment. Why do a fairly limited number of others fail to get the same consideration?

Numbers matter. The size of numbers is very important. The New York Declaration is premised on the politically salient issue that migration is rising and the world is experiencing mass movements of refugees and migrants. The numbers which the Declaration cites (see above) are important. But numbers need to be put into context – which I have been seeking to do here with the figures regarding tourism. Yet, there are other numbers which are important as well to the migration debate in general, for instance those of migrants refused admission to states and those expelled. These numbers are rarely on the front pages of newspapers. Yet, these are the numbers of migrants which states are sufficiently concerned about to take action against them. These numbers provide us with the flip side of the coin – how many migrants are states interested and motivated to refuse admission to or to expel? Internationally comparative figures on refusal of admission and expulsion are very hard to come by but for my purposes the examples of the USA and the EU are sufficient.

Starting with refusal of admission at the border, the first question which the practices lead us to examine is the purpose of border controls. States have a legitimate interest in knowing who is on their territory. Border controls are one way of gaining such knowledge. States also have an entitlement to refuse migrants entry onto their territory so long as there is no question of refoulement.<sup>45</sup> However, states use their right to

<sup>45</sup> Return to a country where there is a real risk of persecution, torture or inhuman

refuse admission sparingly. The USA admitted over 76.5 million people (in the non-immigrant categories) in 2015.<sup>46</sup> Its authorities refused admission to 253,509 people at the border in the same year.<sup>47</sup> The EU admitted about 289.5 million people in 2016 and refused admission to 206,656 persons that year.<sup>48</sup> For the EU the most common reason for refusal of admission (over 100,000 of them) was that the passenger lacked either a visa or residence permit.<sup>49</sup> 41,355 persons were refused admission on the ground that they had no appropriate documentation justifying the purpose and conditions of stay.<sup>50</sup> Only 3,222 persons were refused on the ground that they were considered to be a threat for public policy, internal security, public health or the international relations of one or more Member States. If this is translated into the language of immigration regulation and law enforcement, this means that out of 289.5 million arrivals, 41,355 people were refused admission possibly on grounds of immigration regulation – that their purpose might be questionable. Only 3,222 persons were refused possibly on law enforcement purposes (as the ground also includes health). For the EU at least, the pursuit of immigration regulation and law enforcement objectives is extremely marginal in the actual practices of border controls.

The picture regarding expulsion is not dissimilar to that on refusal of admission. Expulsion matters as it is the most decisive act of a state regarding the unwanted nature of a migrant. State authorities need to make decisions based on evidence that a specific migrant is no longer welcome and then take action to send him or her home. According to the Pew Research Center, the USA expelled 438,000 people in 2013. The number of expulsions from the US has been rising from 2001 onwards from 189,000 to the 2013 figure.<sup>51</sup> But in 2014, 34.5 million people visited the US.<sup>52</sup> This was up from the previous year. This would seem to

or degrading treatment or punishment.

<sup>46</sup> <https://www.dhs.gov/immigration-statistics/visualization/2015> accessed 28 March 2017.

<sup>47</sup> <https://www.dhs.gov/immigration-statistics/enforcement-actions> accessed 28 March 2017.

<sup>48</sup> FRONTEX ARA 2017, <http://frontex.europa.eu/publications/> accessed 28 March 2017.

<sup>49</sup> FRONTEX ARA 2017, cit., accessed 28 March 2017.

<sup>50</sup> FRONTEX ARA 2017, cit., accessed 28 March 2017.

<sup>51</sup> <http://www.pewresearch.org/fact-tank/2014/10/02/u-s-deportations-of-immigrants-reach-record-high-in-2013/> accessed 28 March 2017.

<sup>52</sup> [http://travel.trade.gov/outreachpages/inbound.generalinformation.inbound\\_](http://travel.trade.gov/outreachpages/inbound.generalinformation.inbound_)

indicate that although a limited number of people are unwelcome after they arrive, that has little impact on state policy to encourage increasing numbers of arrivals.

In the EU, part of the world much convulsed by unsafe, disorderly and irregular arrivals of substantial numbers of refugees and migrants in 2015 – 2016, there are fairly reliable statistics on the expulsion of migrants. According to the EU's border agency, FRONTEX, 79,608 migrants were subject to forced expulsions in 2016.<sup>53</sup> This figure is consistent with previous years. FRONTEX also counts arrivals (though rather loosely) – estimating 289 million people entered the EU in 2016 (this is on the basis of voluntary reporting by national border guards).<sup>54</sup>

So the percentage of migrants whom states actually want to prevent entering their territory or to get rid of so much that they are willing to spend very considerable amounts of money expelling them is tiny in comparison with the numbers of migrants whom they encourage to come to their countries (as tourists or otherwise).

In light of this knowledge, it is time to disaggregate border control which is about safe and orderly admission to the state from migration regulation and law enforcement.

#### *Mobility, Migration and Border Control*

The New York Declaration states “each State has a sovereign right to determine whom to admit to its territory, subject to that State's international obligations.” (para 42). The Declaration also confirms that “all individuals who have crossed or are seeking to cross international borders are entitled to due process in the assessment of their legal status, entry and stay...” (para 33).

There are two very different activities at stake in the objective of safe, orderly and regular migration. The first is border control and the second is immigration regulation. One takes place at borders and can be very deadly indeed, the other takes place within states when determining what legal regime applies to any particular migrant. Attempting to use border control for migration regulation is unhelpful in that it assists in creating the conditions for unsafe and disorderly border practices. Using immigration rules to frame border controls is also problematic in that

overview.html accessed 28 March 2017.

<sup>53</sup> FRONTEX ARA 2017, cit., accessed 28 March 2017.

<sup>54</sup> Ibidem.

rules are national and apply when the migrant has entered the state. There is no point refusing a migrant entry at the border when he or she may fulfil the substance of the immigration rules or fulfil them at such time as the migrant decides that he or she would like to stay longer in the state.

On the basis of US and EU data set out above, border control is clearly not a suitable tool either for migration regulation or law enforcement. Both these activities must take place in their proper spheres. Migration regulation must take place within states. Law enforcement similarly takes place within the state – both as a matter of jurisdiction and the punishment of harm. The attempt to move migration regulation and law enforcement exclusively to the territory of other countries contributes to unsafe, disorderly and irregular movement.

#### *The Starting Place for Safe, Orderly and Regular Migration*

I suggest that the starting place for a Global Compact which promotes safe, orderly and regular migration must be the disaggregation of border controls from immigration regulation and law enforcement. Migration regulation and law enforcement should take place within states. Border controls must have clearly limited purposes, permitting states to know who is on their territory and to check that those arriving are documented. They should take place only at the borders of states not within the territory of other countries or international waters. Practices which push even tiny numbers of migrants to arrive undocumented and unsafely must be avoided.

Migration regulation must be limited to its field of action within the state determining what migrants can do and for how long on the territory. Full respect for human rights, including family reunification, labour standards etc must be the priority of migration regulation. Migrants who have arrived for one purpose should be permitted to change to another status provided that they meet the relevant national rules.

Using the border as a mechanism to force people to travel long distances in uncertainty in the application of arcane migration regulations is a key component of unsafe, disorderly and irregular migration. Families must be allowed to live together, refugees must be given international protection, businesses must be able to hire the workers they need in accordance with clear and simple migration rules.

The international community needs to recognize a presumption of a right to mobility for all people irrespective of their nationality. This

presumption should only be displaced where states have specific grounds to refuse entry to a migrant. Rule of law requirements must cover border controls and migration regulation. These rules both on border crossing and migration regulation must be contained in law which is clear, precise and accessible to people so that they know what they must do to comply.



## CONCLUSIONI GENERALI

Marco GESTRI\*

SOMMARIO: 1. Sovranità territoriale e cittadinanza: due istituti sotto attacco? – 2. Una sovranità condizionata dal diritto internazionale: il ruolo dei giudici nazionali. – 3. Il ruolo delle corti europee, tra interpretazioni evolutive e fughe dal diritto. – 4. Emergenze migratorie e tutela dei diritti fondamentali. – 5. Prospettive nel diritto dell'Unione europea: il difficile percorso della cittadinanza europea e del principio di solidarietà.

### *1. Sovranità territoriale e cittadinanza: due istituti sotto attacco?*

L'emergenza migratoria solleva questioni etiche, prima ancora che giuridiche, e il ruolo del giurista di diritto positivo può facilmente apparire inadeguato alle sfide morali. In ogni caso, è compito del giurista, in particolare dell'internazionalista e del cultore del diritto dell'Unione europea, elaborare e proporre soluzioni riguardo a un problema di tale gravità, segnatamente in vista di un superamento dell'emergenza<sup>1</sup>. A questo proposito, occorre tuttavia rilevare che da più parti ormai si afferma apertamente, o si fa intendere tra le righe del ragionamento, che i principi e le norme del diritto internazionale in materia di controllo delle migrazioni costituirebbero in realtà esse stesse *le cause profonde* dell'attuale crisi migratoria. È diffusa la tesi per la quale i pericolosi viaggi in mare, lo sfruttamento di coloro che intendono affrontarli da parte dei trafficanti e, in definitiva, l'attuale tragedia umanitaria sarebbero imputabili al mantenimento, da parte degli Stati, dei controlli alle frontiere, al fine della regolamentazione degli ingressi nel proprio territo-

\* Ordinario di diritto internazionale nell'Università di Modena e Reggio Emilia.

<sup>1</sup> La necessità di superare la fase dell'emergenza è stata ben sottolineata nell'intervento introduttivo a questo Convegno di NESI. Sono anche frequenti, in questa materia, gli appelli alle istituzioni. Vedi, ad esempio, il documento sottoscritto in occasione della XI riunione annuale della European Society of International Law: *Open Letter to the peoples of Europe, the European Union, EU Member States and their representatives on the Justice and Home Affairs Council*, 22nd September 2015.

rio<sup>2</sup>. È pure frequente l'argomento per cui, anche da un punto di vista giuridico e non solo morale, i naufragi in mare e le conseguenti perdite di vite umane risulterebbero dirette conseguenze del comportamento di chiusura delle frontiere adottato dagli Stati di destinazione, comportamento che, secondo taluno, potrebbe persino determinare una responsabilità internazionale degli stessi. Tale argomentazione porta, a seconda dei casi, a giustificare il comportamento di coloro che organizzano i viaggi in mare (i c.d. trafficanti) o che collaborano alla realizzazione dell'obiettivo finale di detti viaggi (come talora organizzazioni non governative), ma anche a proporre l'abolizione dei controlli di immigrazione alle frontiere e in definitiva a mettere in discussione gli stessi principi base del diritto internazionale, quali la *sovranità territoriale*<sup>3</sup> e la *cittadinanza*. Che cosa sono infatti, se non corollari del principio di sovranità, i controlli alle frontiere, le politiche di regolamentazione degli ingressi, la diffusa previsione di controlli sull'immigrazione in aree sottoposte a una specifica giurisdizione in materia (zona contigua) o lo svolgimento in acque internazionali di controlli preventivi di eventuali ingressi non autorizzati?

Evidente è anche l'attacco che taluni muovono al tradizionale concetto di cittadinanza. Come è stato ben evidenziato, la situazione giuridica soggettiva che maggiormente caratterizza lo *status* di cittadino rispetto alla nozione di straniero, tanto da essere qualificata come indefettibile, è proprio il *diritto di risiedere nello Stato*<sup>4</sup>. Ma si sostiene ora che occorre superare tale distinzione, attribuendo ad ogni individuo il diritto di ingresso, residenza e circolazione in uno Stato diverso dal proprio. Argomentazioni che presentano evidenti collegamenti con le considerazioni da tempo formulate, su di un piano filosofico o di teoria generale del diritto, da Luigi Ferrajoli. A parere di quest'ultimo, "la cittadinanza dei nostri ricchi paesi rappresenta l'ultimo privilegio di *status*, l'ultimo fattore di esclusione e discriminazione, l'ultimo relitto premoderno delle di-

<sup>2</sup> *Ex multis*, WILDE, 'Let them drown': rescuing migrants at sea and the non-refoulement obligation as a case study of international law's relationship to 'crisis': Part II, in *EJIL:Talk!*, 27.2.2017, <https://www.ejiltalk.org/author/rwilde/>.

<sup>3</sup> FULLERTON, *A Settler Society Makes Its Own Rules: The United States, Mass Migration & International Law*, in questo volume ("notions of national sovereignty play an outsized role in migration law. In the name of sovereignty, societies jealously guard the norms and practices regulating admission of noncitizens").

<sup>4</sup> RESCIGNO, *Cittadinanza: riflessioni sulla parola e sulla cosa*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 1997, p. 37 ss., spec. a p. 41.

suguaglianze personali in contrasto con la conclamata universalità e uguaglianza dei diritti fondamentali”<sup>5</sup>.

Pur riconoscendo le aspirazioni etiche alla base delle tesi appena ricordate, esse sembrano tuttora molto lontane dal diritto internazionale vigente in materia di migrazioni. Come ha avuto modo di affermare la Corte internazionale di giustizia, considerazioni di natura umanitaria o principi morali non sono di per sé sufficienti a generare regole giuridiche del diritto internazionale<sup>6</sup>. Queste devono trovare espressione nella prassi e *opinio iuris* degli Stati o in norme convenzionali. Muovendosi in una tale ottica, non si possono che confermare le conclusioni cui era giunto Henry Labayle nel quadro del precedente Convegno SIDI dedicato alla materia, nel senso che il *diritto dell’immigrazione* continua a fondarsi sulla competenza *sovrana* degli *Stati*, in particolare quanto all’*ammissione* e all’*allontanamento* degli stranieri<sup>7</sup>. Quest’affermazione è corroborata dalle analisi, svolte nel corso del Convegno, delle politiche migratorie di alcuni importanti Stati di destinazione e dell’Unione europea<sup>8</sup>. Quanto all’ordinamento italiano, la Corte Costituzionale ha varie volte rilevato che “lo straniero non ha, di regola, un diritto acquisito di ingresso e di soggiorno in altri Stati”<sup>9</sup>.

