



Freedom, Security & Justice:
European Legal Studies

Rivista giuridica di classe A

2021, n. 2

EDITORIALE
SCIENTIFICA



DIRETTORE

Angela Di Stasi

Ordinario di Diritto Internazionale e dell'Unione europea, Università di Salerno
Titolare della Cattedra Jean Monnet 2017-2020 (Commissione europea)
"Judicial Protection of Fundamental Rights in the European Area of Freedom, Security and Justice"

COMITATO SCIENTIFICO

Sergio Maria Carbone, Professore Emerito, Università di Genova
Roberta Clerici, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale privato, Università di Milano
Nigel Lowe, Professor Emeritus, University of Cardiff
Paolo Mengozzi, Professore Emerito, Università "Alma Mater Studiorum" di Bologna - già Avvocato generale presso la Corte di giustizia dell'UE
Massimo Panebianco, Professore Emerito, Università di Salerno
Guido Raimondi, già Presidente della Corte EDU - Presidente di Sezione della Corte di Cassazione
Silvana Sciarra, Professore Emerito, Università di Firenze - Giudice della Corte Costituzionale
Giuseppe Tesaurò, Professore f.r. di Diritto dell'UE, Università di Napoli "Federico II" - Presidente Emerito della Corte Costituzionale[†]
Antonio Tizzano, Professore Emerito, Università di Roma "La Sapienza" - Vice Presidente Emerito della Corte di giustizia dell'UE
Ennio Triggiani, Professore Emerito, Università di Bari
Ugo Villani, Professore Emerito, Università di Bari

COMITATO EDITORIALE

Maria Caterina Baruffi, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Verona
Giandonato Caggiano, Ordinario f.r. di Diritto dell'Unione europea, Università Roma Tre
Pablo Antonio Fernández-Sánchez, Catedrático de Derecho Internacional, Universidad de Sevilla
Inge Govaere, Director of the European Legal Studies Department, College of Europe, Bruges
Paola Mori, Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università "Magna Graecia" di Catanzaro
Lina Panella, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Messina
Nicoletta Parisi, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale, Università di Catania - già Componente ANAC
Lucia Serena Rossi, Ordinario di Diritto dell'UE, Università "Alma Mater Studiorum" di Bologna - Giudice della Corte di giustizia dell'UE



COMITATO DEI REFEREES

Bruno Barel, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Padova
Marco Benvenuti, Associato di Istituzioni di Diritto pubblico, Università di Roma "La Sapienza"
Raffaele Cadin, Associato di Diritto Internazionale, Università di Roma "La Sapienza"
Ruggiero Cafari Panico, Ordinario f.r. di Diritto dell'Unione europea, Università di Milano
Ida Caracciolo, Ordinario di Diritto Internazionale, Università della Campania - Giudice dell'ITLOS
Federico Casolari, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università "Alma Mater Studiorum" di Bologna
Luisa Cassetti, Ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico, Università di Perugia
Giovanni Cellamare, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Bari
Marcello Di Filippo, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Pisa
Rosario Espinosa Calabuig, Catedrático de Derecho Internacional Privado, Universitat de València
Ana Cristina Gallego Hernández, Profesora Ayudante de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Universidad de Sevilla
Pietro Gargiulo, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Teramo
Giancarlo Guarino, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale, Università di Napoli "Federico II"
Elspeth Guild, Associate Senior Research Fellow, CEPS
Victor Luis Gutiérrez Castillo, Profesor de Derecho Internacional Público, Universidad de Jaén
Ivan Ingravalle, Associato di Diritto Internazionale, Università di Bari
Paola Ivaldi, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Genova
Luigi Kalb, Ordinario di Procedura Penale, Università di Salerno
Luisa Marin, Marie Curie Fellow, European University Institute
Simone Marinai, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Pisa
Fabrizio Marongiu Buonaiuti, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Macerata
Rostane Medhi, Professeur de Droit Public, Université d'Aix-Marseille
Stefano Montaldo, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Torino
Violeta Moreno-Lax, Senior Lecturer in Law, Queen Mary University of London
Claudia Morviducci, Professore Senior di Diritto dell'Unione europea, Università Roma Tre
Leonardo Pasquali, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Pisa
Piero Pennetta, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale, Università di Salerno
Emanuela Pistoia, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Teramo
Concetta Maria Pontecorvo, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Napoli "Federico II"
Pietro Pustorino, Ordinario di Diritto Internazionale, Università LUISS di Roma
Alessandra A. Souza Silveira, Diretora do Centro de Estudos em Direito da UE, Universidade do Minho
Angel Tinoco Pastrana, Profesor de Derecho Procesal, Universidad de Sevilla
Chiara Enrica Tuo, Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Genova
Talitha Vassalli di Dachenhausen, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale, Università di Napoli "Federico II"
Alessandra Zanobetti, Ordinario di Diritto Internazionale, Università "Alma Mater Studiorum" di Bologna

COMITATO DI REDAZIONE

Francesco Buonomenna, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno
Caterina Fratea, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Verona
Anna Iermano, Assegnista di ricerca in Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno
Angela Martone, Dottore di ricerca in Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno
Michele Messina, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Messina
Rossana Palladino (*Coordinatore*), Ricercatore di Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno

Revisione abstracts a cura di

Francesco Campofreda, Dottore di ricerca in Diritto Internazionale, Università di Salerno



Rivista quadrimestrale on line "Freedom, Security & Justice: European Legal Studies"

www.fsjeurostudies.eu

Editoriale Scientifica, Via San Biagio dei Librai, 39 - Napoli

CODICE ISSN 2532-2079 - Registrazione presso il Tribunale di Nocera Inferiore n° 3 del 3 marzo 2017



Indice-Sommario **2021, n. 2**

numero monografico

VERSO UN QUADRO COMUNE EUROPEO ED UNA NUOVA GOVERNANCE DELLA MIGRAZIONE E DELL'ASILO

TOWARDS A COMMON EUROPEAN FRAMEWORK AND A NEW GOVERNANCE OF MIGRATION AND ASYLUM

<i>In memoriam</i>	p. 1
Presentazione <i>Angela Di Stasi</i>	p. 2
Editoriale La tutela (negata) dei migranti e dei rifugiati nella giurisprudenza della Corte dei diritti dell'uomo <i>Paulo Pinto de Albuquerque</i>	p. 4
Saggi, Articoli e Commenti Il “nuovo” Patto europeo sulla migrazione e l’asilo: recenti sviluppi in materia di solidarietà ed integrazione <i>Maria Cristina Carta</i>	p. 9
La normalizzazione della detenzione amministrativa alle frontiere esterne dell’Unione nel Nuovo Patto sulla migrazione e l’asilo <i>Eleonora Celoria</i>	p. 43
La trasformazione dell’Ufficio europeo di sostegno per l’asilo in un’Agenzia per l’asilo: una lettura in prospettiva della proposta di riforma nel contesto del Nuovo Patto europeo su migrazione e asilo <i>Marcella Cometti</i>	p. 71
Il “Nuovo Patto sulla migrazione e l’asilo” e la protezione dei minori migranti <i>Francesca Di Gianni</i>	p. 95
Accesso alle procedure di protezione internazionale e tutela delle esigenze umanitarie: la discrezionalità in capo agli Stati membri non viene intaccata dal Nuovo Patto sulla migrazione e l’asilo <i>Caterina Fratea</i>	p. 124



