



Le politiche di immigrazione e asilo: passato, presente e futuro di una sovranità europea incompiuta

Chiara Favilli*

SOMMARIO: 1. La prevalenza del metodo intergovernativo nello sviluppo delle politiche d’immigrazione e asilo dell’Unione europea. – 2. L’assenza di disciplina dell’immigrazione per motivi economici. – 3. Dublino e Schengen: due sistemi antagonisti. – 4. La politica del contenimento dei flussi. – 5. La difficile costruzione del sistema europeo di asilo ed il rapporto con il diritto costituzionale di asilo. – 6. Conclusioni.

1. Il diritto degli stranieri è tradizionalmente considerato una materia di stretta competenza nazionale, riflesso precipuo della sovranità statale¹. Non sorprende, dunque, che sul piano del diritto internazionale gli Stati siano considerati liberi di regolare l’ammissione e

* Professore associato di Diritto dell’Unione europea presso il Dipartimento di Scienze giuridiche dell’Università degli Studi di Firenze. Il presente contributo è il frutto della rielaborazione e dell’aggiornamento dello scritto *Il diritto dell’Unione europea e il fenomeno migratorio*, pubblicato in M. GIOVANNETTI, N. ZORZELLA, *Ius migrandi. Trent’anni di politiche e legislazione sull’immigrazione in Italia*, Milano, 2020, pp. 55-80.

¹ Ne sono una conferma i modestissimi risultati conseguiti attraverso l’adozione nel 2018 dei *global compacts* sull’immigrazione e l’asilo nell’ambito delle Nazioni Unite, [refugeesmigrants.un.org](https://www.refugeesmigrants.un.org).

l'allontanamento dello straniero nel e dal proprio territorio, salvo i limiti derivanti dalle norme sul diritto d'asilo e sui diritti umani, oggi in gran parte codificate nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea². L'approccio statocentrico non ha mai consentito di affermare un diritto all'immigrazione, nonostante sia invece riconosciuto il diritto all'emigrazione, vale a dire il diritto umano di lasciare qualsiasi Paese, compreso il proprio³.

L'assenza di regole internazionali sull'immigrazione consente di apprezzare la straordinarietà sotto questo profilo del processo d'integrazione europea⁴. Gli Stati membri hanno infatti per la prima volta acconsentito alla limitazione della propria sovranità per creare uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, garantendo la libera circolazione delle persone, attraverso l'eliminazione dei controlli alle frontiere interne ed il rafforzamento dei controlli alle frontiere esterne divenute, di fatto, comuni⁵. In aggiunta, gli Stati membri hanno anche acconsentito a limitazioni di sovranità in materia di immigrazione intesa come regole sull'ingresso e il soggiorno dei cittadini di Paesi terzi nel territorio degli Stati membri e, dunque, nello spazio europeo di libera circolazione⁶. Una competenza molto ampia, che include le misure sui visti, sul controllo delle frontiere, sulle condizioni di

² Si veda l'ampio studio sull'espulsione degli stranieri avviato nel 2004 dalla International Law Commission, in particolare il memorandum del segretariato della Commissione: A/CN.4/565 del 10 luglio 2006 in legal.un.org/docs/?symbol=A/CN.4/565. Per quanto riguarda l'Unione si veda lo studio di ECRE (2014), *The application of the EU Charter of Fundamental Rights to asylum procedural law*, in ecre.org; EUI (2017), *Actiones Handbook on the Techniques of Judicial Interactions in the Application of the EU Charter Module 5 – Asylum and Migration*, in eui.eu.

³ Art. 13, par. 2, della Dichiarazione universale dei diritti umani; art. 2, par. 2, del Protocollo n. 4 alla CEDU; art. 12, par. 2, del Patto sui diritti civili e politici. Per una valorizzazione del diritto di emigrare si veda L. FERRAJOLI, *Il diritto di migrare. Il potere costituente di un nuovo ordine mondiale*, in chiesadituttichiesadeipoveri.it; Comitato delle regioni, *Parere su Migrazione e Mobilità – Un Approccio Globale*, CIVEX-V-027, 18 luglio 2012.

⁴ S. AMADEO, F. SPITALERI, *Il Diritto dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione europea*, Torino, 2019.

⁵ Sia permesso il rinvio al nostro *Immigrazione (Diritto dell'Unione europea)*, ad vocem, in *Enciclopedia del diritto. Annali V*, Milano, 2012, pp. 675-694.

⁶ P. BONETTI, *I diritti dei non cittadini nelle politiche dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione Europea*, in C. PANZERA, A. RAUTI, C. SALAZAR, A. SPADARO (a cura di), *Metamorfosi della cittadinanza e diritti degli stranieri*, Napoli, 2016, pp. 143-250.

immigrazione, soggiorno, allontanamento e sulla concessione dello *status* di protezione internazionale.

A questo risultato si è giunti attraverso fasi progressive, a partire da quella dei tre pilastri dell'era post-Maastricht, passando attraverso la fase intermedia post-Amsterdam e anche ricorrendo all'uso degli accordi internazionali, come la Convenzione di Schengen del 1985 ed il Trattato di Dublino del 1990, entrambi incorporati nell'ordinamento dell'Unione europea, ma solo grazie ad un'articolata applicazione differenziata⁷. In effetti, vi sono Paesi membri che non sono vincolati dalle norme UE, salvo una decisione contraria (Irlanda e, prima della Brexit, anche il Regno Unito); uno Stato membro che è vincolato solo a titolo di diritto internazionale (Danimarca); Stati terzi associati attraverso la conclusione di appositi accordi internazionali (Svizzera, Liechtenstein, Norvegia e Islanda)⁸. In sintesi, un'Europa a geometria variabile sia per gli Stati coinvolti sia per la natura giuridica dei vincoli esistenti.

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

Da una parte, anche solo per ambire ad una disciplina efficace dell'immigrazione, gli strumenti che ogni legislatore dovrebbe avere non sono solo quelli relativi al controllo delle frontiere, al rilascio dei

⁷ Sull'incorporazione della Convenzione di Schengen si v. B. NASCIBENE (a cura di), *Da Schengen a Maastricht, Apertura delle frontiere, cooperazione giudiziaria e di polizia*, Milano, 1995; S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, Oxford, 2016.