<sup>5</sup> FERRAJOLI, *Dai diritti del cittadino ai diritti della persona*, in ZOLO (a cura di), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, p. 263 ss., pp. 288-289. Vedi anche FERRAJOLI, *La sovranità nel mondo moderno. Nascita e crisi dello Stato nazionale*, Roma-Bari, 1997.

<sup>6</sup> I.C.J., *South West Africa (Liberia v. South Africa)*, Judgment, ICJ Reports (1966) 6, p. 34, para 49-50.

<sup>7</sup> LABAYLE, *Conclusions générales*, in SIDI, XI Convegno, Roma, 17-18 giugno 2004, a cura di U. LEANZA, *Le migrazioni. Una sfida per il diritto internazionale comunitario e interno*, Napoli, 2005, alle pp. 567-568.

<sup>8</sup> Vedi FULLERTON, *A Settler Society Makes Its Own Rules*, cit.; D’ORSI, *South Africa, Land of Immigration? Legal and Policy Reflections*, in questo volume. Vedi anche sul punto, in questo volume, CATALDI, *La distinzione tra rifugiato e migrante economico: una dicotomia da superare?* Pur proponendo un diverso modello, l’A. rileva che “negli Stati di destinazione il visto d’ingresso è previsto per tutti i cittadini dei Paesi da cui provengono di solito i migranti” e sottolinea altresì che – come evidenziato da SCOVAZZI, *Human Rights and Immigration at Sea*, in RUBIO-MARIN (ed.), *Human Rights and Immigration*, Oxford, 2014, p. 212 ss. – l’immigrazione è un “diritto asimmetrico”: al diritto di ciascun essere umano di lasciare ogni Paese, compreso il suo (art. 13, par. 2, della Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo; art. 12, par. 2, del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966) non corrisponde un parallelo dovere di accoglimento da parte dello Stato di destinazione. Vedi anche SHAW, *International Law*, 8<sup>th</sup> ed., Cambridge, 2017, p. 625: “It is also unquestioned that a State may legitimately refuse to admit aliens, or may accept them subject to certain conditions being fulfilled”.

<sup>9</sup> Così, la Sentenza n. 244 del 1974. La Corte ha altresì precisato che “la regolamentazione dell’ingresso e del soggiorno dello straniero nel territorio nazionale è collegata alla ponderazione di svariati interessi pubblici, quali, ad esempio, la sicurezza e la sanità

La stessa Dichiarazione di New York per i rifugiati e i migranti, adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite al termine del vertice tenutosi il 19 settembre 2016, ancorché intrisa di considerazioni morali, riconosce che gli Stati hanno diritti e responsabilità quanto alla gestione e al controllo dei propri confini, incluso quello di adottare misure per prevenire gli attraversamenti irregolari, pur affermando che tali diritti debbano essere esercitati nel pieno rispetto delle norme internazionali, in particolare quanto alla tutela dei diritti fondamentali e ai rifugiati<sup>10</sup>. Non mi sembra dunque neppure possibile ritenere – come qui da altri autorevolmente sostenuto e al di là della condivisione o meno di un'aspirazione in tal senso – che il diritto internazionale vigente preveda una *presunzione* a favore di un diritto di ingresso in Stati diversi dal proprio<sup>11</sup>.

In linea di principio anche *l'allontanamento* degli stranieri rientra nella sovranità dello Stato, come riaffermato nell'art. 3 del *Progetto di articoli sull'espulsione degli stranieri* adottato nel 2014 dalla Commissione del diritto internazionale<sup>12</sup>, del quale l'Assemblea generale ha tenuto conto nella risoluzione 69/119 del 18 dicembre 2014<sup>13</sup>. Secondo la Commissione, tale diritto è “uncontested in practice as well as in case-law and writing” e costituisce “an inherent right of the State, flowing from its sovereignty”<sup>14</sup>. Tuttavia è evidente che nel caso di allontanamento di individui stranieri, che già si trovino sul territorio dello Stato in questione e abbiano sviluppato un qualche legame con la comunità terri-

pubblica, l'ordine pubblico, i vincoli di carattere internazionale e la politica nazionale in tema di immigrazione e tale ponderazione spetta in via primaria al legislatore ordinario, il quale possiede in materia un'ampia discrezionalità, limitata, sotto il profilo della conformità a Costituzione, soltanto dal vincolo che le sue scelte non risultino manifestamente irragionevoli” (vedi, per tutte, la sentenza n. 206 del 2006).

<sup>10</sup> UN General Assembly, Resolution 71/1, New York Declaration for Refugees and Migrants, para 24. Sulla Dichiarazione, vedi RUOZZI, *La Dichiarazione di New York del 2016 sui rifugiati e migranti fra aspetti giuridici e sociologici: una finta partenza nella gestione dei massive movements?*, in questo volume.

<sup>11</sup> GUILD, *The UN's Engagement with: Unsafe, Disorderly and Irregular Migration*, in questo volume. Si tratta di tesi da sempre presente in una parte minoritaria ma importante della letteratura internazionalistica, particolarmente sensibile ad esigenze solidaristiche, anche se variamente articolata nella individuazione delle comunque numerose eccezioni capaci di sovvertire la presunzione. Cfr. ad es. FIORE, *Il diritto internazionale codificato e la sua sanzione giuridica*, Torino, 1898, p. 140. Vedi al riguardo CALAMIA, *Ammissione e allontanamento degli stranieri*, Milano, 1980, p. 24 ss.

<sup>12</sup> A/CN.4/L.832, 2014 e *Report of the International Law Commission on its 66<sup>th</sup> Session*, A/69/10, p. 10.

<sup>13</sup> UN General Assembly, Resolution 69/119 del 18 dicembre 2014.

<sup>14</sup> Per la relativa prassi internazionale cfr., in particolare, *Third Report on the Expulsion of Aliens*, by Maurice Kamto, *Special Rapporteur.*, doc. A/CN.4/581, 19 April 2077, § 8 ss.

toriale, alcune garanzie minime devono essere riconosciute all'individuo. In particolare, la dottrina maggioritaria delinea, in virtù di un esame accurato della prassi diplomatica e delle decisioni giudiziarie ed arbitrali, due ordini di limitazioni alla libertà dello Stato di espellere gli stranieri. Un primo ordine di limiti concerne i presupposti che vengono a fondare il provvedimento di espulsione. Così, si afferma che il diritto internazionale generale richiede che l'espulsione sia *motivata* e, secondo alcuni, che si basi su di una ragione convincente. Da alcuni precedenti si ricava altresì la condizione per cui l'espulsione deve essere decisa in conformità con la legge nazionale. In altre parole, il diritto consuetudinario vieterebbe le espulsioni "arbitrarie"<sup>15</sup>. Sono del pari proibite le espulsioni *collettive* degli stranieri. Il divieto di espulsioni collettive è formulato in diversi trattati internazionali, sia sul piano universale che regionale<sup>16</sup>, e può ritenersi ormai parte del diritto internazionale generale o quanto meno, come si è sostenuto in questo Convegno, oggetto di una norma consuetudinaria *regionale* applicabile tra gli Stati europei<sup>17</sup>.

Un secondo ordine di limitazioni attiene alle concrete modalità attraverso cui viene eseguito il provvedimento di espulsione. Si ritiene infatti che le modalità di espulsione non possano in alcun caso violare elementari *standard* di umanità<sup>18</sup>. In ogni caso, i provvedimenti di espulsione non possono determinare la violazione di altre norme di diritto internazionale generale, segnatamente di norme a tutela dei diritti fondamentali della persona. Ne consegue, oltre al divieto di espulsioni che integrino una discriminazione in base alla c.d. razza, l'assoluta illiceità di comportamenti che determinino l'allontanamento di un individuo verso uno Stato nel quale potrebbe essere sottoposto a tortura o altro trattamento inumano o degradante, divieto affermato sul piano pattizio dall'art. 3 della Convenzione delle Nazioni Unite sulla tortura ma da ritenere parte del diritto consuetudinario nonché di quello cogente. Tali principi risultano accolti nel ricordato *Progetto di articoli sull'espulsione degli stranieri* adottato dalla Commissione del diritto internazionale.

<sup>15</sup> Nella dottrina italiana, vedi già CALAMIA, cit., pp. 33-35; NASCIBENE, *Il trattamento dello straniero nel diritto internazionale ed europeo*, Milano, 1984, p.221 ss.

<sup>16</sup> Nel quadro del sistema della Convenzione europea sui diritti dell'Uomo, le espulsioni collettive sono espressamente vietate dall'art. 4 del Protocollo n. 4 alla Convenzione. Su tale disposizione, e sull'interpretazione che ne è stata data nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo, vedi il contributo di SACCUCCI, *Il divieto di espulsioni collettive di stranieri in situazioni di emergenza migratoria*, in questo volume.

<sup>17</sup> Al riguardo, vedi ancora il contributo di SACCUCCI, in questo volume.

<sup>18</sup> *Locus classicus* è il caso del *Dr. Breger* (1961), in WHITEMAN, *Digest of International Law*, Vol. 8, 1967, p. 861 ss.

In definitiva, l'ammissione e l'allontanamento degli stranieri rientrano tuttora nelle competenze degli Stati, ma la sovranità di questi ultimi non è evidentemente più assoluta, risultando limitata in maniera crescente dal diritto internazionale, generale e pattizio, soprattutto nel campo dei diritti umani<sup>19</sup>. Considerando l'intreccio tra le politiche di gestione delle migrazioni e la tutela dei diritti fondamentali nonché il consolidarsi di alcune norme di diritto internazionale generale specificatamente inerenti alla materia stessa (e.g., l'obbligo di *non refoulement*) sembra oggi dubbia l'affermazione, in ogni caso diffusa<sup>20</sup>, per cui l'ammissione e l'allontanamento degli stranieri permarrebbero all'interno del dominio riservato degli Stati<sup>21</sup>.

Anche l'istituto della *cittadinanza* statale appare lontano dall'esser superato, pur se lo sviluppo del diritto internazionale ha certamente attenuato la sua rilevanza a misura dell'ampliamento della sfera dei diritti umani ritenuti fondamentali, e come tali da riconoscere a tutti, indipendentemente dalla nazionalità dell'interessato. Più in particolare, è innegabile che nel diritto dell'Unione europea, e in altri ordinamenti rispondenti al modello dello Stato liberale di diritto, gli stranieri residenti godano ormai in larga parte di un trattamento giuridico analogo a quello dei cittadini nazionali (o dell'UE), in virtù di un'ampia affermazione del principio di non discriminazione<sup>22</sup>.

Permangono pur tuttavia situazioni strettamente legate allo *status civitatis*. Oltre a quanto sopra osservato riguardo al diritto del cittadino

<sup>19</sup> Così, nel mondo attuale suonerebbero probabilmente eccessive le note conclusioni del *Privy Council* britannico nel caso *Attorney General for Canada v. Cain* (1906), secondo cui "one of the rights possessed by the supreme power in every State is the right to refuse to permit an alien to enter that State, to annex what conditions it pleases to the permission to enter it, and to expel or deport from the State, at pleasure, even a friendly alien, especially if it considers his presence in the State as opposed to its peace, order and good government, or to its social or material interests" 1096 A.C. 542.

<sup>20</sup> Vedi ad es. BRANDL, *Emigration*, in MPEPIL, *ad vocem*, para. 12.

<sup>21</sup> Ciò anche accogliendo una concezione giuridica di dominio riservato, nel senso delineato da CONFORTI, FOCARELLI, *Le Nazioni Unite*, XI ed., Padova, 2017, p. 179 ss. A parere di questi ultimi autori, del resto, il limite del dominio riservato è venuto ormai meno in riferimento a tutti "i rapporti in cui venga in qualche modo in rilievo la persona umana e la sua dignità" (p. 191).

<sup>22</sup> Vedi in questo volume, riguardo al diritto alla salute, ANGELERI, *Healthcare of Undocumented Migrants Framed as a Right to Emergency Treatment? The State of the Art in European and International Law* nonché l'interessante discussione relativa al diritto all'istruzione, e alla necessità di intendere lo stesso come esteso anche all'istruzione superiore, in GILCHRIST, *Higher Education as a Human Right and the Refugee Crisis*.

di risiedere nel proprio Stato, è naturale il riferimento ai diritti politici<sup>23</sup>. Ugualmente, dipende ancora essenzialmente dalla cittadinanza statale l'istituto della protezione diplomatica<sup>24</sup>. Le vicende relative alla terribile morte di Giulio Regeni ne forniscono una triste conferma. I passi pur intrapresi dal Regno Unito, Stato di lunga residenza del giovane italiano<sup>25</sup>, e dall'Unione europea<sup>26</sup> non hanno certo fugato l'impressione che il peso effettivo della richiesta di verità sia rimasto tutto sulle spalle dell'Italia (al di là di ogni considerazione sull'adeguatezza di quanto fatto dalle autorità nazionali). Le deboli iniziative prese a livello europeo hanno portato anche a un ridimensionamento delle aspettative suscitate dal rafforzamento della proiezione internazionale dell'Unione europea e della c.d. dimensione esterna della cittadinanza europea.

## 2. Una sovranità condizionata dal diritto internazionale: il ruolo dei giudici nazionali

Ancora oggi, dunque, la gestione del fenomeno delle migrazioni è essenzialmente affidata agli Stati. Un superamento di tale modello, oltretutto come appena visto al momento non realisticamente configurabile alla luce della prassi, non sembra neppure del tutto opportuno, come tra l'altro evidenziato dalla perdurante incapacità delle organizzazioni inter-

<sup>23</sup> Vedi in materia CASOLARI, *La partecipazione dello straniero alla vita pubblica dello Stato ospitante*, in CALAMIA, DI FILIPPO, GESTRI (a cura di), *Immigrazione, Diritto e Diritti: profili internazionalistici ed europei*, Padova, 2012, p. 387 e ss.

<sup>24</sup> DOMINELLI, *La protezione diplomatica del rifugiato nei 2006 Draft Articles della Commissione di diritto internazionale: criticità e possibili proposte*, in questo volume.