- Environmental migrants: UN recent and “soft” sensitivity v. EU deafening silence in the New European Pact on Migration and Asylum p. 150
Francesco Gaudiosi
- Captured between subsidiarity and solidarity: any European added value for the Pact on Migration and Asylum? p. 167
Luisa Marin, Emanuela Pistoia
- Sul partenariato UE-Stati terzi in ambito migratorio: le proposte del Nuovo Patto sulla migrazione e l’asilo in tema di rafforzamento delle capacità di *border management* p. 194
Daniele Musmeci
- The European Union’s Policy on Search and Rescue in the New Pact on Migration and Asylum: Inter-State Cooperation, Solidarity and Criminalization p. 215
Francesca Romana Partipilo
- Il Nuovo Patto sulla migrazione e l’asilo ed i migranti ambientali: una categoria “dimenticata”? p. 245
Francesca Perrini
- Osservazioni sul ruolo del Consiglio europeo in relazione al “Nuovo Patto sulla migrazione e l’asilo” p. 261
Nicola Ruccia
- Quote di ricollocazione e meccanismi di solidarietà: le soluzioni troppo “flessibili” del Patto dell’Unione europea su migrazione e asilo p. 281
Teresa Russo
- The ‘inward-looking’ securitization of the EU external migration policy in the *New Pact on Migration and Asylum*: a critical appraisal from a perspective of international law with reference to migration from Africa p. 305
Pierluigi Salvati
- L’*Informal International Lawmaking* in materia di riammissione: prassi e implicazioni sul rapporto tra diritto internazionale e diritto dell’Unione europea p. 324
Alessandra Sardu
- Il Nuovo Patto sulla migrazione e l’asilo dalla prospettiva della vulnerabilità: un’occasione mancata p. 351
Chiara Scissa



Il fenomeno migratorio oltre l'ordinario: riflessioni sulla proposta della Commissione circa un solido sistema di preparazione e di risposta alle crisi e a situazioni di forza maggiore

p. 388

Susanna Villani

IL NUOVO PATTO SULLA MIGRAZIONE E L'ASILO DALLA PROSPETTIVA DELLA VULNERABILITÀ: UN'OCCASIONE MANCATA

Chiara Scissa*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Significati e implicazioni della vulnerabilità. Una breve ricognizione. – 3. La “certificazione” della vulnerabilità nel diritto UE dell’immigrazione e asilo. – 4. Una panoramica della vulnerabilità nel Nuovo Patto sulla Migrazione e l’Asilo. – 5. La vulnerabilità *statale*. – 5.1. La vulnerabilità *statale* in situazioni di crisi e forza maggiore. – 5.2. Percorsi discrezionali di protezione e Paesi terzi vulnerabili. – 5.3. Brevi cenni sul ricollocamento dei “più vulnerabili”. – 6. Conclusioni.

1. Introduzione

Il 23 settembre 2020, la Commissione europea ha lanciato il ben noto Nuovo Patto sulla Migrazione e l’Asilo¹. L’analisi, sia in termini generali che specifici, del pacchetto di riforme è tutt’ora al centro di un ricco dibattito accademico al fine ultimo di valutare i pro e i contro di quella che potrebbe diventare la nuova politica europea in materia di migrazione e asilo. Ciò che si propone in questa sede è una lettura trasversale delle proposte della Commissione, orientata alla valutazione delle stesse in luce del concetto di vulnerabilità. Dal dibattito accademico emerge infatti che alcune delle proposte che si propongono più da vicino di mitigare le condizioni di vulnerabilità in cui versano i migranti e i richiedenti asilo non sono state finora adeguatamente affrontate. Pertanto, l’obiettivo di questo contributo è di valutare il Patto dalla prospettiva della vulnerabilità al fine ultimo di verificare se le proposte della Commissione vadano ad alleviare o, al contrario, ad aggravare le condizioni di vulnerabilità di migranti e richiedenti asilo che si trovino sul territorio dell’Unione. A tal fine, la seconda sezione esplora brevemente il

Articolo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

* Dottoranda in Diritto presso Scuola Superiore Sant’Anna di Pisa e Visiting Researcher presso la Divisione Migrazione, Ambiente e Cambiamento Climatico dell’Organizzazione Internazionale per le Migrazioni (OIM) di Vienna. Indirizzo e-mail: chiara.scissa@santannapisa.it. Desidero ringraziare Francesca Biondi Dal Monte per il suo costante supporto. Un ringraziamento particolare ad Elisa Piras, Francesca Romana Egle Partipilo e Letizia Palumbo, le cui puntuali osservazioni e commenti hanno fornito un contributo essenziale al presente lavoro. Ogni errore o misinterpretazione rimane di responsabilità mia.

¹ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, *Un nuovo patto sulla migrazione e l’asilo*, del 23 settembre 2020, COM(2020) 609 final.

significato e le principali caratteristiche del concetto di vulnerabilità applicato agli individui, traendo spunto dalla copiosa letteratura etico-giuridica sul tema. La terza e quarta sezione guardano alle implicazioni del concetto di vulnerabilità applicato nel diritto UE sull'immigrazione e l'asilo, i contrastanti approcci adottati dalla Commissione nelle diverse fasi di sviluppo del Sistema Europeo Comune di Asilo (SECA) e, in ultimo, nel Nuovo Patto sulla Migrazione e l'Asilo, in cui la Commissione sembra abbandonare la nozione di vulnerabilità applicata alle persone per attribuirla, in maniera innovativa, agli Stati Membri e ai Paesi terzi particolarmente esposti alle sfide poste dai movimenti migratori. Si potrebbe assistere quindi al preludio di un cambio di prospettiva e all'emergere della cd. *vulnerabilità statale*², al centro della quinta sezione. Questa parte si concentra poi su due atti peculiari dal punto di vista della vulnerabilità: la proposta di regolamento per affrontare situazioni di crisi e di forza maggiore nell'ambito della migrazione e dell'asilo, abrogando la Direttiva 2001/55/CE³ e la raccomandazione per la formalizzazione di percorsi legali di protezione, tra cui la promozione del reinsediamento, ammissione umanitaria e altri percorsi complementari⁴. Questo lavoro conclude che l'individuazione e la tutela dei gruppi vulnerabili difficilmente si combina, rispettivamente, con il radicato approccio securitario della Commissione, la crescente precarietà degli standard di protezione per i richiedenti asilo e la riluttanza degli Stati Membri ad assumere impegni giuridicamente vincolanti nel campo della migrazione e dell'asilo. Si sottolineano, in particolare, le rilevanti ripercussioni che la cd. *vulnerabilità statale* potrebbe comportare per il rispetto dei diritti umani di cittadini di Stato terzo e per l'intero apparato del sistema di asilo.

2. Significati e implicazioni della vulnerabilità. Una breve ricognizione

Negli ultimi decenni, la vulnerabilità è stata definita, *inter alia*, un concetto “insidioso”⁵, “ambiguo”⁶, “vacuo”⁷ e “confuso”⁸ data la sua natura spesso inafferrabile e plastica. Come ci ricordano McKenzie, Rogers e Dodds, la bioetica ha studiato da vicino

² M. MARCHEGIANI, *Il nuovo patto sulla migrazione e l'asilo sotto il prisma della nozione di vulnerabilità*, in *ADiM Blog*, Analisi & Opinioni, novembre 2020, p. 6, https://www.adimblog.com/wp-content/uploads/2020/11/ADiM-Blog-Novembre-2020-Analisi-Opinioni-M.-Marchegiani_DEF.pdf.

³ Comunicazione della Commissione, *Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio concernente le situazioni di crisi e di forza maggiore nel settore della migrazione e dell'asilo* del 23 settembre 2020, COM(2020) 613 final.

⁴ Raccomandazione della Commissione *sui percorsi legali di accesso alla protezione nell'Unione Europea: promuovere ricollocamenti, corridoi umanitari e altri canali complementari* del 23 settembre 2020, C(2020) 6467 final.

⁵ S. ZULLO, *Definire e Comprendere la Vulnerabilità sul Piano Normativo: Dalla Teoria al Metodo Critico?*, in A. FURIA, S. ZULLO (a cura di), *La Vulnerabilità come Metodo*, Roma, 2020, p. 44.

⁶ M. A. FINEMAN, *The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition*, in *Yale Journal of Law & Feminism*, 2008, n. 1, p. 9.

⁷ C. MACKENZIE, W. ROGERS, S. DODDS (eds.), *Vulnerability: New Essays in Ethics and Feminist Philosophy*, Oxford, 2014, p. 6.