⁸ Si vedano i Protocolli allegati ai Trattati ed in particolare il Protocollo n. 21 sulla posizione del Regno Unito e dell'Irlanda rispetto allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia ed il Protocollo n. 22 sulla posizione della Danimarca.

visti e dei permessi di soggiorno o all'allontanamento di chi non è più gradito. L'immigrazione, infatti, interseca ed è profondamente influenzata da politiche diverse ma strettamente correlate, quali quelle dell'occupazione, delle politiche sociali e dell'istruzione. Tutte politiche sulle quali l'Unione ha una mera competenza di sostegno e di coordinamento.

Dall'altra, anche nell'esercizio delle competenze già attribuite all'Unione, gli Stati hanno ostacolato l'adozione di atti che avrebbero potuto regolare alcuni aspetti chiave, in particolare quello dell'immigrazione per motivi di lavoro. Sempre gli Stati hanno poi proseguito a livello individuale a ridurre i canali di ingresso regolare, anche per motivi familiari. Tale riduzione e l'assenza di canali di ingresso regolare di diretta responsabilità dell'Unione hanno reso l'ingresso irregolare con conseguente richiesta di protezione internazionale uno dei pochi modi per entrare e rimanere nello spazio europeo.

Così, il controllo delle frontiere e il diritto d'asilo sono diventati gli assi portanti della politica migratoria europea, a livello sia statale sia dell'Unione. In entrambi i settori, l'Unione tende a riprodurre dinamiche analoghe a quando l'immigrazione e l'asilo erano ancora politiche di cooperazione internazionale tra gli Stati europei, con il risultato che essa appare spesso agire come strumento per la realizzazione di politiche e di obiettivi nazionali, piuttosto che come un'organizzazione sovranazionale che persegue proprie finalità ed obiettivi nell'interesse dei popoli europei. Svanito in pochi mesi lo "spirito di Tampere"⁹, quando sembrava che l'Unione avrebbe potuto elaborare una politica autonoma sui vari aspetti rilevanti per il governo dell'immigrazione, il metodo intergovernativo ha continuato a plasmare le modalità e le priorità dello sviluppo di questa politica e sembra ancora esserne la cifra dominante. Le relazioni con i Paesi terzi, ma anche l'agonizzante sistema Dublino ne sono la conferma lampante, assieme al protagonismo assunto dai Ministri degli Affari interni, a livello sia nazionale sia dell'Unione, dove gran parte delle misure sono discusse e adottate in seno al Consiglio Giustizia e affari interni, sovente sotto stretta "direzione" da parte del Consiglio europeo.

⁹ Conclusioni del Consiglio europeo di Tampere del 15-16 ottobre 1999.

Non sorprende dunque che gli unici avanzamenti in materia di armonizzazione siano stati conseguiti relativamente agli strumenti di controllo dello Spazio territoriale europeo. Uno spazio presidiato ancora dalle polizie di frontiera nazionali che applicano però regole comuni e che “convivono” con una Guardia di frontiera e costiera europea, il cui regolamento è stato l’unico ad essere approvato tra le diverse misure legislative proposte nel 2016 per far fronte all’allora crisi dei migranti e richiedenti asilo¹⁰.

È stato acutamente osservato che la limitazione di sovranità degli Stati, determinata dall’adozione di norme comuni in questo settore, è stata ampiamente compensata dall’apertura di ampi spazi d’azione a favore dei Governi degli Stati ed in particolare dei funzionari dei Ministeri degli interni, sia per l’accesso ad un’enorme quantità di dati, grazie alla creazione di varie banche dati interoperabili, sia per la partecipazione ai comitati in seno al Consiglio dell’Unione europea e al Consiglio d’amministrazione della Guardia di frontiera. Una prevalenza della dimensione governativa che è rimasta anche dopo l’integrazione dell’*acquis* di Schengen nell’ordinamento dell’Unione europea, senza una significativa attenuazione neanche dopo che il Parlamento europeo ha acquisito funzioni di controllo che, però, non si estendono alla definizione degli indirizzi politico-amministrativi e delle strategie operative dell’agenzia.

Anche in un ambito nel quale forte è l’armonizzazione e, dunque, la limitazione di sovranità statale, i Governi risultano avere un ruolo prevalente rispetto alle istituzioni europee. Diviene dunque necessario perlomeno attivare efficaci strumenti di controllo, così da garantire che lo spostamento di una funzione a livello di Unione europea non determini l’assenza di controlli democratici, rendendo l’azione del potere governativo più libera di quanto non sarebbe se si svolgesse ancora solo nell’ambito delle competenze dello Stato e attraverso la cooperazione internazionale.

¹⁰ Regolamento n. 2016/1624 del 14 settembre 2016 relativo alla guardia di frontiera e costiera europea che modifica il regolamento (UE) 2016/399 del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga il regolamento (CE) n. 863/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, il regolamento (CE) n. 2007/2004 del Consiglio e la decisione 2005/267/CE del Consiglio, in GUUE 16.9.2016 L 251/1.

La necessaria negoziazione con il Parlamento europeo, imposta dalla generalizzazione della procedura legislativa ordinaria, non ha determinato modifiche tangibili. Questo principalmente perché è l'agenda politica ad essere blindata attorno a misure relative solo ad alcuni settori ed i margini di cambiamento all'interno di ciascun negoziato risultano essere limitati. Le difficoltà registrate sulla riforma del regolamento Dublino ne rappresentano l'esempio più emblematico. Ma, come emerge dall'analisi che segue, è tutta la politica d'immigrazione e di asilo a risentire della prevalenza della dimensione intergovernativa a discapito di quella autenticamente europea.

2. Con la pubblicazione della prima comunicazione recante le linee generali di sviluppo della politica di immigrazione¹¹, la Commissione aveva elaborato un proprio orientamento, prevalentemente basato su un approccio pragmatico. La Commissione europea ha infatti più volte ribadito che la politica migratoria è necessaria per gestire un fenomeno destinato a continuare nel tempo, sia per le condizioni geopolitiche dei Paesi di origine, sia per le esigenze della stessa Unione europea, caratterizzata da un calo demografico che deve essere colmato per mantenere e possibilmente accrescere il benessere economico dell'Unione. La Commissione ha più volte affermato che l'immigrazione non può essere contrastata ma che, al contrario, deve essere adeguatamente regolata¹². Di conseguenza, la Commissione nel 2001 aveva presentato la proposta di direttiva sull'ingresso per motivi di lavoro¹³, che mirava a regolare in modo organico l'ingresso e il

¹¹ Comunicazione COM(2000)757 del 22.11.2000 *su una politica comunitaria in materia di immigrazione*. La Commissione muoveva dalla constatazione che l'immigrazione, essendo un fenomeno costante, non possa essere contrastato ma che, al contrario, vada adeguatamente regolato in modo da poterne trarre i massimi benefici; in aggiunta, secondo la Commissione le politiche di immigrazione "zero" adottate dai Paesi europei nei precedenti trenta anni non erano più adeguate considerando anche che l'andamento demografico dei Paesi dell'Unione europea e la crescente carenza di forza lavoro qualificata e non qualificata comportavano una sempre maggiore richiesta di lavoratori cittadini di Paesi terzi.