<sup>25</sup> Vedi la risposta del Governo britannico a una petizione presentata da migliaia di persone al Parlamento: <https://petition.parliament.uk/archived/petitions/120832>.

<sup>26</sup> Vedi da ultimo la risposta data il 15 dicembre 2017 dall'AR/VP della Commissione europea Federica Mogherini all'interrogazione parlamentare del 19 settembre 2017 di I. Del Monte (E-005820/2017), a' termini della quale "l'AR/VP ha costantemente esortato le autorità egiziane a far luce sulle circostanze della morte di Giulio Regeni e ad assicurare i responsabili alla giustizia, come espresso chiaramente nella dichiarazione dell'UE per il Consiglio di associazione UE-Egitto e nella dichiarazione dell'UE presentata come punto 4 del Consiglio dei diritti umani tenutosi a Ginevra nel settembre 2017". Vedi anche la Risoluzione del Parlamento europeo del 10 marzo 2016 sull'Egitto, in particolare il caso di Giulio Regeni, P8\_TA(2016)0084. Si possono trovare tracce di una più incisiva azione comune degli Stati europei in anni passati, prima dell'istituzione della cittadinanza dell'Unione. Nel 1989 i ministri degli esteri degli Stati membri, nel quadro della Cooperazione politica europea, adottarono nei confronti dell'Iran la misura del richiamo congiunto degli ambasciatori, a seguito delle minacce di morte a carico di Salman Rushdie. Vedi la Dichiarazione congiunta del 20 febbraio 1989, in *Bollettino delle Comunità europee*, Volume 22, p. 38.

nazionali esistenti, almeno per quanto riguarda quelle universali, di assumere misure efficaci per fronteggiare adeguatamente questo problema, come altre questioni di natura globale<sup>27</sup>. Il modello di gestione che occorre realizzare è piuttosto un sistema fondato sullo *Stato di diritto*, nel quale sia assicurata la legittimità, interna e internazionale, di ogni decisione assunta dalle autorità competenti, senza “buchi neri”<sup>28</sup>.

Un ruolo fondamentale al fine di assicurare il rispetto di tali limiti spetta naturalmente ai giudici nazionali, anche per quanto riguarda le norme di origine internazionale, come magistralmente ricordato da Benedetto Conforti. Pur con qualche ombra, l’apporto delle corti nazionali, anche nella *subiecta materia*, sembra confermato dai lavori della sessione del Convegno dedicata ad una comparazione tra le politiche migratorie di alcuni importanti Stati di destinazione e dell’Unione europea. È bensì vero che un quadro piuttosto negativo, riguardo all’impatto del diritto internazionale sulle misure interne, è emerso dal contributo di Linda Kirk sulle politiche migratorie dell’Australia nonché da quello di Maryellen Fullerton sulla prassi degli Stati Uniti<sup>29</sup>. Ambedue le relazioni hanno peraltro evidenziato come, in un contesto di limitati riferimenti alle norme internazionali, la Convenzione di Ginevra del 1951 sui rifugiati costituisca comunque un punto sicuro di riferimento per le rispettive legislazioni e per le decisioni dei giudici interni<sup>30</sup>.

A tale proposito, un dato che è emerso con chiarezza da questo Convegno è la perdurante centralità della Convenzione di Ginevra del 1951 sui rifugiati<sup>31</sup>. Nonostante si tratti di uno strumento che si avvia

<sup>27</sup> Vedi anche SCIORTINO, *Le tensioni inevitabili del regime europeo dell’asilo*, in questo volume, il quale rileva come il sistema di controllo statale fondato su “confini, passaporti, visti e permessi di soggiorno... è, di fatto, la premessa implicita del funzionamento delle istituzioni politiche degli stati democratici. Sarebbe difficile concepire una comunità politica democratica che non operi sulla base di una definizione stabile dei confini della stessa comunità”.

<sup>28</sup> Celebre la riaffermazione dei principi dello stato di diritto, anche di fronte alle emergenze più gravi, in Supreme Court of Israel, HCJ 769/02 [2006] *The Public Committee Against Torture in Israel et. al. v. The Government of Israel et. al.*: “there always exists a law that the State is liable to follow. Black holes do not exist (para 61).

<sup>29</sup> FULLERTON, *A Settler Society Makes Its Own Rules*, cit.

<sup>30</sup> Dal contributo di FULLERTON, cit., emerge in particolare come dall’adozione, nel 1980, del *Refugee Act* si sia assistito a un ordinato inserimento negli Stati Uniti di un gran numero di rifugiati, sia grazie allo *Overseas Resettlement Programme* che in virtù dell’applicazione ai richiedenti asilo nel territorio delle norme dello stesso *Refugee Act*, in ogni caso modellate sulla Convenzione di Ginevra del 1951 e sostanzialmente interpretate alla luce della stessa dalle Corti americane. L’A. sottolinea anche una piena effettiva applicazione del divieto di *refoulement* ai sensi della Convenzione contro la tortura.

<sup>31</sup> Il punto è stato sottolineato con molta efficacia, tra gli altri, dal Presidente della sessione finale, NASCIBENE.

verso i settanta anni di età, e del quale in molti auspicano una sostanziale riforma<sup>32</sup>, la Convenzione si rivela tuttora capace di incidere in maniera significativa sulle competenze statali, grazie all'interpretazione evolutiva che ne viene generalmente data dalle corti internazionali e interne, anche su impulso dell'Alto Commissariato. In Sud Africa, per esempio, una importante sentenza adottata il 29 novembre 2011 dalla *Supreme Court of Appeal* nel caso *Bula* ha stabilito l'impossibilità per le autorità pubbliche di trattare un richiedente asilo, ancorché sprovvisto di visto, come un mero straniero irregolare e il conseguente dovere di valutare la sua situazione personale alla luce delle legge sudafricana del 1998 sui rifugiati (*Refugees Act*), che si ispira alla Convenzione del 1951<sup>33</sup>.

Con riguardo agli Stati Uniti, forti timori sono stati espressi quanto agli sviluppi legislativi, oltretutto nella prassi, successivi all'elezione del Presidente Trump<sup>34</sup>. Più in particolare, un acceso dibattito è stato suscitato dall'adozione, da parte della Presidenza, di alcuni ordini esecutivi, e da ultimo di un Proclama, volti a vietare l'ingresso negli USA dei cittadini di alcuni Stati. Un primo *executive order* (n. 13769 del 27 gennaio 2017) stabiliva un generale divieto d'ingresso per i cittadini di sette Stati, per un periodo di novanta giorni, nonché la sospensione, per 120 giorni, del Programma di ammissione negli USA dei rifugiati. Il bando agli ingressi ha suscitato aspre reazioni sul piano politico e giuridico, sia a livello interno che internazionale; tra le altre cose, gli oppositori hanno affermato che il bando, rivolto a Stati a maggioranza musulmana, tradiva intenti discriminatori sul piano religioso. In ogni caso, l'applicazione dell'ordine 13769 è stata immediatamente sospesa da provvedimenti giurisdizionali adottati in via cautelare dalle Corti federali<sup>35</sup>. Il 6 marzo è stato quindi adottato un nuovo *executive order* (13780)<sup>36</sup>, contenente alcune minori modifiche rispetto al primo e comunque diretto a vietare gli ingressi dei cittadini di sei Stati per novanta giorni. Anche l'applicazione di tale secondo ordine è stata sospesa da alcune Corti distrettuali, sospensione in parte revocata dalla Corte Suprema, con un'ordinanza del

<sup>32</sup> LENZERINI, *Sixty-Five Years and It Shows Them All: Proposals for Amending the 1951 Convention relating to the Status of Refugees*, in *Italian Yearbook of International Law*, 2015, p. 55 ss.

<sup>33</sup> *Bula and Others v Minister of Home Affairs and Others* (589/11) [2011] ZASCA 209, punto 72. Vedi al riguardo, D'ORSI, *South Africa, Land of Immigration*, cit.

<sup>34</sup> Vedi il contributo di FULLERTON, cit.

<sup>35</sup> Vedi, al riguardo, LIGUORI, *Il Muslim Ban di Trump alla luce del diritto internazionale*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2017, p. 173 ss.

<sup>36</sup> Consultabile su: <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/executive-order-protecting-nation-foreign-terrorist-entry-united-states-2/>.

26 giugno 2017<sup>37</sup>. Quindi, il 24 settembre 2017, il Presidente Trump ha emesso, sulla base dell'*executive order* 13780, il Proclama 9645 che esclude a tempo indeterminato il rilascio di visti o l'ammissione negli Stati Uniti, salvo eccezioni o deroghe rilasciate su base individuale, nei riguardi dei cittadini di otto Stati (Ciad, Iran, Libia, Somalia, Siria, Yemen, Corea del Nord, Venezuela)<sup>38</sup>. Pure quest'ultimo provvedimento ha dato luogo a un articolato contenzioso di fronte alle corti federali, ed è stato oggetto di un'ulteriore ordinanza di sospensione, disposta in via cautelare dalla *U.S. District Court for the District of Hawaii* il 17 ottobre 2017, in parte revocata dalla Corte d'Appello Federale il 22 dicembre 2017<sup>39</sup>.

Per quanto concerne le procedure di fronte alle corti federali, il dibattito sulla legittimità dei provvedimenti sopra citati si è essenzialmente svolto in riferimento a profili di diritto interno. La questione centrale era infatti stabilire se il Presidente si fosse mantenuto nei limiti delle autorità a lui delegate dal Congresso, quanto alla gestione della migrazione e asilo. In ogni caso, le decisioni fino a questo punto adottate contengono elementi di interesse, tra l'altro, per aver riaffermato che l'*esercizio dell'autorità* del Presidente è soggetta a *controllo di legittimità* anche nelle materie dell'immigrazione e della protezione della sicurezza nazionale<sup>40</sup>. Con particolare riferimento all'ordinanza della Corte d'Appello Federale del 22 dicembre 2017, si può rilevare come tra gli elementi che hanno fondato le censure di illegittimità vi sia la violazione, da parte dei provvedimenti presidenziali, del divieto di *discriminazione* in base alla *nazionalità*, sancito dall'*Immigration and Nationality Act*. Tale divieto è affermato anche in numerosi strumenti internazionali, ma è interpretato nella decisione ricordata in maniera ampia, nel senso di proibire nel quadro del processo di rilascio dei visti ogni *discriminazione* tra individui sulla base della *cittadinanza* nazionale, anche indipendentemente da pregiudizi legati all'origine etnica o alla religione<sup>41</sup>.

<sup>37</sup> L'ordinanza si può trovare su: [https://www.supremecourt.gov/opinions/16pdf/16-1436\\_16hc.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/16pdf/16-1436_16hc.pdf).

<sup>38</sup> Per il testo del Proclama vedi: <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/presidential-proclamation-enhancing-vetting-capabilities-processes-detecting-attempted-entry-united-states-terrorists-public-safety-threats/>

<sup>39</sup> *US Court of Appeals for the Ninth Circuit, Case No. 17-17168, Hawaii v. Trump, Order, 22 December 2017.*

<sup>40</sup> Cfr. LIGUORI, *Il Muslim Ban*, cit., p. 175.

<sup>41</sup> *US Court of Appeals for the Ninth Circuit, Case No. 17-17168, Hawaii v. Trump.*

### 3. Il ruolo delle corti europee, tra interpretazioni evolutive e fughe dal diritto

Ricordato l'essenziale apporto dei giudici interni ai fini dell'applicazione delle norme internazionali, è superfluo sottolineare l'importanza del ruolo assunto *in subiecta materia* dalle corti europee. È noto infatti come l'ampia interpretazione data al principio del *non refoulement*, in particolare dalla Corte europea dei diritti dell'Uomo ma anche dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea, abbia portato a configurare nella sostanza un obbligo dello Stato territoriale di ammettere, quanto meno temporaneamente, un richiedente asilo (o altra forma di protezione internazionale), dato che l'ammissione è generalmente l'unica alternativa a cui lo Stato può ricorrere al fine di evitare un illecito respingimento<sup>42</sup>.

Più in particolare, conseguenze pratiche relevantissime ha avuto la giurisprudenza che ha esteso la sfera d'applicazione dell'obbligo di non respingimento, al di là delle ipotesi relative a individui già *presenti* nel territorio dello Stato interessato o che quanto meno si trovino *alle frontiere*, includendo anche i comportamenti tenuti da navi di Stato in alto mare allo scopo di prevenire ingressi irregolari (c.d. respingimenti in mare). La nota sentenza della Corte di Strasburgo sul caso *Hirsi Jamaa*<sup>43</sup> ha in effetti determinato una generale riconsiderazione delle strategie seguite dal nostro Paese riguardo al controllo degli sbarchi dalla Libia, in precedenza fondate sulla politica del "riaccompagnamento" delle persone salvate o intercettate in mare verso lo Stato di partenza, in base ad accordi di rimpatrio conclusi con quest'ultimo<sup>44</sup>.

Negli ultimi tempi, sia l'Unione europea che gli Stati membri hanno sviluppato una politica fondata sulla conclusione di accordi o intese di più ampio respiro volti a realizzare cogli Stati di origine e di transito forme strutturate di partenariato, al fine di limitare i movimenti irregolari

<sup>42</sup> Vedi, per tutti, HATHAWAY, *The Rights of Refugees under International Law*, Cambridge, 2005, p. 301.

<sup>43</sup> Vedi Corte europea dei diritti dell'Uomo, *Hirsi Jamaa and Others v. Italy*, Application no. 27765/09, 23 febbraio 2012. La sentenza è stata generalmente accolta con favore in dottrina. Vedi, *ex multis*, LIGUORI, *La Corte europea dei diritti dell'uomo condanna l'Italia per i respingimenti verso la Libia del 2009: il caso Hirsi*, RDI, 2012, p. 415 ss. Vedi però anche RONZITTI, *Introduzione al diritto internazionale*, V ed., Torino, 2016, p. 367 ("la sentenza non può non suscitare perplessità").