⁸ J.H. SOLBAKK, *Vulnerability: A Futile or Useful Principle in Healthcare Ethics?*, in *The SAGE Handbook of Health Care Ethics*, 2011, p. 228.

il concetto di vulnerabilità, sia come condizione ontologica in cui versa l'essere umano sia come tratto distintivo delle persone “*whose autonomy or dignity or integrity are capable of being threatened*”⁹. Quest'ultima concezione richiama la teoria politico-giuridica moderna che, a partire dal secondo dopoguerra, concepisce il *vulnus* non solo come ferita fisica inflitta all'individuo, ma anche come violazione dei suoi diritti fondamentali¹⁰; in altre parole, come ferita della dignità dell'individuo. I soggetti vulnerabili sono, nel linguaggio comune, coloro la cui capacità di proteggere i loro interessi risulta essere limitata o ridotta¹¹. Tuttavia, Martha Albertson Fineman, nella sua opera pionieristica intitolata “*The Vulnerable Subject*”, libera il concetto di vulnerabilità - generalmente circoscritto a gruppi associati alla condizione negativa di vittima fragile e indifesa¹² -, estendendolo universalmente ad ogni individuo. Secondo l'autrice, ciascuno di noi è infatti vulnerabile al danno, alle lesioni fisiche, psicologiche ed emozionali, alla miseria, ai disastri naturali¹³. Possiamo tentare di arginare le possibilità che questi accadano o mitigare il loro impatto, ma non possiamo evitarli né pienamente né costantemente. Questi fattori, naturali o indotti dalle azioni umane, talvolta sfuggono al nostro controllo ed è proprio qui, nella limitatezza cioè delle nostre capacità di protezione e reazione dettata da un corpo nient'altro che costituito da “*flesh and bones*”¹⁴, che si svela la nostra vulnerabilità. In altre parole, “[U]nderstanding vulnerability begins with the realization that many such events are ultimately beyond human control.”¹⁵. In ottica positiva, Fineman rivendica la responsabilità dello Stato (*responsive State*)¹⁶ di liberare i soggetti vulnerabili dallo stigma associato all'ambiente sociale in cui sono inseriti, alle condizioni di perdita di capacità e autonomia¹⁷ tramite politiche, istituzioni e servizi sociali inclusivi ed equi tesi a potenziarne l'autodeterminazione e la resilienza¹⁸. In quest'ottica, la vulnerabilità assume le fattezze di un indicatore¹⁹ per una ridefinizione

⁹ W. ROGERS, *Vulnerability and Bioethics*, in C. MACKENZIE, W. ROGERS, S. DODDS (eds.), *Vulnerability: New Essays in Ethics and Feminist Philosophy*, op. cit. Si veda anche, P. KEMP, *Final Report of the European Commission on the Project Basic Ethical Principles*, in *Bioethics and Biolaw* 1995–1998 Part B, 1999, p. 9.

¹⁰ E. SANTORO, *Postprefazione. Vulnerabilità fra teoria politica e testi normativi: Un linguaggio nuovo per dire cose vecchie o un nuovo strumento teorico?*, in A. FURIA, S. ZULLO (a cura di), *La Vulnerabilità come Metodo*, op. cit., p. 132

¹¹ I. ATAK, D. NAKACHE, E. GUILD, F. CRÉPEAU, “*Migrants in vulnerable situations*” and the *Global Compact for Safe Orderly and Regular Migration*, Queen Mary University of London - School of Law Legal Studies Research Paper No. 273/2018, p. 1.

¹² Sellman li definisce “*more than ordinarily vulnerable*”. D. SELLMAN, *Towards an understanding of nursing as a response to human vulnerability*, in *Nursing Philosophy*, 2005, Vol. 6, n. 1, p. 4.

¹³ Per un'analisi approfondita della vulnerabilità associata all'ambiente fisico e alla migrazione, si veda T. AFIFI, J. JÄGER (eds.), *Environment, Forced Migration and Social Vulnerability*, Berlin, 2010.

¹⁴ C. MACKENZIE, W. ROGERS, S. DODDS (eds.), *Vulnerability: New Essays in Ethics and Feminist Philosophy*, cit., p. 6.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ M.A. FINEMAN, *The vulnerable subject and the responsive state*, in *Emory Law Journal*, 2010, Vol. 60, n. 2, pp. 251-275.

¹⁷ S. ZULLO, *Definire e Comprendere la Vulnerabilità sul Piano Normativo: Dalla Teoria al Metodo Critico?*, cit., p. 54.

¹⁸ M.A. FINEMAN, *The Vulnerable Subject. Anchoring Equality in the Human Condition*, cit., p. 9.

¹⁹ A. FURIA, S. ZULLO, *Sulla vulnerabilità come metodo*, in A. FURIA, S. ZULLO (a cura di), *La Vulnerabilità come Metodo*, op. cit., p. 119.

delle azioni politiche e normative per combattere l'ineguaglianza in virtù del principio di solidarietà, responsabilità ed eguaglianza.

Altri autori approcciano la dimensione universale della vulnerabilità, *inter alia*, Butler²⁰, MacIntyre²¹, Neal²², Nussbaum²³, Ricoeur²⁴, Schildrick²⁵ e Turner²⁶. Judith Butler esplora le responsabilità etiche derivanti dalla precarietà, definita come vulnerabilità umana alle azioni degli altri, e la necessità di mitigare le ineguaglianze che aggravano la vulnerabilità. Butler concorda sulla dimensione universale della vulnerabilità, ma sottolinea al tempo stesso che alcuni individui e gruppi sono più precari di altri, in particolare coloro che sono esposti a violenza politica e sociale, i malati e i poveri. Anche Standing abbraccia il binomio vulnerabilità-precarietà, tuttavia associandolo alla vulnerabilità economica derivante dalla globalizzazione, dal neoliberalismo e dagli effetti delle crisi finanziarie²⁷. Turner, nel suo studio sociologico sui diritti umani, sviluppa in chiave moderna la teoria del contratto sociale di Thomas Hobbes, sostenendo che la vulnerabilità sarebbe alla base della nascita ed evoluzione di diritti quali il diritto alla vita o alla salute, in quanto costituirebbero una risposta normativa alle vulnerabilità biologiche che l'individuo da solo non sarebbe in grado di affrontare²⁸. Allo stesso modo, gli individui creerebbero innumerevoli istituzioni sociali e politiche che forniscano loro sicurezza, proteggano e rafforzino i loro diritti umani. Queste, tuttavia, si rivelerebbero altrettanto imperfette, inadeguate e precarie, dando origine al paradosso che Turner definisce “*institutional precariousness*”²⁹. Turner riconosce, quindi, che i diritti umani possano costituire un'arma a doppio taglio, per cui se da un lato le persone necessitano di uno Stato per rispondere alle diverse cause di vulnerabilità umana, dall'altro lo Stato e le sue istituzioni spesso costituiscono la causa stessa di violazioni dei loro diritti umani, generando casi di vulnerabilità patogenica negli individui, nel caso in cui queste siano fragili o, per l'appunto, precarie. Emblematicamente, l'autore ricorda le violazioni di diritti umani perpetrate dai cd. “Stati

²⁰ J. BUTLER (ed.), *Precarious Life: The Powers of Mourning and Violence*, London, 2004. Della stessa autrice, *Frames of War: When Is Life Grievable?*, London, 2009.

²¹ A. MACINTYRE (ed.), *Dependent Rational Animals: Why Human Beings Need the Virtues*, Chicago, 1999.

²² M. NEAL, “Not Gods but Animals”: *Human Dignity and Vulnerable Subjecthood*, in *Liverpool Law Review*, 2012, Vol. 33, n. 177, p. 186.

²³ M. NUSSBAUM, *Human functioning and social justice: In defense of Aristotelian essentialism*, in *Political Theory*, 1992, Vol. 20, n.2, pp. 202-246. Della stessa autrice, *Frontiers of Justice: Disability, Nationality, Species Membership*, Cambridge, 2006.

²⁴ P. RICOEUR, *Autonomy and vulnerability*, in P. RICOEUR, D. PELLAUER (eds.), *Reflections on the Just*, Chicago, 2007, pp. 72-90.

²⁵ M. SCHILDRICK (ed.), *Embodying the Monster: Encounters with the Vulnerable Self*, London, 2002.

²⁶ B. S. TURNER (ed.), *Vulnerability and Human Rights*, Pennsylvania, 2006.