¹² Comunicazione sulla migrazione COM(2011)248 del 4 maggio 2011.

¹³ Proposta di direttiva relativa alle condizioni d'ingresso e di soggiorno dei cittadini di paesi terzi che intendono svolgere attività di lavoro subordinato o autonomo, COM(2001)386 dell'11 luglio 2001, in GUUE C332E del 27 novembre 2001, 248-256.

soggiorno dei migranti c.d. economici, addirittura prospettando la possibilità di ingresso per ricerca di lavoro. Tuttavia, tale proposta non è mai stata approvata: lasciata in un binario morto, è stata poi definitivamente ritirata nel 2005, alla luce della netta opposizione dei Governi e delle mutate priorità nella realizzazione dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia concordate a partire dalla fine del 2001¹⁴.

Non essendo mai stata adottata una normativa europea di disciplina dell'immigrazione per motivi di lavoro, gli Stati hanno mantenuto una quasi totale discrezionalità in materia. Tuttavia, l'Unione potrebbe legiferare anche in questo ambito, limitando gli spazi di autonomia statale a seconda del tipo di atto adottato e del suo contenuto, con l'unico limite dato dalla determinazione del volume di ingressi di cittadini provenienti da Paesi terzi allo scopo di cercare un lavoro dipendente o autonomo (art. 79, punto 5, del TFUE).

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

Inoltre, mentre negli ordinamenti nazionali la normativa sull'immigrazione è costituita da una legislazione organica, talvolta completata da disposizioni specifiche o di attuazione, le istituzioni dell'Unione europea hanno invece optato per l'adozione di disposizioni settoriali, volte a disciplinare singoli segmenti della condizione giuridica dello straniero, come il ricongiungimento familiare o l'allontanamento, i diritti dei residenti di lungo periodo o il rilascio dei visti di breve durata. Se questo metodo ha consentito di attenuare i contrasti tra gli Stati, permettendo negoziazioni su aspetti specifici onde pervenire ad un compromesso accettabile, è indubbio che il quadro generale ne abbia risentito negativamente, anche solo considerando la coerenza della politica in questo settore, potendo i singoli negoziati

¹⁴ Il nuovo corso fu allora segnato dalla presentazione del Libro verde sull'immigrazione per motivi economici, in seguito al quale è stato adottato un Piano d'azione sull'immigrazione legale che è stato poi sostanzialmente confermato con il Programma di Stoccolma approvato a dicembre 2009.

sfociare in scelte dettate esclusivamente dalla situazione contingente, piuttosto che dalla ricerca della soluzione più adeguata alla disciplina della fattispecie.

Tutti questi profili di criticità e la necessità che l'Unione intervenga in modo innovativo per regolare la politica di immigrazione sono stati a più riprese sottolineati non solo dal mondo accademico, ma anche dalle stesse istituzioni, inclusa la Commissione che ha approvato il 29 marzo 2019 un corposo "controllo di qualità" della legislazione, già preannunciato nel 2013 e volto a verificare l'attualità della necessità degli atti UE adottati in questa materia e l'individuazione di misure volte a colmare le lacune o a superare le criticità riscontrate¹⁵. Analogamente ha fatto il Parlamento europeo con un altrettanto corposo studio su "The Cost of Non-Europe in the Area of Legal Migration"¹⁶, nonché il Comitato delle Regioni con il parere "I costi della non immigrazione e non integrazione" adottato il 12 dicembre 2018¹⁷.

Sono studi che meritano di essere diffusi e analizzati attentamente, perché hanno il pregio di offrire analisi e dati oggettivi in una materia troppo spesso trattata senza approccio scientifico e rimessa agli umori politici di improvvisati avventori dei palazzi di governo. Sono anche l'ennesima conferma del fatto che tutte le istituzioni europee hanno invocato l'esigenza di una diversa politica europea di immigrazione, senza tuttavia che il Consiglio europeo e il Consiglio abbiano mai voluto assecondare tali richieste. È dunque ormai pacifico che l'incapacità dell'Unione di produrre una politica credibile del governo del fenomeno migratorio sia diretta responsabilità dei Governi degli Stati membri.

Il Nuovo patto sulla migrazione e l'asilo presentato il 23 settembre del 2020 non presenta alcuna novità significativa al riguardo¹⁸. Sulla migrazione legale il massimo che è stato possibile introdurre è la

¹⁵ Commissione europea, Fitness check on EU Legislation on legal migration, SWD(2019)1055 del 29 marzo 2019.

¹⁶ Parlamento europeo, The Cost of Non-Europe in the Area of Legal Migration, marzo 2019.

¹⁷ Comitato delle regioni, I costi della non immigrazione e non integrazione, doc. 2019/C 110/01 del 12 dicembre 2018.

¹⁸ Per un'analisi articolata su tutti gli aspetti rilevanti del Patto, si vedano i numerosi contributi pubblicati nel *Focus Proposta di patto su immigrazione e asilo*, disponibile su: aisdue.eu.

promozione di una consultazione pubblica a seguito della quale valutare possibili proposte normative. È improbabile questo avvenga prima della fine della legislatura in corso, considerato che siamo già a metà della legislatura con numerosi altri dossier delicati che assorbono le energie delle istituzioni e delle capitali europee.