<sup>44</sup> CAFFIO, *La dimensione marittima della sicurezza migratoria. L'esperienza italiana nel contrasto del traffico dei migranti nel Mediterraneo*, in QUERCIA (a cura di), *Questioni di sicurezza migratoria nei flussi dall'Africa orientale al Mediterraneo centrale*, Roma, 2017, p. 85.

di persone<sup>45</sup>. Proprio con particolare riferimento a tali intese, molti, anche in questo Convegno, hanno invocato una rigorosa applicazione delle norme a tutela dei diritti dei migranti e richiedenti asilo, anche rispetto a comportamenti tenuti da organi degli Stati o dell'Unione nel *territorio* di tali *Stati terzi*. Ciò sia attraverso un'interpretazione ampia della nozione di giurisdizione, in particolare *ex art. 1 CEDU*, in riferimento a casi in cui detti organi *gestiscano direttamente* fasi delle procedure per la valutazione della posizione dei migranti e richiedenti asilo; sia attraverso l'applicazione della nozione di *responsabilità condivisa* in riferimento alle situazioni in cui organi di Stati membri o dell'Unione prestino la propria collaborazione in attività svolte da Stati terzi (e.g., operazioni congiunte di controllo delle acque interne o territoriali; partecipazione di funzionari di Stati membri o dell'UE a procedure espletate *in subiecta materia* nello Stato membro)<sup>46</sup>. Peraltro, si giunge a delineare per quegli stessi Stati, e per l'Unione europea, una ipotesi di responsabilità internazionale in caso di violazione dei diritti dei migranti anche in conseguenza di condotte perpetrate dalle autorità locali degli Stati di origine e di transito, mediante l'applicazione della nozione di complicità nella commissione di un fatto illecito<sup>47</sup>.

Sviluppi nella direzione sopra indicata, nel quadro del diritto dell'Unione europea e comunque sulla base di argomentazioni differenti da quelle testé richiamate, sembravano poter derivare dal caso *X e X c Belgio*<sup>48</sup>, sottoposto in via pregiudiziale alla Corte di Giustizia. Ciò in particolare alla luce delle conclusioni presentate dall'Avvocato generale Paolo Mengozzi. Questi aveva invitato la Corte a riconoscere l'applicabilità della Carta dei diritti fondamentali, e in particolare delle norme di cui agli artt. 4 e 18 e dell'obbligo di *non refoulement*, in un caso in cui le autorità belghe erano state incaricate dell'esame di una do-

<sup>45</sup> DE VITTOR, *Responsabilità degli Stati e dell'Unione europea nella conclusione e nell'esecuzione di 'accordi' per il controllo extraterritoriale della migrazione* e DI STASSIO, *Le recenti misure dell'Unione europea per uscire dalla crisi migratoria: criticità irrisolte e prospettive future* in questo volume.

<sup>46</sup> DE VITTOR, *Responsabilità degli Stati e dell'Unione*, cit. Vedi anche LIGUORI, *Some Observations on the Legal Responsibility of States and International Organizations in the Extraterritorial Processing of Asylum Claims*, in *Italian Yearbook of International Law*, 2015, p. 135 ss.

<sup>47</sup> DE VITTOR, *Responsabilità*, cit. Al riguardo, vedi già, in generale, CALAMIA, *Ammissione*, cit., p. 36 ss.

<sup>48</sup> Corte di Giustizia, 7 marzo 2017, *X e X c Belgio*, C-638/16 PPU, ECLI:EU:C:2017:173. Vedi il commento di RAIMONDO in SIDIBlog, 1° maggio 2017, <http://www.sidiblog.org/2017/05/01/visti-umanitari-il-caso-x-e-x-contro-belgio-c%E2%80%919163816-ppu/>.

manda di visto umanitario<sup>49</sup>, presentata presso il consolato del Belgio in Libano da una coppia siriana. In base a tale presupposto, l'Avvocato generale aveva sollecitato la Corte ad affermare "un obbligo positivo a carico degli Stati membri" di rilasciare siffatto visto quando sussistano motivi gravi e dimostrati di ritenere che un diniego potrebbe esporre le persone in cerca di protezione internazionale al rischio di tortura o a trattamenti inumani o degradanti. La Grande sezione della Corte non ha peraltro accolto tale orientamento: essa ha ritenuto che una domanda di visto umanitario, ancorché presentata formalmente in base all'art. 25 del Codice dei visti, non rientri nell'ambito d'applicazione di tale normativa quando sia stata fatta con l'intenzione di presentare, al momento dell'arrivo nello Stato interessato, una domanda di protezione internazionale e, pertanto, al fine di soggiornare in detto Stato membro più di 90 giorni su un periodo di 180 giorni. In sostanza, secondo la Corte ci troveremmo in tal caso di fronte a una domanda di visto o titolo di soggiorno di lunga durata, in quanto tale non rientrante nella sfera di applicazione del diritto dell'Unione europea ma soggetta unicamente al diritto nazionale. Diversi commentatori hanno espresso la propria delusione nei riguardi della sentenza, sostenendo che la Corte di giustizia avrebbe scelto un approccio formalistico alla questione, che le avrebbe in definitiva consentito di non decidere, "lavandosi le mani" del problema<sup>50</sup>. Si tratta di affermazioni in questo caso probabilmente eccessive, dato che il ragionamento dei giudici di Lussemburgo pare in linea col quadro normativo esistente<sup>51</sup>.

Per altro verso, non si deve dimenticare che, sebbene alla luce della sentenza in oggetto non sia possibile ricavare dal diritto dell'Unione europea un obbligo dello Stato interessato di rilasciare un visto umanitario, lo Stato può comunque concederlo in base alle norme nazionali<sup>52</sup>. Esiste del resto una significativa prassi di rilascio di visti umanitari a persone bisognose di protezione internazionale. Di particolare interesse i programmi per l'apertura di "corridoi umanitari", cioè di procedure per l'ingresso legale e sicuro di richiedenti protezione internazionale, realiz-

<sup>49</sup> Ai sensi dell'articolo 25, paragrafo 1, lettera a), del c.d. Codice dei visti dell'Unione europea.

<sup>50</sup> Oltre a RAIMONDO, cit., vedi nello stesso senso RICCI, *I "corridoi umanitari" aperti grazie a sponsor privati: quale base giuridica in Europa?* in questo volume.

<sup>51</sup> Nello stesso senso, FAVILLI, *Visti umanitari e protezione internazionale: così lontani, così vicini*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2017, p. 553 e ss., la quale rileva tuttavia come la Corte abbia perso un'occasione per "inviare un monito" alle istituzioni europee e agli Stati membri sull'insoddisfacente applicazione delle norme sui diritti fondamentali in materia.

<sup>52</sup> Il punto è messo in luce anche da FAVILLI, *Visti umanitari*, p. 553 e ss.

zate in Italia (e in altri Stati europei) con la collaborazione di organizzazioni religiose o più in generale di sponsor privati. Programmi che, come evidenziato nel corso di questo Convegno, costituiscono un “modello virtuoso” che occorrerebbe sviluppare e che la sentenza *X e X c. Belgio* non preclude affatto<sup>53</sup>.

Al di là del caso appena riportato, è indubbio che di fronte alla gravità dell'emergenza migratoria si siano manifestati episodi, o tentativi, di “fuga dal diritto”<sup>54</sup>, non solo da parte degli Stati ma anche da parte di corti sovranazionali. Emblematico il caso relativo alla Dichiarazione UE-Turchia del 28 marzo 2016<sup>55</sup>, con cui sono state adottate una serie di misure al fine di contrastare il traffico di migranti, e più in generale la migrazione irregolare nel Mar Egeo. La natura dell'atto è stata oggetto di diverse ricostruzioni in dottrina, alcuni ritenendo lo stesso un vero e proprio accordo, altri qualificandolo invece come strumento politico non vincolante. Da molte parti si è anche sostenuto che l'adozione della Dichiarazione avrebbe comportato infrazioni al diritto dell'Unione europea, in particolare all'art. 218 TFUE rispetto alle prerogative del Parlamento europeo<sup>56</sup>, e soprattutto che la sua applicazione potrebbe determinare violazioni delle norme internazionali ed europee sul divieto del *non refoulement* e dei respingimenti collettivi<sup>57</sup>. I giudici dell'Unione europea hanno ben presto avuto l'opportunità di pronunciarsi su tali punti. Senonché, con tre ordinanze di identico tenore adottate il 28 febbraio 2017, il Tribunale dell'Unione europea si è dichiarato incompetente riguardo a tre ricorsi *ex art. 263 TFUE*, proposti da due cittadini pachistani e da un cittadino afgano nei confronti della Dichiarazione. Ciò in particolare in quanto la Dichiarazione, indipendentemente dalla sua natura giuridica, non sarebbe, a dispetto del titolo riportato sul sito del Consiglio, imputabile all'Unione ma agli Stati membri. Come rilevato da più parti, le ordi-

<sup>53</sup> Vedi ancora RICCI, cit., che rileva peraltro come, a seguito della sentenza, occorrerebbe rivedere le norme dei Protocolli conclusi in materia dal Governo italiano che richiamano l'art. 25 del Codice visti quale quadro di riferimento per la concessione dei visti umanitari.

<sup>54</sup> TOVO, *Il Consiglio europeo in tempo di crisi: dall'involuzione istituzionale all'unità nella frammentazione*, SIDI Blog, 8 maggio 2017.

<sup>55</sup> Vedi <http://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2016/03/18/eu-turkey-statement/>.

<sup>56</sup> Vedi in particolare CANNIZZARO, *Disintegration Through the Law?*, in *European papers*, Vol. 1, 2016, No 1, pp. 3-6, <http://europeanpapers.eu/en/e-journal/disintegration-through-law>. M. GATTI, *La dichiarazione UE-Turchia sulla migrazione: un trattato concluso in violazione delle prerogative del Parlamento?*, in *Eurojus.it* rivista, <http://rivista.eurojus.it/la-dichiarazione-ue-turchia-sulla-migrazione-un-trattato-concluso-in-violazione-delle-prerogative-del-parlamento/>.

<sup>57</sup> Il punto è trattato da SACCUCCI, cit., in questo volume.

nanze, oltre a suscitare dubbi sulla corretta interpretazione di diverse norme e principi del diritto dell'Unione europea, sembrano denotare un atteggiamento pilatesco del Tribunale, la malcelata volontà di evitare di pronunciarsi su di una questione di tale delicatezza politica.<sup>58</sup> Altri hanno parlato di un assoggettamento del sistema giurisdizionale europeo alle ragioni della *realpolitik*, ponendo più in generale il seguente interrogativo: "whether realism is the appropriate ingredient that a court of justice must include in its recipe, in particular when fundamental rights of individuals are potentially at stake".<sup>59</sup>

È difficile dissentire da siffatte notazioni in riferimento alle citate ordinanze del Tribunale, che usano argomenti addirittura paradossali per supportare le proprie conclusioni. Ed è indubbio che il tentativo di porsi *al di fuori del diritto*, al fine di agevolare la soluzione di problemi politici, appare del tutto inaccettabile. *A fortiori* è da condannare senza riserve il tentativo di *piegare il diritto* in nome della *realpolitik*, soprattutto quando siano in gioco diritti fondamentali. C'è però da chiedersi se una qualche misura di realismo, intesa quale consapevolezza delle relazioni tra le astratte norme giuridiche e la realtà sociale e delle conseguenze pratiche delle decisioni prese, non debba comunque informare *la concreta interpretazione del diritto*. Il punto sarà esaminato nel paragrafo seguente.

#### 4. Emergenze migratorie e tutela dei diritti fondamentali

Nel titolo di questo Convegno si richiama la nozione di *emergenza* in riferimento al fenomeno delle migrazioni, avendo di certo in mente soprattutto il quadro attuale nel Mediterraneo, e si pone la questione di un superamento della stessa, mediante l'elaborazione di soluzioni ordinarie di gestione dei movimenti di persone attraverso le frontiere. Sotto il profilo giuridico, la qualificazione nei termini di emergenza della situazione in corso nel Mediterraneo può assumere rilevanza sotto diversi profili.

In primo luogo, è da rilevare come la crisi migratoria in corso nel Mediterraneo abbia determinato l'adozione di misure da parte del Consi-

<sup>58</sup> Vedi già, in tal senso, la lezione tenuta da VILLANI, *L'integrazione europea a sessant'anni dai Trattati di Roma*, tenuta il 2 maggio 2017 presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Modena e Reggio Emilia.

<sup>59</sup> CANNIZZARO, *Denialism as the Supreme Expression of Realism – A Quick Comment on NF v. European Council*, in *European Papers*, Vol. 2, 2017, No 1, *European Forum, Insight* of 15 March 2017, pp. 251-257.

glio di sicurezza delle Nazioni Unite, ai sensi del Capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite. Si intende in particolare fare riferimento alla Risoluzione 2240(2015) del 9 ottobre 2015, e a quelle successive<sup>60</sup>, le quali hanno definito un quadro giuridico che ha consentito all'operazione marittima dell'Unione europea EUNAVFOR MED (Operazione Sophia) d'operare anche mediante poteri coercitivi in alto mare, al fine di combattere il traffico di migranti e la tratta di esseri umani di fronte alle coste libiche<sup>61</sup>. La Risoluzione 2240 non indica espressamente alcuna delle situazioni che, ai sensi dell'articolo 39 della Carta, consentono al Consiglio di operare in base al Capitolo VII. Ad ogni modo, il ricorso a tale Capitolo è stato giustificato in virtù dell'obiettivo di mettere fine al traffico di migranti e alla tratta di persone e al pericolo che ne consegue per le vite umane. Il testo complessivo della Risoluzione, così come il contesto, chiariscono che il Consiglio ha fondato la propria decisione sulla premessa che la situazione corrente nel Mediterraneo costituisce una eccezionale "tragedia umanitaria", in considerazione del numero di persone che hanno perso la vita, tragedia che risulta peraltro favorita dalle attività svolte dai trafficanti<sup>62</sup>. Tale idea è stata ripetutamente sottolineata negli interventi in Consiglio di diversi Stati membri, dopo l'adozione del testo, tra i quali la Russia e diversi Stati africani<sup>63</sup>; essa risulta ampiamente condivisa nella Comunità internazionale<sup>64</sup>, come provato tra l'altro dal numero di Stati che in seno all'Assemblea generale delle Nazioni Unite hanno sottolineato la gravità dell'attuale crisi migratoria nel Mediterraneo, esacerbata dalle attività criminali dei trafficanti<sup>65</sup>. Alla luce di ciò,

<sup>60</sup> Risoluzione 2380(2017) del 5 ottobre 2017.