²⁷ G. STANDING (ed.), *The Precariat: The New Dangerous Class*, London, 2011.

²⁸ B. S. TURNER (ed.), *Vulnerability and Human Rights*, cit., pp. 2-10. Si veda anche T. CASADEI, *Diritti umani e soggetti vulnerabili. Violazione, trasformazioni, aporie*, in T. CASADEI (a cura di), Torino, 2012. Dello stesso autore, *Diritti umani in contesto: forme della vulnerabilità e “diritto diseguale”*, in *Ragion Pratica*, 2008, pp. 291-312.

²⁹ *Idem*, p. 31. Turner propone come esempio l'inefficienza delle Nazioni Unite nel fornire protezione alle popolazioni del mondo non occidentale, la crisi finanziaria globale, l'instabilità dell'ambiente naturale e l'esposizione a malattie globali come l'AIDS.

falliti” oppure da Stati che non vogliono o non sono in grado di proteggere i propri cittadini. Nelle sezioni seguenti, sottolineerò alcuni potenziali rischi che si celano dietro la, in certi casi presunta, impossibilità di fornire tutela e assistenza nel contesto della migrazione e dell’asilo.

Similmente, Peroni e Timmer sostengono che i trattati sui diritti umani non colgano la vulnerabilità dei soggetti a cui si riferiscono, non riuscendo quindi a tutelarli adeguatamente. La proliferazione di trattati specificamente rivolti alla protezione e promozione dei diritti delle persone con disabilità, dei minori e delle donne, secondo le autrici, sarebbe l’emblematica dimostrazione di tale assenza. Allo stesso modo, la Corte Europea dei Diritti dell’Uomo (Corte EDU) avrebbe adottato nella sua giurisprudenza un approccio collettivo alla vulnerabilità³⁰.

Tuttavia, una parte della dottrina moderna scoraggia l’applicazione dell’etichetta (*labelling*) di vulnerabilità a interi gruppi o categorie di persone³¹, poiché rischia di generalizzare e stigmatizzare alcune caratteristiche individuali particolarmente diffuse di vulnerabilità a scapito di quelle meno comuni, rendendo queste ultime invisibili³². L’etichettatura selettiva rischierebbe di divenire un boomerang, discriminando proprio chi si tenta di tutelare³³. A tale riguardo, Fineman sostiene che questo porti ad ancorare ancora di più la vulnerabilità ad un’interpretazione fallace associata alla dipendenza, alla patologia e alla privazione. In quest’ottica, Hurst ha revisionato linee guida internazionalmente riconosciute, utilizzate dalla ricerca etica per identificare quei gruppi di persone con parziale capacità a fornire il proprio consenso o a rischio di sfruttamento durante la ricerca, trovando che i seguenti gruppi sono stati indicati almeno una volta come vulnerabili:

“racial minorities; the economically disadvantaged; the very sick; the institutionalized; children; prisoners; pregnant women and foetuses; incompetent persons; persons susceptible to coercion; persons who will not derive direct benefits from participation; persons for whom research is mixed with clinical care; those with limited capacity or freedom to consent or to decline to consent . . . children, and persons who because of mental or behavioural disorders are incapable of giving informed consent; junior or subordinate members of a hierarchical group . . . medical and nursing students, subordinate hospital and laboratory personnel, employees of pharmaceutical companies, and members of the armed forces or police; elderly persons; residents of nursing homes; people receiving welfare benefits or social assistance and other poor people; the

³⁰ L. PERONI, A. TIMMER, *Vulnerable groups: The promise of an emerging concept in European Human Rights Convention law*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2013, Vol. 11, n. 4, p. 1064. A sostegno di tale tesi si veda anche A. H. E. MORAWA, *Vulnerability as a Concept of International Human Rights Law*, in *Journal of International Relations and Development*, 2003, Vol. 6, n. 2.

³¹ F. LUNA, *Elucidating the concept of vulnerability: Layers not labels*, in *International Journal of Feminist Approaches to Bioethics*, 2009, Vol. 2, n. 1, pp. 121-139.

³² S. SPADA, *Vulnerabilità Strutturali e Potenzialità di Tutela per le Persone Richiedenti Protezione Internazionale*, cit., p. 70.

³³ Ad esempio, vedasi F. LUNA, *Elucidating the concept of vulnerability: Layers not labels*, cit.

unemployed; patients in emergency rooms; . . . homeless persons; nomads; refugees or displaced persons; patients with incurable disease; individuals who are politically powerless; members of communities unfamiliar with modern medical concepts”³⁴.

Mentre per i sostenitori della vulnerabilità ontologica, ciò concorre a dimostrare l'inevitabile immanenza della vulnerabilità, altri convengono che una concezione troppo estesa del concetto andrebbe a sbiadirne i contorni e non riuscirebbe più a far emergere, come mostrato nel caso del lungo elenco summenzionato, le vulnerabilità di contesto³⁵. Quale attenzione, cura o protezione addizionale potrebbe essere conferita ai soggetti vulnerabili se non fosse più possibile identificare né loro né la specifica causa di vulnerabilità di cui soffrono? Portato alle estreme conseguenze, “[t]he blanket application of the notion vulnerable populations undermines respect for individual autonomy, thereby opening up its own set of potential harms.”³⁶.

Proprio per questi motivi, una seconda scuola di pensiero assume che la vulnerabilità non abbia portata ontologica, bensì situazionale³⁷ o di contesto - in funzione all'ambiente economico, politico, sociale e culturale in cui la persona è situata. Ad essere vulnerabili, secondo Goodin³⁸, sarebbero quei gruppi particolarmente suscettibili al danno provocato da altri. La vulnerabilità assumerebbe quindi una connotazione prettamente relazionale, in cui emerge lo squilibrio di potere e capacità tra i soggetti. La vulnerabilità sarebbe quindi caratteristica propria solamente di alcuni gruppi. Dalla relazione asimmetrica tra forti e deboli scaturisce, secondo Goodin, la responsabilità di proteggere le persone vulnerabili da parte di chiunque si trovi nella posizione di poter dare assistenza, specialmente autorità ed istituzioni preposte a garanzia del benessere dell'individuo.

Una riflessione sulla nozione di vulnerabilità e la sua applicazione non può prescindere da un'analisi della giurisprudenza di merito. Particolarmente rilevanti ai fini della presente trattazione sono alcune sentenze della Corte EDU che, secondo Peroni e Timmer, hanno contribuito significativamente alla concezione gruppale della vulnerabilità, per la quale essa risulta essere relazionale, particolare e centrata sul concetto

³⁴ S.A. HURST, *Vulnerability in research and health care: Describing the elephant in the room*, in *Bioethics*, 2008, Vol. 22, n. 4, p. 193. Per una tipologia di lista di gruppi identificati come vulnerabili nei trattati internazionali in materia di diritti umani e nella relativa giurisprudenza, A. H. E. MORAWA, *Vulnerability as a Concept of International Human Rights Law*, cit.

³⁵ Questa è la visione, ad esempio, di C. LEVINE, R. FADEN, C. GRADY, D. HAMMERSCHMIDT, L. ECKENWILER, J. SUGARMAN, *The limitations of 'vulnerability' as a protection for human research participants*, in *American Journal of Bioethics*, 2004, Vol. 4, n. 3, pp. 44-49 e F. LUNA, *Elucidating the concept of vulnerability: Layers not labels*, cit.

³⁶ W. ROGERS, *Vulnerability and Bioethics*, cit, p. 69.

³⁷ Vedasi, *inter alia*, R. MACKLIN, *Bioethics, vulnerability and protection*, in *Bioethics*, 2003, Vol. 17, n. 5-6, pp. 472-486; C. LEVINE, R. FADEN, C. GRADY, D. HAMMERSCHMIDT, L. ECKENWILER, J. SUGARMAN, *The limitations of 'vulnerability' as a protection for human research participants*, cit.; S.A. HURST, *Vulnerability in research and health care: Describing the elephant in the room*, cit.; F. LUNA, *Elucidating the concept of vulnerability: Layers not labels*, cit.