3. Nell'ordinamento dell'Unione europea non esiste alcun diritto in capo ai cittadini di Paesi terzi regolarmente soggiornanti di circolare e soggiornare in un altro Stato membro, se non per un periodo massimo di novanta giorni. Ciò vale per tutti i cittadini di Paesi terzi, qualunque sia il loro *status*. Addirittura, anche in base alla direttiva sui lungo soggiornanti, i cittadini che ottengono tale *status* possono soggiornare in un altro Stato membro solo se soddisfano i requisiti e le condizioni stabilite dagli Stati membri, vale a dire in base alle norme sull'ingresso e il soggiorno dei cittadini di Paesi terzi¹⁹. Nell'ambito del diritto di asilo, la regola assume una rilevanza primaria, dato che è principio consolidato che non vi sia alcun diritto di scegliere lo Stato UE dove richiedere protezione internazionale e che, una volta individuato lo Stato competente, non vi possano essere movimenti interni all'area Schengen, i c.d. movimenti secondari. In particolare, l'obiettivo del contrasto dei movimenti secondari è divenuto centrale e talvolta prevalente nella politica di asilo europea, pur senza essere in alcun modo menzionato nei Trattati e pur essendo oggettivamente inconciliabile con l'eliminazione dei controlli alle frontiere interne realizzata attraverso il sistema Schengen. In un'area di libera circolazione e con notevoli differenze tra i sistemi di *welfare* e del lavoro degli Stati membri, se anche infatti vi fosse una piena armonizzazione dei sistemi di asilo, i movimenti ci sarebbero lo stesso, essendo determinati in gran parte dal sistema Paese nel suo insieme (*welfare* e prospettive occupazionali) e non solo dai sistemi di asilo nazionali²⁰.

¹⁹ Direttiva 2003/109/CE del 25 novembre 2003: 44-53. Lo *status* viene riconosciuto a coloro che risiedono regolarmente per un periodo consecutivo di cinque anni.

²⁰ J. P. BREKKE, G. BROCHMANN, *Stuck in Transit: Secondary Migration of Asylum Seekers in Europe, National Differences, and the Dublin Regulation*, in *Journal of Refugees Studies*, n. 2, 2015, pp. 145-162.

Baluardo del divieto dei movimenti secondari è il regolamento Dublino recante i criteri per determinare lo Stato membro competente per esaminare le richieste di protezione internazionale che, in mancanza di un diritto di circolazione e soggiorno anche a favore dei beneficiari di protezione internazionale, diviene lo Stato dove il richiedente asilo dovrebbe rimanere per sempre²¹. Nonostante che la Convenzione sia stata sostituita nel 2003 da un regolamento dell'Unione, modificato da ultimo nel 2013, il sistema non è stato mai sostanzialmente cambiato²². È come se l'*imprinting* internazionale abbia condizionato il contenuto e lo sviluppo della disciplina, senza che l'avvento dell'Unione e la creazione dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia abbiano modificato l'ordine delle priorità, imponendo la modifica delle norme vigenti. In particolare, invariati sono i criteri di determinazione dello Stato competente, tra i quali spicca quello dello Stato di primo ingresso irregolare nell'UE²³. Sebbene i dati dimostrino che anche gli Stati di frontiera interna dell'Unione registrino un numero elevato di richieste

²¹ Tali regole, originariamente parte integrante della Convenzione di Schengen, sono confluite nella Convenzione internazionale sullo Stato membro competente, firmata tra i 12 Stati membri dell'allora Comunità europea, incluso il Regno Unito, e meglio nota come Convenzione di Dublino 1990. Il capitolo VII del titolo II dell'Accordo di Schengen recava proprio i criteri per determinare lo Stato competente per l'esame delle domande d'asilo, poi confluiti nella Convenzione sulla determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di asilo presentata in uno degli Stati membri delle Comunità europee, firmata a Dublino il 15 giugno 1990 ed entrata in vigore nel 1990, GUCE 19 agosto 1997 C 254. L'esigenza di determinare lo Stato competente ad esaminare le domande di protezione internazionale è emersa tra gli Stati del Consiglio d'Europa già negli anni Ottanta, a prescindere dunque dalla creazione di un'area di libera circolazione delle persone. Allora, infatti, l'obiettivo principale era quello di ridurre il fenomeno dei rifugiati «in orbita», circolanti tra uno Stato e l'altro senza che vi fosse certezza su chi dovesse essere lo Stato competente. Già in tale ambito si affermò ben presto anche l'esigenza degli Stati di limitare il numero di richiedenti asilo rientranti nella propria giurisdizione; si v. A. HURWITZ, *The Collective Responsibility of States to Protect Refugees*, Oxford, 2009, pp. 26-30. Le prospettive di rilancio del processo d'integrazione europea di fatto interruppero i lavori in seno al Consiglio d'Europa, i cui progetti di accordi non sono mai entrati in vigore.

²² La Convenzione di Dublino è stata "comunitarizzata" con il regolamento 343/2003, per questo comunemente denominato "regolamento Dublino II". A questo ha fatto poi seguito il regolamento 604/2013 del 26 giugno 2013 che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati, detto "Dublino III", pp. 31-59.

²³ Sentenza della Corte di giustizia del 26 luglio 2017, casa C-646/16, *Jafari*.

di protezione internazionale, la rigidità dei criteri e la loro applicazione concreta hanno contribuito negli anni a creare forti tensioni tra gli Stati membri²⁴.

A dispetto della centralità e della rilevanza ad esso attribuita dai Governi UE, il sistema Dublino non ha mai funzionato, neanche quando il numero dei richiedenti protezione internazionale era limitato, soprattutto se comparato con il numero dei migranti c.d. economici²⁵. Come prevedibile, la piena realizzazione dell'area di libera circolazione ha poi favorito i movimenti secondari, sebbene essi fossero già presenti tra gli Stati europei anche prima dell'avvento di Schengen. Tuttavia, essi sono stati tollerati fino a quando il loro numero era considerato sostenibile. Successivamente il sistema è letteralmente collassato, anche per alcune pronunce della Corte europea dei diritti umani (Corte EDU) con le quali sono stati condannati quegli Stati membri che, in esecuzione del regolamento Dublino, avevano proceduto a trasferimenti verso la Grecia e l'Italia senza verificare l'esclusione di un rischio di violazione dei diritti garantiti nella Convenzione, *in primis* dell'art. 3²⁶. Nonostante il tentativo della Corte di giustizia di avvalorare una peculiarità dei rapporti intra-UE anche in relazione al rispetto delle garanzie derivanti dalla Convenzione EDU, la Corte di Strasburgo ha ribadito il proprio consolidato orientamento in materia di allontanamento delle persone da uno Stato ad un altro, al quale non si sottraggono neanche i trasferimenti tra Stati UE in applicazione del regolamento Dublino²⁷.

²⁴ Si vedano i dati pubblicati dall'EASO a partire dal 2010, easo.europa.eu.