<sup>61</sup> GESTRI, *EUNAVFOR MED: Fighting Migrant Smuggling under UN Security Council Resolution 2240 (2015)*, in *Italian Yearbook of International Law*, 2015, p. 21 ss.

<sup>62</sup> Ivi, pp. 28-31. Nel primo paragrafo del preambolo della Risoluzione 2240(2015) il Consiglio di Sicurezza richiama "its press statement of 21 April on the *maritime tragedy* in the Mediterranean Sea" (corsivo aggiunto).

<sup>63</sup> Russia ("we supported resolution 2240(2015) on combatting illegal migration in the Mediterranean, aware of the scale of the tragedy and the need for measures to be taken to save human lives"), doc. S/PV.7531, 9 ottobre 2015, p. 6; Nigeria ("the resolution seeks to address the menace of migrant smuggling and human trafficking in the Mediterranean, which has developed into a grave humanitarian crisis"), *ibid.*, p. 9; Libya ("we recognize the grave threat to international peace and security posed by the smuggling and trafficking of migrants"), *ibid.*, p. 10.

<sup>64</sup> Vedi anche *Press statement of the African Union Peace and Security Council*, 27 aprile 2015: "the prevailing anarchy in Libya has facilitated the activities of criminal networks involved in human trafficking towards Europe, leading to the loss of countless human lives" (African Union doc. PSC/PR/COMM.1(D)).

<sup>65</sup> UN General Assembly, Meetings Coverage, 20 November 2015, GA/11729: "Speakers in General Assembly Call for Comprehensive, Long-Term Approach to Tack-

le risoluzioni adottate dal Consiglio di sicurezza al fine di rendere possibili le attività dell'operazione EUNAVFOR MED costituiscono un ulteriore esempio della prassi che qualifica *eccezionali* emergenze umanitarie quali situazioni di "minaccia alla pace" o comunque tali da autorizzare il ricorso al Capitolo VII della Carta<sup>66</sup>.

In secondo luogo, può esser utile ricordare come nel quadro dell'Unione europea la crisi nella gestione dei flussi migratori abbia determinato l'attivazione di meccanismi emergenziali. In particolare, il Meccanismo unionale di protezione civile<sup>67</sup> è stato più volte coinvolto in operazioni volte ad affrontare le conseguenze umanitarie della crisi dei rifugiati e dei migranti, ancorché quest'ultima non rientri nelle tradizionali emergenze di protezione civile<sup>68</sup>. In ciò, l'Unione e gli Stati membri hanno comunque attuato, anche se in misura limitata, il principio di solidarietà europea<sup>69</sup>.

Inoltre, a seguito di una richiesta del Consiglio europeo di "dotare l'UE della capacità di fornire assistenza umanitaria a livello interno, in cooperazione con organizzazioni come l'UNHCR, per sostenere i Paesi

le Unprecedented Refugee Crisis in Mediterranean Basin, Aid Syrian Asylum Seekers": <http://www.un.org/press/en/2015/ga11729.doc.htm>.

<sup>66</sup> Vedi tuttavia la dichiarazione del Venezuela in seno al Consiglio di Sicurezza, per la quale l'applicazione del Capitolo VII riguardo alla situazione umanitaria dei migranti "is a serious mistake" (il Venezuela si è astenuto in occasione del voto sulla Ris. 2240): S/PV.7531, cit. Il ricorso al Capitolo VII in riferimento alla situazione dei migranti è stato condannato anche in dottrina: vedi MEIJERS COMMITTEE, *Military Action against Human Smugglers: Legal Questions concerning the EUNAVFOR MED Operation*: <http://www.commissie-meijers.nl/en/comments/391>

<sup>67</sup> Sul Meccanismo, vedi GESTRI, *La risposta alle catastrofi nell'Unione europea: protezione civile e clausola di solidarietà*, in GESTRI (a cura di), *Disastri, protezione civile e diritto: nuove prospettive nell'Unione europea e in ambito penale*, Milano, 2016, p. 3 ss.

<sup>68</sup> Cfr. *Relazione della Commissione al parlamento europeo e al Consiglio sulla valutazione intermedia del meccanismo unionale di protezione civile per il periodo 2014-2016*, COM(2017)460, 30 agosto 2017. Nel 2015 è stato richiesto l'intervento del Meccanismo Unionale, per far fronte alle conseguenze della crisi migratoria, da parte di Croazia, Grecia, Slovenia, Ungheria nonché dalla Serbia (che fa parte del meccanismo). Quindici Stati membri hanno fornito il loro contributo. Vedi anche *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio sullo stato di attuazione delle azioni prioritarie intraprese nel quadro dell'agenda europea sulla migrazione*, COM(2016)85, 10.2.2016, p. 6. Vedi anche CASOLARI, *L'assistenza umanitaria agli Stati membri e la questione migratoria*, in *Il diritto in migrazione. Studi sull'integrazione giuridica degli stranieri*, a cura di CORTESE, PELACANI, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, p. 19 ss.

<sup>69</sup> Il punto è stato sottolineato dal Presidente della Commissione europea nello *Stato dell'Unione 2016*, 14 settembre 2016, p. 16. Sul principio di solidarietà, vedi *infra*, par. 5.

che fanno fronte a un elevato numero di rifugiati e migranti<sup>70</sup> è stato adottato dal Consiglio un nuovo meccanismo di sostegno finanziario, rivolto a favore degli Stati membri in caso di emergenza umanitaria di portata eccezionale che sia causata da catastrofe naturale o provocata dall'uomo<sup>71</sup>. Si tratta di un provvedimento che presenta, come si è rilevato, alcuni profili problematici, in particolare quanto all'individuazione della relativa base giuridica nell'art. 122, par. 1, TFUE, e che denoterebbe un approccio "casuistico" del Consiglio, cioè caratterizzato da soluzioni *extra ordinem*, rispetto all'emergenza migratoria<sup>72</sup>.

Non vi è comunque dubbio che la questione più delicata che si viene a profilare è se, e in quale misura, una situazione di emergenza migratoria possa giustificare deroghe alle norme sui diritti umani. I principali strumenti internazionali sulla tutela dei diritti fondamentali contengono delle apposite disposizioni che consentono agli Stati di introdurre, a determinate condizioni, misure derogatorie in situazioni non solo di "guerra" ma anche di *pericolo pubblico* che *minacci la vita della nazione*. È questo il caso dell'art. 4 del Patto internazionale sui diritti civili e politici e dell'art. 15 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo<sup>73</sup>. Ai sensi di ambedue le disposizioni, l'esercizio del diritto di deroga presuppone una comunicazione delle misure prese, e dei motivi che le giustificano, da parte dello Stato interessato, rispettivamente al Segretario generale delle Nazioni Unite e al Segretario generale del Consiglio d'Europa. Per quanto concerne in particolare la Convenzione europea, vi è ormai una significativa prassi in materia di invocazione della clausola derogatoria *ex art. 15 CEDU*, ma essa *non* è stata sinora mai *richiamata* in riferimento a situazioni di *emergenza migratoria*, né risulta che tale eventualità sia stata presa in considerazione. Peraltro, oltre a casi inerenti a conflitti armati (Ucraina) o a gravi disordini interni (Albania; Armenia; Turchia), la clausola derogatoria è stata diverse volte invocata in riferimento alla minaccia del terrorismo (Turchia; Regno Unito; Francia). Con riferimento a quest'ultimo tipo di situazioni, è noto come l'esigenza della lotta al terrorismo abbia talora spinto gli Stati a considerare l'adozione di misure

<sup>70</sup> Conclusioni del Consiglio europeo del 19 febbraio 2016, doc. EUCO 1/16.

<sup>71</sup> Regolamento UE 2016/369 del Consiglio del 15 marzo 2016 sulla fornitura di sostegno di emergenza all'interno dell'Unione, in GUUE L 70, 16.3.2016, p. 1 ss.

<sup>72</sup> CASOLARI, *Lo «strano» caso del regolamento 2016/369, ovvero della fornitura di sostegno di emergenza all'interno dell'Unione ai tempi delle «crisi»*, in TRIGGIANI (a cura di), *Dialoghi con Ugo Villani*, 2017, p. 519 ss.

<sup>73</sup> CATALDI, *art. 15*, in BARTOLE, DE SENA, ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012, p. 555 ss.

restrittive in materia di controllo delle migrazioni e di asilo e, più in generale, nei riguardi degli stranieri.

È superfluo ricordare che neppure l'applicazione della clausola derogatoria di cui all'art. 15 CEDU può giustificare alcuna violazione di diritti fondamentali ritenuti inderogabili, tra i quali è sicuramente da annoverare il diritto di un individuo a non essere allontanato allorché vi siano ragioni serie di credere che egli sarà sottoposto a tortura o altri trattamenti disumani o degradanti<sup>74</sup>. Si è anche sostenuto che un limite generale all'adozione e applicazione di misure derogatorie rispetto alla CEDU deriverebbe dal principio di non discriminazione. A tale riguardo, è innegabile che siano *ictu oculi* illecite misure che violino profili del principio di non discriminazione ritenuti ormai di valore cogente, in quanto attinenti alla stessa tutela della dignità umana: si pensi all'adozione di misure che discriminino in base alla "razza" o al "colore".

Più difficile affermare che sia sempre vietata, in base all'art. 15 CEDU e alle norme simili contenute in altri trattati, l'adozione di misure che distinguano tra la situazione dei cittadini e quella degli stranieri<sup>75</sup>. Pare in effetti più ragionevole, e conforme alla prassi e alla giurisprudenza, la tesi per la quale la valutazione di profili discriminatori non vietati da norme internazionali cogenti (quale appunto la distinzione tra cittadini e stranieri) debba essere svolta nel quadro del giudizio relativo alla proporzionalità della misura in questione<sup>76</sup>. Al riguardo, l'art. 15 consente l'adozione di misure derogatorie soltanto nella stretta misura in cui la situazione lo esiga. Tale condizione è generalmente intesa nel senso che possono essere adottate solo misure che siano *necessarie* per far fronte all'emergenza e che risultino *proporzionate* rispetto alla situazio-

<sup>74</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (Grande Camera), *Chahal v. the United Kingdom*, Application n. 22414/93, judgment of 15 November 1996; *Saadi v. Italy*, Application n. 37201/06, judgment of 28 February 2008, par. 127.

<sup>75</sup> È noto che l'art. 4 del Patto sui diritti civili e politici esclude l'adozione di legittime misure di deroga quando esse comportino una discriminazione fondata unicamente su "race, colour, sex, language, religion or social origin", omettendo ogni riferimento a distinzioni in base alla nazionalità. Nella comunicazione che la Turchia ha inviato il 2 agosto 2016 al Segretario generale delle Nazioni Unite per informarlo dell'esercizio del diritto di cui all'art. 4 del Patto, a seguito dell'adozione dello stato di emergenza conseguentemente al tentativo di colpo di stato del luglio 2016, viene indicata tra le norme passibili di deroga anche l'art. 26 (eguaglianza e non discriminazione): <https://treaties.un.org/doc/Publication/CN/2016/CN.580.2016-Eng.pdf>. Vedi al riguardo SCHEININ, *Turkey's Derogation from Human Rights Treaties – An Update*, in *EJIL: Talk!*, 18 agosto 2016.

<sup>76</sup> DE SENA, *Esigenze di sicurezza nazionale e tutela dei diritti dell'uomo nella recente prassi europea*, in BOSCHIERO (a cura di), *Ordine internazionale e valori etici*, Napoli, 2004, pp. 215-216.

ne di pericolo che minacci la vita della nazione. Così, l'adozione di una misura che distingua la situazione di individui stranieri potrà risultare sproporzionata, e dunque illecita, quando non risulti giustificata in base alle circostanze.

Significativa la sentenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo del 2009 nel caso *A. c. Regno Unito* in cui la Corte ha ritenuto che misure di detenzione indefinita, stabilite esclusivamente a carico di individui stranieri sospettati del coinvolgimento in attività terroristiche, fossero da considerare sproporzionate, in quanto avevano determinato una discriminazione tra cittadini e stranieri. Provenendo la minaccia terroristica tanto da cittadini britannici quanto da stranieri, l'adozione di misure di deroga alla libertà personale solamente nei riguardi dei secondi risultava dunque ingiustificata. In definitiva, l'adozione di misure derogatorie dirette esclusivamente a danno di stranieri, in astratto non del tutto esclusa, risulterà in pratica di non facile giustificazione, dovendo superare un giudizio di necessità e proporzionalità della misura.

Al di là della questione relativa al possibile impatto nella *subiecta materia* delle clausole derogatorie previste nei trattati sui diritti umani, un diverso e ancor più interessante problema riguarda la misura in cui l'esistenza di un'emergenza risultante da un eccezionale afflusso di migranti e richiedenti asilo, non invocata da uno Stato ai fini dell'applicazione delle suddette clausole derogatorie generali, possa comunque influire sull'applicazione delle norme internazionali in tema di diritti fondamentali. Di estrema rilevanza, a tale proposito le sentenze pronunciate nel caso *Khlaifia c. Italia* dalla II Sezione della Corte e poi dalla Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'Uomo. Il caso si era verificato nel 2011, nel quadro della crisi umanitaria provocata dall'esodo di migliaia di persone da alcuni Paesi nordafricani investiti da insurrezioni riconducibili alla c.d. "primavera araba". Il ricorso era stato presentato da tre cittadini tunisini che, partiti dalle coste nordafricane su imbarcazioni di fortuna, erano stati salvati in mare dalle autorità italiane e sbarcati sull'isola di Lampedusa. Trasferiti il 17 e 18 settembre nel Centro di Soccorso e Prima Accoglienza (CPSA) di Contrada Imbriacola, i ricorrenti erano stati trattenuti per alcuni giorni ma, a seguito di una rivolta scoppiata nel Centro e all'incendio dello stesso, il 20 settembre erano stati trasferiti su alcune navi nel porto di Palermo e quindi, a seguito della loro identificazione da parte del Console tunisino, rimpatriati in Tunisia, conformemente alla procedura stabilita da un accordo italo-tunisino del 2011.