³⁸ R.E. GOODIN (ed.), *Protecting the Vulnerable: A Reanalysis of Our Social Responsibilities*, Chicago, 1995.

di danno³⁹. Secondo la rielaborazione delle pronunce dei giudici di Strasburgo, infatti, la vulnerabilità sarebbe caratteristica propria di individui non in quanto tali, contrariamente alla visione ontologica, ma in quanto inseriti in un contesto sociale, istituzionale e storico svantaggioso. In *Chapman c. Regno Unito*⁴⁰, ad esempio, la Corte associa per la prima volta il concetto di vulnerabilità alla minoranza rom, affermando che “[...] *the vulnerable position of Gypsies as a minority means that some special consideration should be given to their needs and their different lifestyle both in the relevant regulatory planning framework and in reaching decisions in particular cases*”. In questo caso, i giudici sembrano individuare la vulnerabilità della ricorrente nel suo differente stile di vita. In alcune sentenze successive, la Corte riconduce l’origine della vulnerabilità condivisa dagli individui rom nel pregiudizio stigmatizzante di cui sono vittime da lungo tempo. Emblematicamente, in *D.H. e altri c. Repubblica ceca*⁴¹, la Corte sostiene che “[...] *a result of their turbulent history and constant uprooting the Roma have become a specific type of disadvantaged and vulnerable minority*”. La componente contestuale del danno, imperniata sul pregiudizio storico o sulla privazione materiale, è stata ritenuta essenziale anche per stabilire la vulnerabilità associata alle persone con disabilità mentale⁴² e alle persone affette da HIV⁴³, mentre i minori figurano come categoria in condizione di estrema vulnerabilità per i maggiori danni potenzialmente derivanti dalle violazioni dei loro diritti⁴⁴.

Nel 2011, la Corte EDU ha esteso il riconoscimento della vulnerabilità anche alla categoria dei richiedenti asilo con importanti profili innovativi. Con la sentenza *M.S.S. c. Belgio e Grecia*⁴⁵, concernente il trasferimento di un richiedente asilo afgano dal Belgio

³⁹ L. PERONI, A. TIMMER, *Vulnerable groups: The promise of an emerging concept in European Human Rights Convention law*, cit., p. 1064.

⁴⁰ Corte Europea dei Diritti Umani, Grande Camera, *Chapman c. Regno Unito*, sentenza del 18 gennaio 2001, ricorso n. 27238/95.

⁴¹ Corte Europea dei Diritti Umani, Grande Camera, *D.H. e altri c. Repubblica ceca*, sentenza del 13 novembre 2007, ricorso n. 57325/00. Si segnalano anche *Sampanis e altri c. Grecia*, sentenza del 5 giugno 2008, ricorso n. 32526/05 e *Oršuš e altri c. Croazia*, sentenza del 16 marzo 2010, ricorso n. 15766/03.

⁴² Corte Europea dei Diritti Umani, *Alajos Kiss c. Ungheria*, sentenza del 20 maggio 2010, ricorso n. 38832/06. Per una brillante analisi dell’approccio della Corte EDU alla disabilità, M.G. BERNARDINI, *Vulnerabilità e disabilità a Strasburgo: Il vulnerable groups approach in pratica*, in *Ars interpretandi*, Vol. 2, luglio-dicembre 2018; V. ZAMBRANO, *Il favor dei giudici di Strasburgo verso la protezione dei diritti delle persone con disabilità nel quadro dell’interpretazione evolutiva della Cedu*, in *Scritti in memoria di Maria Rita Saulle*, tomo II, Napoli, 2014, pp. 1661-1676.

⁴³ Corte Europea dei Diritti Umani, *Kiyutin c. Russia*, sentenza del 10 marzo 2011, ricorso n. 2700/10.

⁴⁴ Corte Europea dei Diritti Umani, *Ilbeyi Kemaloğlu e Meriye Kemaloğlu c. Turchia*, decisione del 10 aprile 2012, ricorso n. 19986/06; Corte Europea dei Diritti Umani, *Stubbings e altri c. Regno Unito*, decisione del 22 ottobre 1996, ricorsi nn. 22083/93, 22095/93; Corte Europea dei Diritti Umani, *Osman c. Regno Unito*, decisione del 28 ottobre 1998, ricorso n. 87/1997/871/1083; Corte europea dei diritti dell’uomo, *V.C. c. Italia*, sentenza del 1° febbraio 2018, ricorso n. 54227/14. Per un’approfondita disamina della vulnerabilità dei minori nella giurisprudenza della Corte EDU e della relativa Convenzione, si veda L. CASSETTI, S. VANNUCCINI, *Il diritto al rispetto dell’integrità psichica e fisica dei minori di età in condizioni di “particolare vulnerabilità” (artt. 3 e 8 CEDU)*, in A. DI STASI (a cura di), *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo e l’impatto nell’ordinamento interno (2016-2020)*, Milano, 2020, pp. 131-173.

⁴⁵ Corte Europea dei Diritti Umani, Grande Camera, *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, decisione del 21 gennaio 2011, ricorso n. 30696/09.

alla Grecia ai sensi del regolamento Dublino II, i giudici ricollegano per la prima volta “la definizione di vulnerabilità a un gruppo di individui non identificabile per la discriminazione riconducibile a un pregiudizio radicato storicamente nei loro confronti”⁴⁶, al contrario di quanto operato nel caso di soggetti appartenenti a un gruppo sociale o etnico predefinito. In particolar modo, la Corte ha tenuto conto del fatto che il ricorrente fosse un richiedente asilo, particolarmente vulnerabile e appartenente ad un gruppo sottoprivilegiato, in virtù di “everything he had been through during his migration and the traumatic experiences he was likely to have endured previously”⁴⁷. La condizione di inerente vulnerabilità in quanto richiedente asilo⁴⁸ si aggiunge quindi ai danni impartitegli dalle autorità greche. Le severe lacune del sistema di asilo greco - caratterizzato da insufficienti strutture d'accoglienza, mancato accesso al mercato del lavoro e l'estenuante lunghezza dell'esame della propria domanda di asilo – hanno messo a nudo il contesto istituzionale in cui ha avuto origine la vulnerabilità vissuta dal ricorrente⁴⁹. La sentenza M.S.S. segna pertanto uno spartiacque nella concezione profusa dalla Corte in merito alla vulnerabilità, poiché a differenza di quanto operato in passato, la Corte muove da una concezione prettamente collettiva e tipizzata della vulnerabilità ad una basata sulla condizione di inerente vulnerabilità dei richiedenti asilo in quanto tali e in relazione al processo migratorio di concerto con una serie di situazioni contingenti, tra cui i danni psicologici associati alla condizione di richiedente asilo in Grecia, la totale dipendenza dei richiedenti alle istituzioni statali⁵⁰ e le lacune sistemiche del sistema di asilo greco.

Parzialmente in disaccordo con l'opinione maggioritaria della Corte, il giudice András Sajó⁵¹ non conviene sul fatto che i richiedenti asilo costituiscano incondizionatamente una categoria di persone vulnerabili in cui tutti i membri, in virtù di una stigmatizzazione sociale, siano *meritevoli* di protezione speciale (“*deserve special protection*”)⁵². Nelle parole del giudice ungherese,

“They are not a group historically subject to prejudice with lasting consequences, resulting in their social exclusion. In fact, they are not socially classified, and consequently treated, as a group. For the reasons identified by the Court, it is possible that some or many asylum-seekers are vulnerable (i.e. they will feel a degree of deprivation more humiliating than the man on the Clapham omnibus), but this does not amount to a rebuttable presumption with regard to the members

⁴⁶ E. RIGO, *La vulnerabilità nella pratica del diritto d'asilo: Una categoria di genere?*, in *Etica & Politica* 2019, n. 3, p. 348.

⁴⁷ Corte Europea dei Diritti Umani, M.S.S. c. Belgio e Grecia, parr. 232 e 251.

⁴⁸ *Ibid.*, par. 233.

⁴⁹ Ciò si ricollega alla precarietà istituzionale individuata da Turner.