²⁵ Un sistema complesso che si è rivelato lentissimo e altamente inefficiente. Inequivocabili sono i dati sulle effettive riconsegne tra Stati membri dei richiedenti asilo e dei beneficiari della protezione internazionale, in ottemperanza ai criteri e alle regole procedurali ivi stabilite: solo circa l'8% delle richieste di trasferimento accettate è effettivamente eseguito. Commissione europea, *Evaluation of the Dublin III Regulation. Final report*, 4 dicembre 2015, p. 6; si veda anche il rapporto CIR, *Dublin II Regulation. Lives on Hold. European Comparative report*, febbraio 2013, www.refworld.org, spec. par. 3.1.

²⁶ Si vedano i c.d. "Dublin cases", così denominati dal servizio di comunicazione della Corte EDU, echr.coe.int/Documents/FS_Dublin_ENG.pdf.

²⁷ La Corte di giustizia dopo alcune pronunce difformi, sembra essersi allineata all'orientamento della Corte EDU. Si veda Corte di giustizia, sentenza del 16 febbraio 2017, causa C-578/16, *CK*; 7 giugno 2016, C-63/15, *Ghezelbash*; 7 giugno 2016, C-155/15, *Karim*. Sempre sul sindacato giurisdizionale relativamente ai c.d. *trasferimenti Dublino* e all'applicazione della c.d. clausola di sovranità si v. sentenze

La già conclamata crisi del sistema Dublino si è così propagata anche al sistema Schengen, con alcuni Stati membri che a partire dal 2015 hanno ripristinato i controlli alle frontiere interne²⁸. Gli Stati membri hanno anche a tratti dimostrato di preferire la limitazione della libera circolazione delle persone pur di non ammettere più un migrante, inclusi i richiedenti asilo. È in questo contesto che si inserisce, da ultimo, la proposta della Commissione di revisione del Codice frontiere Schengen anche al fine di consentire agli Stati di adottare misure supplementari per contrastare i movimenti irregolari tra Stati membri e combattere i soggiorni illegali, che in pratica consente agli Stati un maggior utilizzo dei pattugliamenti di frontiera, anche congiunti, al fine di facilitare la riammissione dei cittadini di Stati terzi all'atto dell'attraversamento di frontiere interne tra Stati membri²⁹.

Anche su questo fronte, il Nuovo patto sulla migrazione e l'asilo non offre prospettive per una efficace riforma del regolamento Dublino e per scongiurare ulteriori ripercussioni sul sistema Schengen. Congiuntamente al Patto è stata presentata una proposta di regolamento che nelle intenzioni della Commissione dovrebbe abrogare e sostituire il vigente regolamento Dublino. Tuttavia, le regole sulla determinazione dello Stato competente ad esaminare la domanda di protezione internazionale sono sostanzialmente mantenute. Tali regole sono state formulate riprendendo in gran parte quanto previsto nella proposta di riforma del 2016, mai approvata, valorizzando i profili sui quali era emerso un maggiore consenso in seno al Consiglio. Una riforma quella del 2016 che, giova ricordarlo, è naufragata per l'incapacità dei Governi in seno al Consiglio di trovare una sintesi tra le loro posizioni così da approvare il mandato a negoziare con il Parlamento europeo. Quest'ultimo, con una storica risoluzione del 16

della Corte di giustizia del 25 gennaio 2018, C-360/16, *Hasan*; del 19 marzo 2019, causa C-163/17, *Jawo*; del 2 aprile 2019, causa C-582/17, *H*; del 23 gennaio 2019, causa C-661/17, *MA*; del 6 giugno 2013, causa C-648/11, *MA*.

²⁸ Commissione europea, Member States' notifications of the temporary reintroduction of border control at internal borders pursuant to Article 25 et seq. of the Schengen Borders Code, disponibile su ec.europa.eu/dgs/home-affairs/.

²⁹ Proposal for a regulation amending Regulation (EU) 2016/399 on a Union Code on the rules governing the movement of persons across borders, COM(2021)891 del 14 dicembre 2021. Si veda anche, European Parliament Research Unit, "The Cost of non-Schengen. Impact of border controls within Schengen on the Single Market", April 2016.

novembre 2017 aveva, invece, approvato emendamenti alla proposta della Commissione che modificavano radicalmente il sistema, considerando l'ingresso in qualsiasi Stato membro come l'ingresso nella terra dell'Unione e così applicando criteri innovativi nell'individuazione dello Stato competente, prescindendo da quello dello Stato di primo ingresso irregolare.

Lungi dal seguire quanto approvato dal Parlamento europeo, la Commissione ha invece confermato sostanzialmente i criteri attualmente vigenti, in particolare quello dello Stato di primo ingresso irregolare, con alcune minime innovazioni che non saranno però tali da influire in modo significativo sul funzionamento del regolamento.

Se anche la proposta dovesse essere approvata, prospettiva poco probabile, un certo successo del sistema potrà essere garantito solo dai piccoli numeri, ed è anche per questo che la riduzione del numero dei richiedenti protezione internazionale, la limitazione dell'accesso al territorio e le procedure accelerate di frontiera e, più in generale le misure di contenimento dei flussi verso l'Unione sono divenute le misure strategiche della politica europea in questo settore.

4. L'incapacità di adottare un'efficace politica migratoria, di trovare soluzioni efficaci per gestire la c.d. crisi dei migranti, ma anche per definire un sistema europeo di asilo autenticamente comune ha portato ad un rafforzamento della cooperazione con i Paesi terzi al fine di ridurre gli ingressi di migranti e di richiedenti asilo nei territori europei. La cooperazione con gli Stati di origine e di transito ha assunto una dimensione strategica nel contrasto del traffico di migranti, nel rimpatrio dei migranti irregolari e nell'accoglienza dei richiedenti asilo fuori dall'Unione, con qualsiasi incentivo economico a disposizione dell'UE e degli Stati³⁰.