A termini della sentenza pronunciata il 1° settembre 2015 dalla II Sezione della Corte, tali fatti avrebbero determinato la violazione da par-

te dell'Italia degli art. 5 (Diritto alla libertà e sicurezza), 3 (Divieto della tortura) e 13 (Diritto ad un ricorso effettivo) della CEDU nonché dell'art. 4 del Protocollo n. 4, che vieta le espulsioni collettive<sup>77</sup>. La sentenza emanata dalla Grande Camera il 15 dicembre 2016 ha parzialmente riformato la pronuncia della Sezione, confermando la sussistenza delle violazioni dell'art. 5 CEDU e dell'art. 13 CEDU in relazione all'art. 3, ma escludendo sia la violazione dell'art. 3 CEDU che dell'art. 4 del Protocollo n. 4 CEDU<sup>78</sup>.

La mancata condanna dell'Italia in riferimento a queste ultime disposizioni, e le argomentazioni a tal fine avanzate dalla Grande Camera, hanno portato la generalità dei commentatori a qualificare la sentenza in questione come “un passo indietro” nella tutela dei diritti fondamentali. A me pare tuttavia che la Grande Camera abbia fornito una corretta interpretazione dei fatti e delle norme rilevanti, e più in generale che la sentenza costituisca espressione di un approccio equilibrato da parte di un giudice internazionale nell'applicazione delle norme in situazioni di emergenza.

In particolare, la Sezione aveva ritenuto che il trattenimento dei ricorrenti nel CPSA, avvenuta dal 18 al 20 settembre, avesse dato luogo a una violazione da parte dell'Italia del divieto di tortura o altro trattamento inumano e degradante stabilito dall'art. 3 CEDU, anche in difetto di comportamenti volontari da parte delle autorità italiane, in ragione delle condizioni di sovraffollamento e igienico-sanitarie cui i ricorrenti erano stati esposti. La Sezione dichiarava di prendere atto delle condizioni di emergenza che il Governo italiano si era trovato ad affrontare, a seguito della crisi migratoria del 2011, e di riconoscere che la stessa aveva generato un quadro di particolare gravità nell'isola di Lampedusa. Nonostante detto quadro, la Sezione aveva comunque condannato l'Italia, sulla base della constatazione che l'art. 3 CEDU prevede un obbligo di carattere assoluto, il quale costituisce una clausola essenziale della Convenzione.

La Grande Camera è giunta ad una diversa conclusione, pur partendo dalle medesime premesse generali riguardo alla natura essenziale e inderogabile del divieto *ex art.* 3 CEDU e riguardo al principio secondo cui i fattori legati a un crescente flusso di migranti non possono dispensare gli Stati contraenti dai loro obblighi derivanti dalla CEDU. Nel caso in questione i giudici europei erano chiamati a valutare se i fatti relativi al trattenimento nel CPSA, non costituendo maltrattamenti inflitti dalle

<sup>77</sup> *Khlaifia and Others v. Italy*, Application n. 16483/12, Judgment of 1 September 2015.

<sup>78</sup> *Khlaifia and Others v. Italy* [GC], Application n. 16483/12, Judgment of 15 December 2016.

autorità italiane con l'intenzione di umiliare o degradare le vittime, potessero comunque integrare un "trattamento inumano o degradante". Nella sua sentenza, la Grande Camera ha stabilito, diversamente dalla Sezione, che i comportamenti contestati non avessero integrato la soglia minima affinché possa parlarsi di trattamento inumano e degradante, tenuto conto dell'insieme delle circostanze. La Grande Camera è giunta a tale conclusione, *in primis*, in virtù di una differente lettura delle fonti d'informazione disponibili circa lo stato del CPSA, e di un diverso peso relativo attribuito alle stesse, lettura da cui, secondo la Grande Camera, emergerebbero condizioni ben diverse da quelle ravvisate dalla Sezione. Inoltre, la Grande Camera ha attribuito rilevanza a fattori quali la giovane età dei ricorrenti e il relativo stato di buona salute nonché alla brevità del periodo di trattenimento e della conseguente esposizione alle condizioni di disagio (due o tre giorni).

Ai fini che qui interessano, conviene peraltro soffermarsi sulla circostanza che la Grande Camera ha mostrato di attribuire rilievo alla situazione emergenziale sviluppatasi sul territorio italiano, ai fini dell'interpretazione della norma all'art. 3 CEDU e dei fatti della causa. A tale proposito, la Grande Camera ha affermato, in via preventiva, che "sarebbe quantomeno artificioso esaminare i fatti della presente causa prescindendo dal contesto generale nel quale si sono svolti" e che, nella propria valutazione, avrebbe tenuto in considerazione il fatto che "le difficoltà e i disagi innegabili che ricorrenti hanno dovuto sopportare derivavano in misura significativa dalla situazione di estrema difficoltà che le autorità italiane hanno dovuto affrontare all'epoca in questione". Il punto è ulteriormente sviluppato nell'opinione concordante del Presidente Raimondi. In sostanza, se il fatto di trovarsi in una situazione di emergenza migratoria, quale quella esistente nel 2011, non costituisce certamente un fattore esimente riguardo a possibili violazioni delle norme della CEDU, tale circostanza non può non essere presa in considerazione ai fini dell'*applicazione* delle norme convenzionali, compreso l'art. 3 CEDU, *ai fatti* in oggetto.

L'interpretazione della Corte è stata oggetto di aspre critiche da parte della dottrina, la quale vi ha ravvisato un *vulnus* rispetto al principio del carattere assoluto del divieto di cui all'art. 3 CEDU, norma che, si è sottolineato, non è derogabile neppure ai sensi dell'art. 15 CEDU<sup>79</sup>. A

<sup>79</sup> *Ex multis*, MAURO, *A Step Back in the Protection of Migrants' Rights: The Grand Chamber's Judgment in Khlaifia v. Italy*, in *Italian Yearbook of International Law*, 2016, p. 289 ss., spec. a p.314. SACCUCCI, *I "ripensamenti" della Corte europea sul caso Khlaifia: il divieto di trattamenti inumani e degradanti e il divieto di espulsioni collettive*

mio parere tali affermazioni sembrano tuttavia risultare da un'inversione logica, una sorta di *hysteron proteron*, rispetto all'articolazione delle argomentazioni esaminate in successione dalla Grande Camera. A ben vedere, nel caso in questione, non si trattava affatto di esaminare possibili *deroghe* alla norma alla luce della situazione di emergenza. Il giudizio della Corte si inserisce in una *fase anteriore*, in cui occorre valutare se il *concreto comportamento* tenuto dalle autorità italiane integrasse la *soglia* dell'inflizione di un *trattamento inumano o degradante*. Si noti che nella specie, in assenza di situazioni di deliberata provocazione di sofferenze ai ricorrenti, il comportamento imputato allo Stato consisteva, in definitiva, nel non aver preso le *misure necessarie e adeguate alle circostanze*, cioè nella violazione di obblighi di *facere*. Ora, come sarebbe possibile procedere ad un giudizio di adeguatezza di quanto fatto, nel caso in esame, dall'Italia, senza tener conto delle concrete circostanze? In particolare, del fatto che lo Stato accusato si è trovato a dover prendere provvedimenti per assicurare, al tempo stesso, il salvataggio in mare, la salute e l'accoglienza di decine di migliaia di migranti, nonché il mantenimento dell'ordine pubblico sull'isola di Lampedusa?

La sentenza della Grande Camera è stata criticata anche per non aver ravvisato nel comportamento tenuto dalle autorità italiane gli estremi di un'espulsione collettiva, vietata dall'art. 4 del Protocollo n.4 CEDU. Così come intesa nella giurisprudenza della Corte, un'espulsione collettiva consiste in ogni misura che costringa degli stranieri, in quanto gruppo, a lasciare uno Stato, tranne nel caso in cui tale misura sia presa al termine e sulla base di un esame ragionevole e obiettivo della situazione particolare di ciascuno degli stranieri che formano il gruppo. Diversamente da quanto ritenuto dalla Sezione, la Grande Camera ha concluso che nel caso in questione siffatto esame ragionevole e obiettivo della situazione particolare di ciascuno dei ricorrenti vi fosse stato. La Grande Camera ha sottolineato come i ricorrenti avessero avuto la possibilità di sottoporre alle autorità italiane la propria situazione individuale, in particolare nel quadro di due colloqui di identificazione intrattenuti, rispettivamente, all'ingresso nel CPSA e prima della partenza verso la Tunisia e alla presenza delle autorità consolari di tale Paese. Rispetto al primo colloquio, il Governo italiano aveva sostenuto che lo stesso si sarebbe tradotto in una vera e propria intervista individuale e avrebbe portato alla compilazione di una articolata scheda per ogni ricorrente. Pur non potendo il Governo italiano fornire prova diretta dell'avvenuta in-

«alla prova» delle situazioni di emergenza migratoria, in *Rivista di diritto internazionale*, 2017, p. 553. Vedi anche SACCUCCI, *Il divieto*, in questo volume.

intervista individuale (in quanto le schede sarebbero state distrutte nell'incendio), la Grande Camera ha dimostrato di ritenere tale circostanza come plausibile. Essa ha aggiunto, in ogni caso, che il divieto di espulsioni collettive non implica il diritto ad un'intervista individuale in tutte le circostanze, ma solo che allo straniero venga data una possibilità genuina ed effettiva di far valere gli argomenti contrari all'espulsione e che tali argomenti siano esaminati in modo adeguato dalle autorità. È soprattutto su questo punto che si sono concentrate le critiche della dottrina, la quale generalmente ritiene imprescindibile l'effettivo svolgimento di un'intervista individuale nei riguardi di ogni persona allontanata, al fine di accertare l'assenza di motivi che ostino all'espulsione<sup>80</sup>. Al di là dell'astratta condivisibilità di tale argomentazioni, colpisce il fatto che tali reazioni siano state sollevate da una sentenza concernente un caso in cui, come riconosce con assoluto rigore scientifico Andrea Saccucci, “era pacifico che non si trattasse di richiedenti asilo o di persone aventi comunque titolo a beneficiare di altre forme di protezione internazionale”<sup>81</sup>.

Su di un piano più generale, sembra invero che da parte della dottrina specializzata nel diritto dell'immigrazione vi sia una diffusa tendenza a ritenere che le corti internazionali, in specie quelle europee, abbiano la funzione di promuovere una costante evoluzione dell'ordinamento verso soluzioni sempre più avanzate e sempre più garantiste e non invece quella, loro propria, di applicare le norme esistenti ai fatti che sono portati alla loro attenzione, al fine d'individuare eventuali violazioni dei diritti fondamentali. Quest'osservazione non esclude ovviamente le possibilità di un'interpretazione sistematica o evolutiva delle norme giuridiche. Nessuno pretende che il giudice, internazionale o interno, si limiti al ruolo, indicato da Montesquieu, di “bouche qui prononce les paroles de la loi”, di mero strumento d'applicazione delle norme positive, di cui non può moderare in alcun modo il rigore alla luce di valori e principi fondamentali. È inoltre evidente che le sentenze internazionali assumono spesso ruolo di precedente e possano quindi influenzare l'interpretazione delle norme giuridiche al di là del caso concreto.

Tuttavia potrebbe apparire parimenti eccessiva una concezione dell'organo giurisdizionale quale motore di continuo sviluppo (o progresso in una direzione predeterminata) del diritto internazionale ed eu-

<sup>80</sup> Vedi i lavori cit. *supra*, alla nota precedente. Vedi anche, in riferimento alla successiva sentenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo sul caso *Ilias c. Ungheria*, ricorso n. 47287/15, GORNATI, “Paesi terzi sicuri”, respingimenti a catena e detenzione arbitraria: il caso *Ilias e Ahmed*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2017, p. 542 ss

<sup>81</sup> SACCUCCI, I “ripensamenti”, cit., p. 553.

ropeo, dispensatore di “nuove” regole di condotta per gli Stati<sup>82</sup>, talora ricostruite in virtù di un’interpretazione astratta delle norme giuridiche e indipendentemente dalla concreta realtà fattuale. Tanto più in riferimento a corti i cui membri sono generalmente nominati dagli esecutivi senza alcuna forma di coinvolgimento dei parlamenti nazionali. Concezione che talora concorre a determinare reazioni, anche eccessive, da parte degli Stati. Ciò detto, è anche vero che spesso il confine tra interpretazione evolutiva e creazione di norme in via pretoria è nell’occhio di chi guarda.

##### *5. Prospettive nel diritto dell’Unione europea: il difficile percorso della cittadinanza europea e del principio di solidarietà*

Il diritto dell’Unione europea in materia di ammissione, soggiorno e allontanamento degli stranieri si fonda sulla distinzione tra cittadini dell’Unione, cui si applicano le regole sulla libera circolazione delle persone, e cittadini di Stati terzi, assoggettati alle norme in tema di immigrazione e asilo.