⁵⁰ Su questa base, la Corte ha esteso l'ambito di applicazione dell'Articolo 3 CEDU tale da ricomprendere anche la violazione dei diritti economici, sociali e culturali. Conseguentemente, Rigo scorge uno “*spiraglio di ingresso per i cosiddetti rifugiati economici nel corpo del diritto interazionale dell'asilo*”, E. RIGO, *La vulnerabilità nella pratica del diritto d'asilo: Una categoria di genere?*, cit., p. 348.

⁵¹ Partly concurring and partly dissenting Opinion of judge ANDRÁS SAJÓ, delivered on 15 December 2010, in the case M.S.S. c. Belgio e Grecia.

⁵² *Idem*, Capo II.

of the ‘class’. Asylum-seekers are far from being homogeneous, if such a group exists at all”.

Non da ultimo, il giudice sottolinea le significative implicazioni finanziarie di tale lettura estensiva del termine, dato che ciò instaurerebbe un obbligo in capo allo Stato di fornire alloggio e accesso alle misure materiali di accoglienza speciali riservati ai soggetti vulnerabili⁵³.

La Corte EDU, nonostante abbia nel tempo qualificato alcuni gruppi come vulnerabili, non si è spinta fino al punto di fornire una definizione di vulnerabilità. Alla base di tale scelta sembrano esservi due motivazioni fondamentali. Enrico Diciotti menziona in prima istanza l’esigenza dei giudici di mantenere un certo margine di libertà nei confronti delle proprie decisioni verso cui, a ragion veduta, si sentono vincolati⁵⁴. Ciò implica che, una volta indicate come vulnerabili alcune categorie, la Corte non possa esimersi, in via di principio, dal continuare a considerarli come tali⁵⁵. Secondariamente, l’applicazione del concetto di vulnerabilità al fine di accordare particolare protezione per arginare determinate forme di debolezza sarebbe il risultato di *un’attività creativa* della Corte. Secondo Diciotti sono tre i momenti in cui essa aprirebbe a giudizi di valore:

*“Il primo momento è quello della scelta di attribuire una rilevanza, ai fini dell’applicazione di determinate norme della Convenzione europea dei diritti dell’uomo, al concetto di vulnerabilità, che non è presente nel testo della Convenzione. Il secondo momento è quello della scelta di qualificare determinati individui, per il fatto che sono provvisti di determinati caratteri o si trovano in una determinata situazione, come vulnerabili o particolarmente vulnerabili [...]. Il terzo momento è quello della scelta di attribuire a questi soggetti il diritto a una particolare protezione o a un particolare trattamento, bilanciando eventualmente la loro «vulnerabilità» con altri aspetti del caso concreto che la Corte ritiene rilevanti ai fini del giudizio.”*⁵⁶.

Similmente, Roberto Chenal sostiene che in un ordinamento giuridico basato sui diritti fondamentali, come ad esempio quello italiano, non esista né possa esistere una definizione univoca e unitaria di vulnerabilità. In estrema sintesi, l’autore chiarisce che una definizione, per poter essere applicata in differenti contesti, deve necessariamente

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ E. DICIOTTI, *La vulnerabilità nelle sentenze della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *Ars interpretandi*, Fascicolo 2, luglio-dicembre 2018, p. 31.

⁵⁵ *Idem*. Secondo l’autore, tale “vincolo” sarebbe all’origine della creazione di sub-categorie di gruppi vulnerabili tramite il cd. *distinguishing*, per cui un individuo, nonostante un profilo generalmente considerato vulnerabile, possa invece esser considerato come non vulnerabile. Nella stessa logica, la Corte potrebbe adottare un approccio graduale alla vulnerabilità, da cui deriverebbe la “particolare” o “eccezionale” vulnerabilità di alcuni, sì da conferire maggiore rilevanza alle specifiche circostanze del caso. Ad esempio, la particolare vulnerabilità dei minori deriverebbe dallo “*status di intrinseca vulnerabilità che la caratterizza – desumibile da un connotato di natura, per così dire, biologica (ratione aetatis), sul quale possono altresì innestarsi altre causali tali da concretare la situazione di «particolare vulnerabilità»*” in virtù del quale verrebbero predisposte forme *ad hoc* di protezione e maggiori tutele rispetto a quelle garantite in generale. Si veda, L. CASSETTI, S. VANNUCCINI, cit., p. 142.

⁵⁶ E. DICIOTTI, *La vulnerabilità nelle sentenze della Corte europea dei diritti dell’uomo*, cit., p. 33.

contenere elementi astratti e generali⁵⁷. Ciò, tuttavia, non può accadere nel caso della vulnerabilità, nozione che deve inevitabilmente essere sempre applicata nello specifico contesto di riferimento. Sostiene Chenal:

*“[D]efinire per via legislativa la nozione di vulnerabilità significa delimitare, in via preventiva, la tipologia di soggetti che possono essere considerati vulnerabili, sia qualificando esplicitamente come tali alcune categorie sia individuando i criteri sostanziali per effettuare tale qualificazione nel caso concreto.”*⁵⁸.

Così facendo, la formulazione della nozione dipenderebbe in toto dalla scelta discrezionale e predeterminata del legislatore di considerare certi gruppi come vulnerabili a discapito di altri. La definizione inevitabilmente tassativa che ne deriverebbe, prosegue l'autore, peccherebbe di “sottoinclusione”, per cui coloro che non rientrano nelle categorie indicate come vulnerabili sarebbero escluse *a priori* da un'eventuale maggiore protezione, oppure di “sovrainclusione”, per cui soggetti che date le circostanze non sono in realtà vulnerabili verrebbero comunque considerati come tali⁵⁹. Inoltre, la diversa intensità con cui la vulnerabilità si manifesta e la possibile compresenza di più fattori di vulnerabilità, ciascuno caratterizzato da differente intensità, rendono ardua la determinazione del livello di tutela che lo Stato dovrebbe garantire in presenza di tali circostanze⁶⁰.

L'autore conclude sostenendo che l'eventuale tentativo di estrapolare una definizione astratta di vulnerabilità dalle sentenze della Corte EDU risulterebbe fallimentare e metodologicamente errato poiché essa, come precedentemente affermato, non associa tale condizione a gruppi di individui in quanto tali, ma in virtù del contesto in cui sono inseriti. Il tanto cercato minimo comune denominatore, secondo Chenal, semplicemente non sussisterebbe, data la natura relazionale e strumentale della vulnerabilità applicata dai giudici di Strasburgo⁶¹, per cui “[L]a vulnerabilità, a differenza di altre nozioni, [...] non ha una sua autonomia concettuale e definitoria, ma svolge solo una funzione servente alla tutela effettiva dei diritti fondamentali”⁶².

McKenzie, Rogers e Dodds tentano di superare il “paradosso”⁶³ costituito dai due approcci opposti – ontologico e situazionale - proponendo una tassonomia delle diverse forme di vulnerabilità, affermando che le due scuole di pensiero non si escludono a vicenda, anzi, risultano essere complementari. In altre parole, tutti gli individui sarebbero vulnerabili, ma alcuni sarebbero più vulnerabili di altri. Secondo la loro impostazione, quindi, la vulnerabilità avrebbe natura sia universale (o esistenziale, ontologica) sia contestuale (o esterna, sociale) per cui ogni essere umano sarebbe intrinsecamente

⁵⁷ R. CHENAL, *La definizione della nozione di vulnerabilità e la tutela dei diritti fondamentali*, in *Ars interpretandi*, 2018, n. 2.

⁵⁸ *Idem*, p. 38.

⁵⁹ *Idem*, pp. 39 e ss.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² *Idem*, p. 51.