Si inserisce pienamente in questa nuova strategia la cooperazione con la Turchia, divenuto il Paese chiave per contenere il flusso dei cittadini siriani verso l'Unione. In virtù di una *dichiarazione* datata 18 marzo 2016, la Turchia si è impegnata a garantire accoglienza e protezione a circa tre milioni di cittadini siriani, in cambio di ingenti

³⁰ Nuovo quadro di partenariato con i paesi terzi nell'ambito dell'agenda europea sulla migrazione, COM(2016)385 del 7 giugno 2016.

finanziamenti da parte dell'UE e degli Stati membri (in totale sei miliardi di euro per la prima fase della cooperazione) e dello sblocco dei negoziati sull'accordo per la liberalizzazione dei visti a favore dei cittadini turchi che, però, non è stato realizzato. Per la prima volta è stato disciplinato il rimpatrio anche di richiedenti asilo, attraverso l'obbligo imposto alla Grecia di qualificare la Turchia come Paese sicuro.

Pur con tutte le incertezze circa la tenuta dell'accordo nel lungo periodo, nonché, più in generale, sul condizionamento delle relazioni dell'UE con la Turchia, esso è stato considerato un modello da replicare, *mutatis mutandis*, nelle relazioni con i Paesi di origine e di transito, in particolare con il Niger e con la Libia. Significativo è anche l'impiego in questi Paesi di missioni militari dell'UE e degli Stati³¹. È infatti vivace su questo fronte anche la cooperazione bilaterale, che vede impegnata in prima fila l'Italia. Ingenti sforzi sono stati compiuti per rendere operativa la guardia costiera libica, così da ridurre la presenza delle imbarcazioni europee nel Mediterraneo ed evitare di essere direttamente impegnati nelle attività di ricerca e soccorso in mare. Questo per ridurre al minimo la necessità di intervento da parte delle navi europee ed evitare così di dover portare i migranti soccorsi in un porto sicuro, normalmente un porto italiano, in ottemperanza agli obblighi derivanti dal diritto internazionale del mare ed al principio di *non refoulement*.

Caratteristica di questa cooperazione è la perdita della forma tradizionale tipica degli accordi di riammissione e l'affermazione dell'informalità e della flessibilità delle relazioni internazionali³².

³¹ La più nota è la missione EUNAVFOR MED Sophia, decisa nel 2015 e conclusa il 31 marzo 2020, Decisione PESC 2015/778 del Consiglio del 18 maggio 2015 *relativa a un'operazione militare dell'Unione europea nel Mediterraneo centromeridionale*; in Mali è stata avviata nel 2015 la missione EUCAP Sahel Mali, una missione civile dell'Unione (decisione (PESC) 2017/50 del Consiglio dell'11 gennaio 2017 che modifica la decisione 2014/219/PESC relativa alla missione dell'Unione europea in ambito PSDC in Mali (EUCAP Sahel Mali) e prorogata, da ultimo, fino al gennaio 2023. Dal 2012 è operativa la missione EUCAP Sahel Niger: decisione 2012/392/PESC del Consiglio del 16 luglio 2012 relativa alla missione dell'Unione europea in ambito PSDC in Niger (EUCAP Sahel Niger).

³² Una raccolta ragionata degli accordi di riammissione dell'Unione e dell'Italia, nonché delle variegate forme della cooperazione internazionale in questo settore, può

Come la cooperazione con la Turchia è stata suggellata non da un accordo formale ma da una “dichiarazione”, così avviene anche per le altre collaborazioni in atto che possono assumere denominazioni diverse, come patti o dialoghi, ma senza assumere la forma del vero e proprio accordo internazionale.

Interessante è poi l'intreccio che sussiste tra l'azione dell'UE e quella da parte degli Stati. La cooperazione con la Turchia è stata realizzata attraverso l'azione diretta dei Capi di Stato e di Governo, insieme a rappresentanti delle istituzioni europee e finanziata con una combinazione di risorse provenienti in parte dai bilanci nazionali e in parte da quello UE. In questo contesto, il controllo sulle attività realizzate risulta molto difficile, sia per la commistione tra misure UE e misure nazionali, sia per la mancata adozione di atti formali, suscettibili di controllo politico e/o giurisdizionale. In relazione alla cooperazione UE/Turchia, ad esempio, secondo la Corte di giustizia siamo di fronte all'assenza di un accordo dell'Unione, trattandosi di un accordo concluso dai Capi di Stato e di Governo dell'Unione e non dall'Unione stessa³³. Dello stesso orientamento è stato il Parlamento europeo che non ha inteso contestare la violazione delle proprie prerogative ed ha rinunciato ad esperire un ricorso per annullamento di fronte alla Corte di giustizia. Tuttavia, se si trattasse effettivamente di un accordo degli Stati membri, occorrerebbe che le procedure interne sulla competenza a stipulare fossero rispettate, cosa che non si è verificata nel caso di specie.

La politica del contenimento dei flussi è accompagnata da misure che potremmo definire come *compensatorie*. Sono misure che vengono valorizzate dalle istituzioni europee e dagli Stati membri per giustificare di fronte alla comunità internazionale un'azione fortemente

essere reperita nell'annata 2016 della rivista *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, ad essi interamente dedicata.

³³ La Corte di giustizia dell'Unione europea ha pronunciato una criticabile ordinanza di inammissibilità su un ricorso diretto di annullamento presentato da due cittadini pachistani ed uno afgano; 12 settembre 2018, *NF e a. c. Consiglio europeo*, causa C-208/17 sul ricorso contro l'ordinanza del Tribunale del 28 febbraio 2017, *NC c. Consiglio europeo*, causa T-192/16. Si veda anche Tribunale 7 febbraio 2018, *Access Info Europe contro Commissione europea*, causa T-851/16. Tra tutti i numerosi contributi sul punto si veda Marchegiani e 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. 70-74.

limitativa del diritto delle persone di migrare e di cercare protezione internazionale. È in questo contesto che devono essere inquadrati gli interventi di cooperazione e di assistenza umanitaria, nonché le diverse misure che possiamo definire di “ingresso protetto”.

Tuttavia, mentre il contenimento dei flussi è una misura di breve periodo, le altre misure possono produrre risultati di medio o lungo periodo. Addirittura, le iniziative di cooperazione allo sviluppo tendono nel medio periodo ad un aumento dell'emigrazione, cosa che è però esclusa dall'assenza di canali di ingresso regolari. Inoltre, per quanto riguarda le misure di ingresso protetto, va dato atto all'Unione di avere incentivato l'adozione di misure di reinsediamento, ammissione umanitaria e ricollocazione, ma solo con una raccomandazione agli Stati membri³⁴.