Riguardo alla *cittadinanza dell’Unione*, le relazioni svolte nel Convegno mostrano un percorso segnato da importanti sviluppi, essenzialmente determinati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, cui negli ultimi tempi hanno peraltro fatto seguito decisioni più prudenti da parte della stessa Corte. La Corte di Giustizia ha sottolineato più volte come lo statuto di cittadino dell’Unione “è destinato ad essere lo *status* fondamentale dei cittadini degli Stati membri”<sup>83</sup>. Nei primi anni di applicazione dell’istituto la giurisprudenza della Corte di giustizia ha generalmente interpretato in maniera ampia i diritti derivanti dalla cittadinanza dell’Unione e in maniera restrittiva le limitazioni e condizioni previste dal diritto dell’Unione europea. Al riguardo, si è messo bene in luce come le norme sulla libertà di circolazione e soggiorno dei cittadini dell’Unione abbiano avuto un impatto crescente, in larga parte in virtù

<sup>82</sup> Vedi, con riferimento al tema qui trattato, SICILIANOS, *The European Court on Human Rights at a Time of Crisis in Europe*, SEDI/ESIL Lecture, European Court of Human Rights, 16 October 2015, il quale rivendica che la Corte di Strasburgo “has progressively created a set of standards which serve as a compass for the State parties” (p. 5).

<sup>83</sup> *Grzelczyk*, causa n. C-184/99, sentenza del 20 settembre 2001, in *Racc.*, p. I-6193 ss., punto 31; *Baumbast*, causa C-413/99, sentenza del 17 settembre 2002. Vedi al riguardo, per tutti, NASCIBENE, *Le droit de la nationalité et le droit des organisations d’intégration régionales. Vers de nouveaux statuts de résidents?* in *Recueil des Cours*, tome 367, 2014, p. 253 ss. Vedi anche, da ultimo, MARINAI, *Perdita della cittadinanza e diritti fondamentali: profili internazionalistici ed europei*, Milano, 2017, p. 153 ss.

della giurisprudenza della Corte di giustizia, sul trattamento (ammissione e soggiorno) di *stranieri non comunitari*<sup>84</sup>.

Oltre al regime relativo all'estensione dei diritti di circolazione e soggiorno ai familiari non comunitari del cittadino dell'Unione che abbia esercitato la libertà di circolazione, stabilito dalla Direttiva 2004/38 e generalmente interpretato in maniera estensiva, vanno in particolare ricordate la sentenza che ha riconosciuto, direttamente in base alle norme del Trattato, e quindi al di là della Direttiva 2004/38, il diritto di soggiorno nel Regno Unito alla madre di una neonata che aveva acquisito la cittadinanza di altro Stato membro *iure soli* (Irlanda)<sup>85</sup> nonché la giurisprudenza inaugurata dalla sentenza *Ruiz Zambrano*<sup>86</sup>. In quest'ultima si è affermato il diritto di soggiorno dei genitori, stranieri non comunitari, di un minore cittadino dello Stato territoriale nei casi in cui la negazione del diritto di soggiorno costringerebbe il minore a lasciare il territorio dell'Unione per seguire i genitori, con la conseguenza di privarlo del godimento reale ed effettivo dei diritti attribuiti dallo *status* di cittadino dell'Unione; questo nonostante il fatto che il cittadino/minore interessato non si fosse mai avvalso della sua libertà di circolazione (c.d. cittadino "stanziale")<sup>87</sup>. In tali casi, "il legame con l'elemento transfrontaliero, che sia giuridico o fisico, si fa progressivamente più tenue e le soluzioni elaborate dalla Corte incidono sempre più in profondità su situazioni che gli Stati vorrebbero far rientrare nell'ambito di applicazione del diritto nazionale"<sup>88</sup>. È del resto noto come le sentenze *Chen* e *Ruiz Zambrano* abbiano determinato le reazioni degli Stati coinvolti, Irlanda e Belgio, che

<sup>84</sup> LANG, *Cittadino dell'Unione e straniero, libera circolazione delle persone e migrazione: una matrice dalle molte combinazioni*, in questo volume.

<sup>85</sup> *Zhu e Chen*, causa n. C-200/02, sentenza del 19 ottobre 2004, in *Racc.*, p. I-9925.

<sup>86</sup> *Ruiz Zambrano*, sentenza del 8 marzo 2011, causa n. C-34/09, in *Racc.*, p. I-1177. Vedi anche *Rendón Marín*, sentenza del 13 settembre 2016, causa C-165/14, ECLI:EU:C:2016:675; CS, in pari data, causa C-304/14, ECLI:EU:C:2016:674.

<sup>87</sup> Nel caso *Ruiz Zambrano* in questione i minori avevano acquisito la cittadinanza del Belgio a seguito di nascita nel territorio e in applicazione di una previsione particolare volta a evitare situazioni di apolidia. Nella fattispecie, tuttavia, l'apolidia sarebbe stata conseguenza di un'inerzia da parte dei genitori, di nazionalità colombiana. La legge colombiana prevedeva infatti l'attribuzione della cittadinanza colombiana per un individuo nato all'estero da genitori colombiani, ma ciò avrebbe presupposto una richiesta da parte di uno dei genitori. Vedi *infra*, nota 90.

<sup>88</sup> LANG, *Cittadino*, cit. Vedi anche RAGNI, *Status civitatis e interesse del minore: limiti alle politiche migratorie degli Stati membri dell'Unione europea*, in questo volume.

in seguito a esse hanno modificato in senso più restrittivo le proprie legislazioni nazionali in materia di acquisto della cittadinanza<sup>89</sup>.

Peraltro, si è anche rilevato come negli ultimi anni la giurisprudenza della Corte di giustizia sembri aver mutato in parte indirizzo, avendo la Corte in molti casi riconosciuto prerogative invocate dallo Stato ospite e negato diritti ai singoli, tanto che la libertà di circolazione dei cittadini dell'Unione verrebbe addirittura rimessa in discussione<sup>90</sup>. Si fa riferimento a casi recenti in cui la Corte ha riconosciuto il pieno diritto degli Stati ospitanti di negare l'accesso a prestazioni di assistenza sociale da parte di cittadini dell'Unione non qualificabili come lavoratori e non economicamente autosufficienti, che esercitano la libertà di circolazione con l'unico fine di ottenere il beneficio dell'aiuto sociale di un altro Stato membro<sup>91</sup>. Secondo alcuni commentatori, tale giurisprudenza sarebbe stata influenzata da considerazioni politico-economiche e da una rinnovata attenzione da parte della Corte alle preoccupazioni degli Stati membri<sup>92</sup>.

Per quanto riguarda i cittadini degli Stati terzi, dopo Lisbona i trattati istitutivi qualificano l'azione dell'Unione nel campo dell'immigrazione e dell'asilo nei termini di *politica comune*. La portata di tale qualificazione non è d'immediata evidenza. Essa non incide sul fatto che le competenze dell'Unione *in subiecta materia* mantengano natura concorrente rispetto a quelle degli Stati membri, come precisato dall'art. 4, par. 2, lett. j), TFUE. Peraltro, il riconoscimento sul piano del diritto primario dell'obiettivo dello sviluppo di una politica "comune" dovrebbe implicare un trasferimento di competenze a favore dell'Unione caratterizzato da una certa intensità e da un rafforzamento dei vincoli esistenti tra gli Stati membri quanto all'esercizio delle competenze loro spettanti. In effetti, l'aggettivo "comune" denota la volontà dei redattori del Trattato di evitare che l'azione in materia di immigrazione risulti da un mosaico di politiche diverse degli Stati membri, che agiscano in ordine sparso.

<sup>89</sup> Nel 2004 la Repubblica d'Irlanda ha introdotto una modifica costituzionale che riserva l'acquisto della cittadinanza in base allo *ius soli* agli individui che abbiano almeno un genitore irlandese. Per quanto riguarda il Belgio, una legge del 27 dicembre 2006 ha escluso l'acquisizione della cittadinanza belga per un minore nato in Belgio da cittadini non belgi nel caso in cui "l'enfant peut obtenir une autre nationalité moyennant l'accomplissement par son ou ses représentants légaux d'une démarche administrative auprès des autorités diplomatiques ou consulaires du pays de ses auteurs ou de l'un de ceux-ci".

<sup>90</sup> LANG, *Cittadino*, cit.

<sup>91</sup> *Dano*, sentenza del 11 novembre 2014, causa n. C-333/13, ECLI:EU:C:2014:2358; *Alimanovic*, sentenza del 15 settembre 2015, causa n. C-67/14, ECLI:EU:C:2015:597.

<sup>92</sup> MORVIDUCCI, *I diritti dei cittadini europei*, III ediz, Torino, 2017, pp. 28-29.

Senonché il Trattato continua a mantenere nelle mani degli Stati membri l'esercizio di importanti competenze: soprattutto, il diritto a determinare le condizioni d'ammissione sul proprio territorio dei c.d. migranti economici e di fissare, se del caso, i volumi (o le quote) d'ingresso degli stessi<sup>93</sup>.

Una delle novità più importanti introdotte dal Trattato di Lisbona è la previsione del principio di solidarietà e di equa ripartizione delle responsabilità tra gli Stati membri, sul quale si fonda lo sviluppo delle politiche comuni in materia di asilo, immigrazione e controllo delle frontiere (art. 67 par 2 TFUE) e che ne governa la definizione e concreta attuazione (art. 80 TFUE). La solidarietà opera quale *principio orizzontale*, che trova applicazione nei riguardi dell'insieme delle politiche oggetto del capo 2 del Titolo V TFUE. Al principio è stata generalmente attribuita una portata giuridicamente vincolante, quanto meno nei riguardi delle istituzioni europee ma anche, secondo alcuni, per gli Stati membri<sup>94</sup>. Si è altresì messo in luce come il principio di solidarietà e di equa ripartizione delle responsabilità assuma rilievo sotto diversi profili, sul piano normativo, attraverso forme di condivisione delle responsabilità in concreto, oppure mediante la previsione di meccanismi di redistribuzione o assistenza finanziaria<sup>95</sup>.

Ciò ricordato, è tuttavia noto come, nonostante alcune anche rilevanti realizzazioni nella normativa e nella prassi dell'Unione<sup>96</sup>, il diritto

<sup>93</sup> Vedi l'art. 79, par. 5, TFUE.

<sup>94</sup> Dato che l'art. 80 TFUE stabilisce che il principio deve governare non solo l'elaborazione ma anche l'*attuazione delle politiche* in materia, ci pare che lo stesso non possa che vincolare anche gli Stati, qualora diano attuazione a politiche dell'Unione. A tale riguardo, vedi GESTRI, *La politica europea*, cit., p. 903 ss.; PAPA, *Crisi dei rifugiati e principio di solidarietà ed equa ripartizione delle responsabilità tra gli Stati membri dell'Unione europea*, in *Costituzionalismo.it*, 29 gennaio 2017, <http://www.constituzionalismo.it/articoli/594/>; VILLANI, Immigrazione e principio di solidarietà, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2017, n. 3, pp. 1-4. Nel senso che il principio avrebbe portata giuridicamente non vincolante, vedi invece MORGESE, *Solidarietà e ripartizione degli oneri in materia di asilo nell'Unione europea*, in CAGGIANO (a cura di), *I percorsi giuridici per l'integrazione. Migranti e titolari di protezione internazionale tra diritto dell'Unione e ordinamento italiano*, Torino, 2014, p. 365 ss.

<sup>95</sup> PAPA, *Crisi dei rifugiati*, cit., p. 295 ss. Vedi anche A. ADINOLFI, *Art. 80 TFUE*, in POCAR e BARUFFI (a cura di), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, II edizione, Padova, 2014.

<sup>96</sup> Tra le altre cose, si possono ritenere un'applicazione del principio di solidarietà sul piano operativo gli sviluppi relativi all'istituzione della c.d. guardia costiera e di frontiera europea. Il punto è messo in risalto dal Presidente della Commissione europea nello *Stato dell'Unione 2017*, 13 settembre 2017. Vedi in materia GUIDI, *La nuova guardia*

derivato preveda tuttora regolamentazioni che stridono in maniera piuttosto evidente col principio in parola. È questo in particolare il caso della normativa volta all'identificazione dello Stato membro competente a esaminare domande di protezione internazionale che siano presentate nell'Unione da cittadini di Stati terzi o apolidi. In virtù delle norme tuttora vigenti, contenute nel c.d. Regolamento Dublino III<sup>97</sup>, posta l'esigenza di ancorare la richiamata competenza in un unico Stato, quest'ultimo è individuato mediante una serie di criteri che, a parte alcune ipotesi particolari, determinano nella gran parte dei casi l'applicazione della regola dello "Stato di primo ingresso", regolare o irregolare, del richiedente. Come più volte riaffermato anche nel corso di questo Convegno, tale criterio risulta chiaramente iniquo, caricando gli oneri relativi all'esame delle domande di protezione, nonché quelli che ne derivano, principalmente sugli Stati che, per fattori geografici, hanno le frontiere più esposte alle pressioni migratorie, *in primis* su Italia e Grecia, e in definitiva costituisce "l'antitesi della solidarietà"<sup>98</sup>.

Lo stesso deve dirsi della regolamentazione delle missioni europee TRITON e EUNAVFOR MED, operanti nel Mediterraneo centrale allo scopo di combattere il traffico di migranti e la tratta di esseri umani e di assicurare il salvataggio delle vite umane in mare. Ambedue le missioni hanno agito in base al principio per il quale tutte le persone salvate dalle navi impiegate, così come tutti i trafficanti catturati, siano sbarcati in territorio italiano. Si tratta di una regola che non figura negli atti normativi che hanno stabilito le missioni e ne hanno disciplinato gli aspetti essenziali, ovviamente oggetto di pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione, ma nelle regole d'ingaggio delle missioni, le quali sono classificate come "confidenziali"<sup>99</sup>. La confidenzialità di tali regole parrebbe denotare un atteggiamento volto a celare ai popoli degli Stati

*costiera e di frontiera europea e i vecchi problemi di tutela dei diritti umani fondamentali*, in questo volume.

<sup>97</sup> Regolamento (UE) n. 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un Paese terzo o da un apolide in GUUE L 180 del 29 giugno 2013.