⁶³ L. PERONI, A. TIMMER, *Vulnerable groups: The promise of an emerging concept in European Human Rights Convention law*, cit.

vulnerabile e al contempo esposto a differenti condizioni, definite relazionali, secondo cui la vulnerabilità si manifesta⁶⁴. Alla vulnerabilità ontologica (*inherent vulnerability*), le autrici affiancano la vulnerabilità situazionale (*situational vulnerability*) e patologica (*pathogenic vulnerability*) insieme a due stati (*dispositional* e *occurrent*) in cui esse si possono presentare. La prima riprende la definizione data da Fineman, per cui la vulnerabilità sarebbe condizione inscindibile dall'esperienza umana, mentre la seconda è inerente al contesto. Essa verrebbe esacerbata da circostanze personali, sociali, politiche, economiche o ambientali proprie dell'individuo o dei gruppi sociali. Le autrici portano l'esempio dei disastri naturali, i cui effetti certamente coinvolgono ampie fasce della popolazione, ma non in maniera uniforme. Alcuni gruppi sociali, per condizioni socioeconomiche o alloggiative, saranno maggiormente colpiti di altri. Il supporto istituzionale che verrà dato alle vittime, in termini di sussidi, ricollocamento, recupero dei propri averi, sarà necessariamente determinato dalle risorse umane e finanziarie del Paese in questione, determinando quindi molteplici e differenti forme di vulnerabilità.

Le vulnerabilità ontologica e situazionale possono essere potenziali o concrete, a seconda che siano o non siano ancora, o non è probabile che diventino, cause di vulnerabilità. A titolo emblematico, le autrici menzionano le donne in stato di gravidanza che possono essere potenzialmente vulnerabili a complicanze durante il parto, ma l'eventualità che questo accada è legato a molteplici fattori sia inerenti che situazionali in relazione, ad esempio, al loro stato di salute, alla condizione socio-economica, all'accesso alle cure mediche e alla qualità delle stesse, a norme culturali inerenti alla pratica del parto etc.⁶⁵ Infine, la vulnerabilità patologica viene classificata come appendice della vulnerabilità situazionale, generata da “*a variety of sources, including morally dysfunctional or abusive interpersonal and social relationships and sociopolitical oppression or injustice*”⁶⁶. Per le autrici ciò ha origine quando, ad esempio, una misura sociale ha l'effetto opposto a quello sperato e aggrava la vulnerabilità invece che appianarla.

A partire dalla fine del XX secolo, la vulnerabilità viene sempre più associata alla figura dei migranti e dei richiedenti asilo⁶⁷. Secondo l'Alto Commissariato per i Diritti Umani (OHCHR) e il Global Migration Group, “*Migrants in vulnerable situations are thus persons who are unable effectively to enjoy their human rights, are at increased risk of violations and abuse and who, accordingly, are entitled to call on a duty bearer's heightened duty of care*”⁶⁸. Seguendo tale definizione, Atak et al. identificano tre evidenti

⁶⁴ S. ZULLO, *Definire e Comprendere la Vulnerabilità sul Piano Normativo: Dalla Teoria al Metodo Critico?*, cit. p. 44.

⁶⁵ C. MCKENZIE, *The Importance of Relational Autonomy and Capabilities for an Ethics of Vulnerability*, in C. MACKENZIE, W. ROGERS, S. DODDS (eds.), *Vulnerability: New Essays in Ethics and Feminist Philosophy*, cit., p. 6.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 9.

⁶⁷ I. ATAK, D. NAKACHE, E. GUILD, F. CRÉPEAU, “*Migrants in vulnerable situations*” and the *Global Compact for Safe Orderly and Regular Migration*, cit., p. 1.

⁶⁸ OHCHR, GLOBAL MIGRATION GROUP, *Principles and Guidelines, supported by practical guidance, on the human rights protection of migrants in vulnerable situations*, 2018, <https://www.ohchr.org/en/issues/migration/pages/vulnerablesituations.aspx>.

cause di vulnerabilità di migranti e richiedenti asilo, dando origine sia a forme di vulnerabilità ontologica sia situazionale. Innanzitutto, la vulnerabilità che li caratterizza può infatti delinarsi, in modo temporaneo o permanente, nella loro identità o status (i.e. per genere o età), in una circostanza (i.e. vittima di tratta o di violenza) o condizione (i.e. salute fisica o mentale, disabilità fisica o mentale) che può svilupparsi nel Paese di origine, ed essere in certi casi causa di migrazione forzata. Secondo gli autori, la nazionalità o lo status giuridico della persona malata o con disabilità non influirebbe sulla sua vulnerabilità. In altri termini, un migrante malato o con disabilità sarebbe vulnerabile tanto quanto un cittadino dello Stato in cui si trova. In secondo luogo, i migranti potrebbero essere vulnerabili a fattori ambientali, quali incendi (si pensi all'incendio dell'hotspot di Moria in Grecia nel marzo 2020), inondazioni o terremoti⁶⁹. Anche in questo caso, si suppone che migranti e cittadini nazionali condividano il medesimo grado di vulnerabilità situazionale. Risulta arduo condividere tale tesi, dato il diverso trattamento e accesso a diritti e servizi di cittadini di Stato terzo rispetto ai nativi, unitamente alla precarietà del loro status giuridico, la mancanza di conoscenza della lingua e il loro trascorso migratorio potenzialmente traumatico. In ultimo, la vulnerabilità dei migranti potrebbe manifestarsi durante la rotta migratoria negli Stati di transito⁷⁰ o, ancora, può materializzarsi nello Stato di arrivo, come risultato dei trascorsi traumatici del viaggio, delle condizioni degradanti di accoglienza, come nel caso degli hotspots delle isole greche, oppure può essere ricondotta all'incertezza del loro status in un Paese straniero⁷¹. Tale impostazione sembra più condivisibile. Come infatti notato da più autori⁷² e dalla stessa giurisprudenza della Corte EDU nel caso *M.S.S.*, la condizione di inerente vulnerabilità dei richiedenti asilo deriverebbe dalla posizione di radicato svantaggio vissuta dai cittadini nello Stato di destinazione.

Similmente, Hoffmaster⁷³ sembra abbandonare la tradizionale categorizzazione della vulnerabilità, interpretandola invece come perdita di tre elementi fondamentali atti a garantire la piena esistenza umana: la perdita di opportunità a vivere meglio, la perdita di abilità a vivere bene e, in casi estremi, la perdita della vita stessa. In questo modo, la vulnerabilità sarebbe più associata al concetto di precarietà, di cui anche Atak et al. si occupano. La precarietà deriverebbe dalla posizione del soggetto nella società e dipende dal comportamento di altri attori nell'ambito delle politiche migratorie. Paradossalmente,

⁶⁹ Sul punto, sia concesso rinviare a C. SCISSA, *Migrazioni ambientali tra immobilismo normativo e dinamismo giurisprudenziale: Un'analisi di tre recenti pronunce*, in *Questione Giustizia*, Rubrica Diritti senza Confini, 17 maggio 2021, <https://www.questionegiustizia.it/articolo/nm608fc4f06792b6-94655911>.

⁷⁰ I. ATAK, D. NAKACHE, E. GUILD, F. CRÉPEAU, "Migrants in vulnerable situations" and the *Global Compact for Safe Orderly and Regular Migration*, cit., p. 4. Si veda anche OHCHR, *GLOBAL MIGRATION GROUP, Principles and Guidelines*, cit.

⁷¹ EASO, *Identification of Person with Special Needs*, 2016 <https://ipsn.easo.europa.eu/it/easo-tool-identification-persons-special-needs>, p. 41.

⁷² C. COSTELLO, E. HANCOX, *The Recast Asylum Procedures Directive 2013/32/EU: Caught between the Stereotypes of the Abusive Asylum-Seeker and the Vulnerable Refugee*, in V. CHETAIL, P. DE BRUYCKER, F. MAIANI (eds.), *Reforming the Common European Asylum System. The New European Refugee Law*, Brill 2016, pp. 442-443; I. ATAK, D. NAKACHE, E. GUILD, F. CRÉPEAU, "Migrants in vulnerable situations" and the *Global Compact for Safe Orderly and Regular Migration*, cit., p. 1.