5. Come per l'immigrazione, anche per l'asilo la Commissione aveva pubblicato all'indomani dell'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam, il proprio orientamento che, assieme alle Conclusioni del Consiglio europeo di Tampere, ha delineato le linee di sviluppo della politica che avrebbero poi portato alla realizzazione del sistema europeo comune di asilo, incentrato sulla nozione di protezione internazionale³⁵. In particolare, la strategia concordata si è sviluppata attraverso due fasi successive, caratterizzate da un diverso livello di armonizzazione delle legislazioni nazionali volte a disciplinare tutti gli

³⁴ Si veda da ultimo la raccomandazione su reinsediamento, ammissione umanitaria del 23 settembre 2020, C(2020) 6467.

³⁵ Direttiva 2001/55/CE, Norme minime per la concessione della protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati e sulla promozione dell'equilibrio degli sforzi tra gli stati membri che ricevono sfollati e subiscono le conseguenze dell'accoglienza degli stessi; direttiva 2013/32/UE, del 26 giugno 2013, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale; direttiva 2013/33/UE, del 26 giugno 2013, recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale; direttiva 2011/95/UE, del 13 dicembre 2011, recante norme sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta; regolamento 604/2013, del 26 giugno 2013, che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati. F. CHERUBINI, *Asylum Law in the European Union*, London, 2015.

aspetti rilevanti del sistema di protezione: l'accoglienza, le procedure, le qualifiche e la determinazione dello Stato competente. Per favorire la corretta applicazione del sistema europeo di asilo a livello nazionale è stato anche creato l'Ufficio europeo per il sostegno dell'asilo³⁶.

In aggiunta, la possibilità, ammessa dalle direttive europee di accordare la protezione umanitaria in base alla legislazione nazionale, consente di offrire una tutela residuale e più ampia di quella risultante dalla protezione internazionale di derivazione europea³⁷. La Corte di giustizia, nel riconoscere che sussiste ancora spazio per forme di protezione più favorevoli disciplinate dal diritto nazionale, come espressamente ammesso dalle direttive UE, ha chiarito che esse devono sempre essere compatibili con le direttive ed in particolare devono rispondere ad una *ratio* di protezione diversa così da non confondersi con quelle di derivazione UE³⁸.

Il sistema europeo di asilo è largamente basato sulla Convenzione di Ginevra sul diritto dei rifugiati e sul principio di non respingimento ma ne rappresenta uno sviluppo progressivo, sia per la codificazione d'interpretazioni evolutive della stessa Convenzione di Ginevra, sia per l'espressa inclusione nel sistema europeo di quelle fattispecie diverse dal diritto di asilo che non hanno ancora avuto un'autonoma e completa disciplina a livello internazionale e né, spesso, a livello nazionale. Ci si riferisce in particolar modo ai limiti all'allontanamento derivanti dalla Convenzione europea dei diritti umani che in gran parte sono oggi "coperti" dalla nozione di protezione sussidiaria, mutando da meri obblighi di tipo negativo in veri e propri obblighi positivi di protezione e di riconoscimento di uno specifico *status*. Complementare alla protezione internazionale è poi la protezione umanitaria, contemplata ma non disciplinata dal diritto dell'Unione, che rinvia alla legislazione degli Stati membri che la possono discrezionalmente riconoscere per motivi umanitari o caritatevoli. La Corte di giustizia ha poi svolto e continua a svolgere quel ruolo tipico di garante dell'uniforme interpretazione e applicazione del diritto dell'Unione, sia delle norme

³⁶ Proposta di regolamento relativo all'Agenzia dell'Unione europea per l'asilo e che abroga il regolamento (UE) n. 439/2010, COM(2016)271 del 4 maggio 2016.

³⁷ Corte di Cassazione 23 febbraio 2018, n. 4455.

³⁸ Sentenze della Corte di giustizia del 9 novembre 2010, causa C-57/09, *B. e D.*, punti 118-121; 18 dicembre 2014, causa C-542/13, *M'Bodj*, punti 43-47.

derivate sia delle norme primarie, in particolare della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. La Corte ha avuto modo di chiarire che la Convenzione di Ginevra, alla quale rinviano sia l'art. 78 TFUE, sia l'art. 18 della Carta, sia la normativa derivata, costituisce "il livello di protezione minimo" che ben può essere derogato *in melius* dall'Unione europea. Si tratta di un principio basilare nel rapporto tra strumenti di tutela dei diritti umani e molto rilevante per districarsi nel labirinto delle fonti internazionali, europee e nazionali, tutte rilevanti in materia di asilo³⁹.

A dispetto dell'autoqualificazione del sistema europeo di asilo come comune, tutt'oggi esistono notevoli differenze nei sistemi di asilo nazionali e l'armonizzazione rimane una chimera. Inoltre, l'impatto negli Stati membri è stato diverso a seconda della legislazione già vigente a livello nazionale. In Stati come l'Italia, l'impatto è stato significativo, considerando l'assenza di un sistema organico in materia di asilo che è stato introdotto proprio grazie all'attuazione delle direttive europee. Più complesso è valutare tale processo in termini qualitativi, vale a dire se vi sia stata in Italia o negli altri Stati membri un'evoluzione della tutela del diritto di asilo grazie all'attuazione del sistema europeo comune di asilo. È un dato oggettivo che le riforme che hanno interessato il diritto di asilo in Italia a partire dal 2017 sono state in gran parte introdotte in virtù di quanto disposto dal sistema europeo di asilo. Ciò è sicuramente vero per l'introduzione delle procedure accelerate, di frontiera e dei concetti di Paese sicuro, tutte già contemplate nella direttiva 2013/32/UE c.d. *direttiva procedure* ma come opzioni, lasciando cioè agli Stati la possibilità di scegliere se introdurle o meno nei propri ordinamenti. Nell'ordinamento italiano tali concetti non erano stati introdotti fino all'adozione del d.l. 113/2018, essendo sempre stati ritenuti contrari al disposto costituzionale, soprattutto per la difficoltà ad effettuare un esame individuale con la prevista riduzione delle garanzie procedurali. L'ampio utilizzo di tali nozioni negli Stati membri, nonché le prospettive di riforma volte a renderli obbligatori per tutti, hanno in qualche modo rafforzato la volontà del Governo italiano di renderli operativi anche nel nostro

³⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 14 maggio 2019, causa C-391/16, *M*, punti 96 e 111.

ordinamento. Analogamente si può affermare rispetto all'abrogazione dell'appello e della protezione c.d. umanitaria: in questo caso il sistema europeo di asilo nulla dispone in proposito, lasciando agli Stati membri ampia discrezionalità sulla disciplina dell'appello dopo il primo grado di giudizio o sulla protezione umanitaria. Tali riforme, in altri termini, sono state introdotte non perché *imposte* dal diritto dell'Unione europea, ma perché da esso *previste* come opzioni o *consentite* in quanto non disciplinate.