<sup>98</sup> Così in particolare MORGESE, *Solidarietà*, cit., p. 370; MORGESE, *Principio di solidarietà e proposta di rifusione del regolamento Dublino*, in *Dialoghi con Ugo Villani*, cit., p. 471 e ss. ma vedi anche, nello stesso senso e tra gli altri, CAGGIANO, *L'insostenibile onere della gestione delle frontiere esterne e della competenza di "Paese di primo ingresso" per gli Stati frontalieri nel Mediterraneo*, in *Gli stranieri*, 2011, p. 45 ss.; NASCIBENE, *Refugees, the European Union and the "Dublin System"*. *The Reasons for a Crisis*, in *European Papers*, 2016, p.101 ss.; PAPA, *Crisi dei rifugiati*, cit., p. 300 ss.

<sup>99</sup> Vedi GESTRI, *EUNAVFORMED*, cit., p. 39.

membri decisioni politiche delicate, nonostante il Trattato dell'Unione esiga che “le decisioni siano prese nel modo più trasparente possibile e il più vicino possibile ai cittadini” (art. 1 TUE). Negli ultimi mesi il Governo italiano aveva chiesto ai partner europei di modificare le predette regole in materia di sbarchi e d'introdurre un meccanismo di ripartizione degli oneri, incontrando la netta opposizione di diversi Stati. La nuova missione THEMIS di FRONTEX, operativa dal 1° febbraio 2018, denota qualche progresso in materia, e formalmente rivede la regola sugli sbarchi, pur se rimane ben lontana dall'istituire effettivi meccanismi di solidarietà<sup>100</sup>.

Alcuni spiragli a favore di una maggiore attuazione dei principi di solidarietà ed equa ripartizione delle responsabilità sembrano aprirsi nel quadro del procedimento in corso per la riforma del Regolamento Dublino III (che dovrebbe sfociare nel c.d. Dublino IV)<sup>101</sup>. La proposta della Commissione conteneva pochi passi avanti in tale direzione, riproponendo essenzialmente i criteri vigenti e la sostanziale preminenza della regola dello Stato di primo ingresso ma prevedendo altresì un meccanismo correttivo di assegnazione volto a far fronte a situazioni in cui uno Stato fosse investito da un numero di domande sproporzionato (superiore al 150% di una quota di riferimento definita in base alla popolazione e al PIL)<sup>102</sup>. Nel quadro della prima lettura della proposta, il Parlamento europeo ha però formulato una serie di emendamenti che, qualora definitivamente approvati, determinerebbero una rivoluzione copernicana in materia<sup>103</sup>. In base a tali emendamenti, il richiedente che abbia titoli di

<sup>100</sup> Per una più precisa descrizione delle soluzioni delineate riguardo a THEMIS, che dovrebbero essere estese anche all'operazione EUNAVFORMED, vedi CAFFIO, *Migranti: Frontex da Triton a Themis, Ue prova a regionalizzare*, in *AffarInternazionali*.

<sup>101</sup> Vedi DI STASIO, *Le recenti misure dell'Unione europea*, cit.

<sup>102</sup> In una tale ipotesi di pressione sproporzionata su di uno Stato, tutte le domande presentate in quest'ultimo sarebbero riassegnate in misura proporzionale ad altri Stati, secondo un meccanismo obbligatorio. Per una efficace descrizione della proposta della Commissione, e per alcune considerazioni critiche in merito alla stessa, vedi MORGESE, *Principio di solidarietà*, cit., p. 473 ss.

<sup>103</sup> Relazione sulla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide (rifusione), (COM(2016)0270–C8-0173/2016–2016/0133(COD), Commissione per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni. Relatore: Cecilia Wikström (A8-0345/2017) <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=//EP//TEXT+REPORT+A8-2017-0345+0+DOC+XML+V0//IT>, approvata in plenaria il 6 novembre 2017. In data 16 novembre 2017, il Parlamento ha adottato la decisione per l'avvio dei negoziati inter-istituzionali. Per un esame analitico della questione, vedi DI FILIPPO, *The Allocation of*

soggiorno, familiari o altri “legami significativi” (titoli di studio o diplomi professionali) in uno Stato membro determinato dovrebbe essere assegnato a detto Stato; i richiedenti che invece non abbiano tali legami verrebbero ricollocati tramite un meccanismo correttivo di assegnazione, il quale avrebbe carattere permanente (oltreché automatico). Quest’ultimo criterio sostituirebbe in definitiva il precedente “criterio di riserva” dello Stato membro di primo ingresso. Resta da vedere se tale impostazione troverà il necessario consenso in seno al Consiglio, attesa la posizione di rigida opposizione nei confronti di meccanismi di redistribuzione obbligatori manifestata da alcuni Stati, in particolare dai quattro del Gruppo di Visegrad, i quali tutt’al più accettano una “solidarietà flessibile”<sup>104</sup>.

Certo è che un nuovo vigore al principio di solidarietà enunciato dall’art. 80 TFUE è derivato dall’importante sentenza della Grande Camera della Corte di giustizia del 6 settembre 2017, che ha rigettato i ricorsi in annullamento introdotti da Slovacchia e Ungheria avverso la Decisione (UE) 2015/1601 del Consiglio del 22 settembre 2015<sup>105</sup>. Di fronte all’emergenza determinatasi per Grecia e Italia nel 2015, a seguito di un afflusso senza precedenti di migranti, il Consiglio aveva istituito un programma di ricollocazione di natura obbligatoria, a durata biennale. Decisione ritenuta illegittima dagli Stati ricorrenti, e da altri intervenuti al loro fianco, *inter alia* in quanto non necessaria, sproporzionata e lesiva della loro sovranità. Nel respingere tale pretesa, la Corte ha affermato con enfasi che il Consiglio “era effettivamente tenuto... a dare attuazione al principio di solidarietà e di equa ripartizione delle responsabilità tra gli Stati membri, anche sul piano finanziario, la cui osservanza si impone, a norma dell’articolo 80 TFUE, nell’ambito dell’attuazione della politica comune dell’Unione in materia di asilo”<sup>106</sup>. In tal modo, la portata obbligatoria del principio *ex art.* 80 TFUE e la sua concreta rilevanza normativa, in particolare al fine di fondare l’adozione di misure che impongano oneri sugli Stati membri, trovano pieno riconoscimento.

*Competence in Asylum Procedures under EU Law: the Need to Take the Dublin Bull by the Horns*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2018, n. 59.

<sup>104</sup> Vedi, da ultimo, *V4 Statement on the Future of Europe*, 26 gennaio 2018, para. 6. Sull’idea di solidarietà flessibile, vedi *Joint Statement of the Heads of Governments of the V4 Countries, Bratislava*, 16 settembre 2016.

<sup>105</sup> Corte di Giustizia, 6 settembre 2017, *Repubblica Slovacca e Ungheria c. Consiglio*, cause riunite C-643/15 e C-647/15, ECLI:EU:C:2017:631.

<sup>106</sup> Punto 252. Al riguardo, vedi VILLANI, *Immigrazione e principio di solidarietà*, cit., p. 2. Anche alla luce di tale presa di posizione, la Commissione ha finalmente deciso, il 7 dicembre 2017, di presentare alla Corte di giustizia ricorsi per infrazione nei riguardi di Polonia (C-715/17), Ungheria (caso C-718/17) e Repubblica Ceca (C-719/17).



## APPENDICE



**SOCIETÀ ITALIANA DI DIRITTO INTERNAZIONALE  
E DI DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA**

**ORGANI DIRETTIVI**

Primo Presidente (eletto con l'atto costitutivo, 1995): Prof. Riccardo Monaco

**Consiglio direttivo per il 1996-97 eletto dall'Assemblea di Roma  
del 12 aprile 1996**

Presidente: Prof. Piero Ziccardi

Componenti:

Prof. Umberto Leanza  
Prof. Bruno Nascimbene  
Prof. Giorgio Sacerdoti  
Prof. Giuseppe Tesaro  
Prof. Antonio Tizzano

Segretario Generale: Prof. Luigi Ferrari Bravo

**Consiglio direttivo per il 1997-98 eletto dall'Assemblea di Milano  
del 7 giugno 1997**

Presidente: Prof. Francesco Francioni

Componenti:

Prof. Giorgio Gaja  
Prof. Umberto Leanza  
Prof. Giorgio Sacerdoti  
Prof. Giuseppe Tesaro  
Prof. Tullio Treves

Segretario Generale: Prof. Luigi Ferrari Bravo

**Consiglio direttivo per il 1998-99 eletto dall'Assemblea di Siena del 12 giugno 1998**

Presidente: Prof. Massimo Panebianco

Componenti:

Prof. M. Antonietta Di Blase

Prof. Francesco Francioni

Prof. Giorgio Gaja

Prof. Andrea Giardina

Prof. Tullio Treves

Segretario Generale: Prof. Luigi Ferrari Bravo

**Consiglio direttivo per il 1999-2000 eletto dall'Assemblea di Salerno del 30 aprile 1999**

Presidente: Prof. Andrea Comba

Componenti:

Prof. M. Antonietta Di Blase

Prof. Francesco Francioni

Prof. Andrea Giardina

Prof. Giuseppe Nesi

Prof. Tullio Treves

Segretario Generale: Prof. Sergio Marchisio

**Consiglio direttivo per il 2000-2003 eletto dall'Assemblea di Torino del 2 giugno 2000**

Co-presidenti per il 2000-2001: Prof. Maria Laura Picchio Forlati e Prof. Alberto Miele, eletti dall'Assemblea di Torino del 2 giugno 2000

Presidente per il 2001-2002: Prof. Luigi Sico, eletto dall'Assemblea di Padova del 24 maggio 2001

· Con l'emendamento all'art. 4 dello Statuto approvato dall'Assemblea straordinaria.

Presidente per il 2002-2003: Prof. Nerina Boschiero, eletta dall'Assemblea di Napoli del 24 maggio 2002

Componenti:

Prof.M. Antonietta Di Blase  
Prof. Francesco Francioni  
Prof. Andrea Giardina  
Prof. Giuseppe Nesi  
Prof. Tullio Treves

Segretario Generale: Prof. Sergio Marchisio

**Consiglio direttivo per il 2003-2006 eletto dall'Assemblea di Verona del 27 giugno 2003**

Presidente per il 2003-2004: Prof. Umberto Leanza, eletto dall'Assemblea di Verona del 27 giugno 2003

Presidente per il 2004-2005: Prof. Luigi Daniele, eletto dall'Assemblea di Roma del 17 giugno 2004

Presidente per il 2005-2006: Prof. Paolo Fois, eletto all'Assemblea di Trieste del 23 giugno 2005

Componenti:

Prof. Nerina Boschiero  
Prof. Sergio Maria Carbone  
Prof. Massimo Iovane  
Prof. Giorgio Sacerdoti  
Prof. Ugo Villani

Segretario Generale: Prof. Sergio Marchisio

**Consiglio direttivo per il 2006-2009 eletto dall'Assemblea di Alghero del 17 giugno 2006**

Presidente: Prof. Benedetto Conforti

Vicepresidente per il 2006-2007: Prof. Riccardo Luzzatto eletto dall'Assemblea di Alghero del 17 giugno 2006

Vicepresidente per il 2007-2008: Prof. Sergio Marchisio, eletto dall'Assemblea di Milano dell'8 giugno 2007

Vicepresidente per il 2008-2009: Prof. Ennio Triggiani, eletto dall'Assemblea di Roma del 26 giugno 2008

Componenti:

Prof. Nerina Boschiero  
Prof. Sergio Maria Carbone  
Prof. Paola Gaeta  
Prof. Edoardo Greppi  
Prof. Massimo Iovane

Segretario Generale: Prof. Sergio Marchisio

**Consiglio direttivo per il 2009-2012 eletto dall'Assemblea di Bari del 18 giugno 2009**

Presidente: Prof. Giorgio Gaja

Vicepresidente per il 2009-2010: Prof. Lucia Serena Rossi, eletta dall'Assemblea di Bari del 18 giugno 2009

Vicepresidente per il 2010-2011: Prof. Rosario Sapienza, eletto dall'Assemblea di Bologna del 10 giugno 2010

Vicepresidente per il 2011-2012: Prof. Sergio Maria Carbone, eletto dall'Assemblea di Catania del 23 giugno 2011

Componenti:

Dott. Giulio Bartolini  
Prof. Pasquale De Sena  
Prof. Edoardo Greppi  
Prof. Laura Pineschi  
Prof. Ennio Triggiani

Segretario Generale: Prof. Sergio Marchisio

**Consiglio direttivo per il 2012-2015 eletto dall'Assemblea di Genova del 31 maggio 2012**

Presidente: Prof. Maria Laura Picchio Forlati

Vicepresidente per il 2012-2013: Prof. Giuseppe Cataldi, eletto dall'Assemblea di Genova il 31 maggio 2012

Vicepresidente per il 2013-2014: Prof. Michele Vellano, eletto dall'Assemblea di Napoli il 13 giugno 2013

Vicepresidente per il 2014-2015: Prof. Paolo Palchetti, eletto dall'Assemblea di Courmayeur il 27 giugno 2014

Componenti:

Prof. Marina Castellaneta  
Dott. Francesco Costamagna  
Prof. Pasquale De Sena  
Prof. Roberto Mastroianni  
Prof.ssa Laura Pineschi

Segretario Generale: Prof. Edoardo Greppi

**Consiglio direttivo per il 2015-2018 eletto dall'Assemblea di Macerata del 5 giugno 2015**

Presidente: Prof. Ugo Villani

Vicepresidente per il 2015-2016: Prof.ssa Laura Pineschi, eletta dall'Assemblea di Macerata il 5 giugno 2015

Vicepresidente per il 2016-2017: Prof. Giuseppe Nesi, eletto dall'Assemblea di Parma del 9 giugno 2016

Vicepresidente per il 2017-2018: Prof. Francesco Salerno, eletto dall'Assemblea di Trento dell'8 giugno 2017

Componenti:

Prof.ssa Marina Castellaneta  
Prof. Federico Casolari  
Prof.ssa Angela Di Stasi  
Prof.ssa Alessandra Gianelli  
Prof. Paolo Palchetti

Segretario Generale: Prof. Pasquale De Sena





Finito di stampare presso la *Vulcanica Print* Nola (Na)  
nel mese di maggio 2018