Inoltre, nel pacchetto di riforma del sistema europeo di asilo presentato nel 2016, non approvato entro la fine della legislatura 2014-2019, ma in gran parte riproposto con il Nuovo patto sulla migrazione e l'asilo del 23 settembre 2020, erano previste disposizioni volte ad irrigidire i criteri disposti dal regolamento Dublino, ad accentuare i meccanismi sanzionatori, ad applicare in modo obbligatorio i concetti di Paese sicuro e la conseguente applicazione delle procedure di frontiera ed accelerate. Il tutto realizzato attraverso regolamenti e non più direttive, nonché con l'eliminazione della clausola delle disposizioni più favorevoli, che consente oggi agli Stati di introdurre o mantenere in vigore norme nazionali più favorevoli rispetto a quelle previste dalle direttive UE, privando gli Stati di quei margini di discrezionalità che in Italia hanno consentito un adattamento in piena conformità con il diritto di asilo costituzionale riconosciuto dall'art. 10 Cost.

Dall'esame del Sistema europeo comune di asilo e, soprattutto dalle sue prospettive di riforma, emerge una tendenza nella legislazione dell'Unione a ridurre il livello dei diritti e delle garanzie riconosciute ai richiedenti protezione internazionale, tendenza acuita nella risposta dell'Unione alla c.d. crisi dei migranti e dei richiedenti asilo che ha raggiunto la sua acme tra il 2014 e il 2017.

Se la legislazione europea, soprattutto di armonizzazione delle norme nazionali, tende ad assestarsi su un livello di tutela dei diritti decrescente e sicuramente inferiore rispetto a quello disposto dalla Costituzione italiana, si pone evidentemente un problema di potenziale conflitto tra fonti. Potrebbe addirittura accadere che un Governo in seno al Consiglio sia favorevole ad adottare un atto di armonizzazione delle norme nazionali che contrasti con i principi fondamentali della sua Costituzione, come il diritto costituzionale di asilo. L'Unione potrebbe

così divenire il luogo usato per imporre una riduzione degli *standard* derivanti dalle Costituzioni nazionali nel nome dell'armonizzazione europea. Uno *standard* che dovrebbe poi prevalere sullo *standard* nazionale sulla base del consolidato orientamento della Corte di giustizia dell'Unione europea⁴⁰. Si porrebbe così anche la premessa di un conflitto tra diritti fondamentali che, preconstituito dal legislatore europeo con il concorso dei Governi nazionali, dovrebbe poi essere risolto in sede giurisdizionale, con tutte le difficoltà che notoriamente si pongono. Più efficace sarebbe, invece, l'introduzione di sistemi e di procedure di prevenzione del conflitto da attivarsi durante la procedura legislativa ordinaria e a prescindere dall'iniziativa dei rappresentanti dei Governi degli Stati membri, perlomeno quando vi siano in gioco diritti costituzionali⁴¹.

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

6. Le ricorrenti crisi che l'Unione si trova ad affrontare in materia d'immigrazione e asilo hanno dimostrato l'inidoneità dell'Unione

⁴⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 26 febbraio 2013, causa C-399/11, *Melloni*, punti 62 e 63. Orientamento confermato anche nella sentenza del 5 dicembre 2017, causa C-42/17, *M.A.S. e M.B.*, punti 45 e 46. E. MUIR, *The Fundamental Rights Implications of EU Legislation: Some Constitutional Challenges*, in *Common Market Law Review*, n. 1, 2014, pp. 219-246; A. TORRES PÉREZ, *Melloni in Three Acts: From Dialogue to Monologue*, in *European Competition Law Review*, n. 2, 2014, pp. 308-331; N. DE BOER, *Addressing rights divergences under the Charter: Melloni*, in *Common Market Law Review*, n. 4, 2013, pp. 1083-1104; N. LAZZERINI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. I limiti di applicazione*, Milano, 2018.

⁴¹ European Commission Staff Working Paper, Operational Guidance on taking account of Fundamental Rights in Commission Impact Assessment, SEC(2011)567 of 6 May 2011; Interinstitutional Agreement between the European Parliament, the Council of the European Union and the European Commission on Better Law-Making of 13 aprile 2016, punto 12. N. LAZZERINI, *Le clausole generali della Carta dei diritti fondamentali nel law-making europeo: codificazione e Innovazione nella determinazione del livello di tutela*, in A. ANNONI, S. FORLATI, F. SALERNO (a cura di), *La codificazione nell'ordinamento internazionale e dell'Unione europea*, Napoli, 2019, pp. 515-523.

europea ad adottare misure efficaci, essendo necessarie non solo misure quali il controllo delle frontiere o dei dati delle persone, bensì anche un complesso di azioni di politica sociale ed economica, ancora in gran parte di competenza nazionale o sulle quali i Governi non intendono rinunciare alla loro piena discrezionalità. Esse hanno dimostrato, inoltre, l'ontologica inconciliabilità tra uno spazio di libera circolazione e le misure volte a contrastare i movimenti secondari, soprattutto di chi è stato riconosciuto beneficiario di protezione internazionale.

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

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

In ultima analisi, i Governi degli Stati membri non hanno ancora accettato che sia l'Unione e non gli Stati a guidare la costruzione di queste politiche, consentendo ad ogni istituzione europea di svolgere pienamente il proprio ruolo e rinunciando al perseguimento

dell'unanimità in seno al Consiglio⁴². Non solo, dunque, l'Unione non ha adeguate competenze per governare in modo efficace l'immigrazione, ma essa risulta anche frenata nell'esercizio delle competenze attribuite, con ripetuti strappi anche a regole procedurali e prerogative delle istituzioni derivanti dai Trattati. A differenza di altri settori, nei quali l'Unione ha negli ultimi due anni adottato misure fortemente innovative, nessuno spiraglio emerge in materia di immigrazione e asilo, come confermato dal contenuto del Nuovo patto sulla migrazione e l'asilo del 23 settembre del 2020 e dall'andamento dei negoziati in corso.

⁴² E. AMBROSI, *The Unbearable Lightness of Leadership*, in *EUObserver*, 18 ottobre 2017.