⁷³ C.B. HOFFMASTER, *What does vulnerability mean?*, Hastings Center Report 36/2006, p. 43.

alcune forme di vulnerabilità emergerebbero proprio a causa delle politiche europee, dal trattamento riservato ai migranti negli Stati Membri e dalle politiche di deterrenza⁷⁴. Sia la possibilità di emersione delle vulnerabilità nel Paese di destinazione e il bisogno di adottare un approccio basato sui diritti umani sono menzionati nella Dichiarazione di New York su Migranti e Rifugiati del settembre 2016⁷⁵ e confermati nel 2017 nei *Draft Principles and Practical Guidance on the Protection of the Human Rights of Migrants in Vulnerable Situations within Large and/or Mixed Movement*. Entrambi includono la gestione dei confini e il rimpatrio tra le politiche e pratiche che creano o aggravano la precarietà dei migranti. L'obiettivo 7 del Global Compact per una Migrazione Sicura, Ordinata e Regolare è dedicato alla riduzione delle forme di vulnerabilità emergenti prima, durante e dopo il viaggio⁷⁶. Recentemente, il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa ha adottato un Action Plan per la protezione delle persone vulnerabili nel contesto della migrazione e asilo (2021-2025)⁷⁷ definendole “*persons found to have special needs after individual evaluation of their situation and are entitled to call on States' obligation to provide special protection and assistance. [...] it is for the national authorities, based on national legislation and international obligations, to effectively identify on a case-by-case basis the vulnerabilities [...]*”⁷⁸. Come vedremo, sia il diritto dell'UE sia il Nuovo Patto proposto dalla Commissione europea si distanziano da tali linee guida per adottare, a mio parere, un approccio più tecnico.

3. La “certificazione” della vulnerabilità nel diritto UE dell'immigrazione e asilo

Al contrario della declinazione prettamente individuale del concetto di vulnerabilità operata dalle Nazioni Unite, per cui essa coincide con uno stato di alta esposizione al rischio, combinato con una ridotta abilità di proteggere se stessi ed affrontare le conseguenze negative associate a tale rischio⁷⁹, l'ordinamento dell'Unione predilige la dimensione gruppale della vulnerabilità, pertanto incorrendo nel duplice rischio di generalizzazione e invisibilità di taluni *vulnera* individuali e di contesto sopra richiamati. Inoltre, la normativa europea, così come quella internazionale, presenta una connotazione a tratti vittimologica, per cui la vulnerabilità viene riconosciuta ed associata ai gruppi più

⁷⁴ Sul punto, J. FREEDMAN, *The uses and abuses of “vulnerability” in EU asylum and refugee protection: protecting women or reducing autonomy?*, in *International Journal on Collective Identity Research*, 2019; G. GILBERT, *Why Europe Does Not Have a Refugee Crisis*, in *Journal of Refugee Law*, 2015, Vol. 27, n. 4, pp. 531-535.

⁷⁵ UN General Assembly, Seventy-first session, Resolution n. 71/1 of 19 September 2016, New York Declaration for Refugees and Migrants, para. 8.

⁷⁶ Sul punto, I. ATAK, D. NAKACHE, E. GUILD, F. CRÉPEAU, “*Migrants in vulnerable situations*” and the *Global Compact for Safe Orderly and Regular Migration*, cit.

⁷⁷ Committee of Ministers of the Council of Europe, *Council of Europe Action Plan on Protecting Vulnerable Persons in the Context of Migration and Asylum in Europe (2021-2025)* of 5 May 2021, 1403rd meeting, CM(2021)67-final.

⁷⁸ *Idem*, para. 6.

⁷⁹ UN Economic and Social Council, *Report on the World Social Situation*, 2001, p. 210, <https://undocs.org/E/2001/104>.

fragili, esposti ad aggressioni, incapaci di reagire e difendersi da soli⁸⁰, tra cui figurano i minori, le donne, gli anziani, le persone con disabilità fisica e mentale. Ciò contrasta con i principi etici fondamentali di bioetica e biodiritto, in cui la Commissione europea include – accanto a dignità, autonomia ed integrità – il diritto delle persone vulnerabili a “*receive assistance, to enable them to realize their potential*”⁸¹, pertanto apparentemente collegando la vulnerabilità alla piena realizzazione dell'autonomia individuale. Oltre all'assistenza, il principio di vulnerabilità include, agli occhi della Commissione, obblighi negativi di non-interferenza e di protezione dal danno così come obblighi positivi di assicurare la mitigazione delle cause di vulnerabilità sì da rendere possibile il pieno sviluppo delle capacità umane.

Abbiamo visto che il concetto di vulnerabilità è stato studiato da molte discipline delle scienze sociali, tra cui il diritto, la bioetica e la ricerca etica. Sonia Morano-Foadi sostiene che la vulnerabilità è spesso vista come un concetto “*fuzzy*”, ma che acquista un significato ben preciso nel contesto della tratta degli esseri umani⁸². Le vittime di tratta sono spesso esposte a condizioni di vita particolarmente gravi, in cui si combinano povertà, mancanza di educazione, abbandono e abuso. Al contrario di quanto affermato da Atak et al., anche in questo caso lo status di migrante contribuirebbe di per sé ad acuire la vulnerabilità in quanto spesso legato all'impossibilità per l'individuo di restare nel Paese di destinazione o di intraprendere una carriera lavorativa⁸³. I migranti vittime di tratta sarebbero quindi doppiamente vulnerabili, non solo in quanto soggetti all'abuso ma anche in quanto stranieri, spesso irregolari, con tutto ciò che la loro condizione comporta in termini di accesso a servizi dedicati e al *caveat* ancora irrisolto della cooperazione con le autorità di polizia quale requisito imprescindibile ai fini del rilascio di un permesso di soggiorno⁸⁴. Ergo, la vulnerabilità, di concerto all'uso della violenza psicologica o fisica e lo sfruttamento, è essa stessa prerequisito ed indicatore della tratta.

Nel contesto giuridico dell'Unione, molteplici sono le direttive che si occupano di regolamentare specifici aspetti caratterizzanti il fenomeno poliedrico della tratta sì da poter garantire il maggior margine possibile di intervento a tutela delle vittime. Tra

⁸⁰ E. SANTORO, *Postprefazione. Vulnerabilità fra teoria politica e testi normativi: Un linguaggio nuovo per dire cose vecchie o un nuovo strumento teorico?*, cit., p. 139.

⁸¹ P. KEMP, *Final Report of the European Commission on the Project Basic Ethical Principles*, cit. Vedasi anche, J.D. RENDTORFF, *Basic ethical principles in European bioethics and biolaw: Autonomy, dignity, integrity and vulnerability—towards a foundation of bioethics and biolaw*, in *Medicine, Healthcare and Philosophy*, 2002, Vol. 5, n. 3, pp. 235-244.

⁸² S. MORARO-FOADI, *Human Trafficking and the position of “vulnerability” for victims in Europe*, in *International Journal of Migration and Border Studies*, pp. 2-6.

⁸³ United Kingdom Supreme Court, *Hounga v. Allen and Anor*, judgment of 30 July 2014, para 18(d).

⁸⁴ L'Articolo 9 della direttiva anti-tratta afferma che la collaborazione della vittima di tratta prescinde dal proseguimento delle indagini, mentre l'Articolo 6 della direttiva 2004/81/CE (cd. direttiva permessi) condiziona il rilascio di un permesso di soggiorno alla collaborazione con le autorità competenti. Sul punto, M. BORRACETTI, *Human Trafficking and Human Security*, in S. SALOMON, L. HESCHL, G. OBERLEITNER, W. BENEDEK (eds.), *Blurring Boundaries: Human Security and Forced Migration*, 2017. Dello stesso autore, *Il contrasto alla tratta di persone a partire dal Consiglio europeo di Tampere 1999: attualità e criticità*, in M. GIOVANNETTI, N. ZORZELLA (a cura di), *Ius Migrandi. Trent'anni di politiche e legislazione sull'immigrazione in Italia*, Milano, 2020.

queste, la direttiva 2011/36/UE⁸⁵ (cd. direttiva anti-tratta) rappresenta la principale fonte di diritto secondario nella lotta alla tratta. In questo ambito, il diritto UE non solo promuove un'interazione orizzontale tra fonti di eguale rango, ma anche tra strumenti adottati da altri ordinamenti.

Infatti, l'Articolo 2, comma 1, della direttiva riprende la definizione di vulnerabilità, per la prima volta riconosciuta a livello internazionale, contenuta nel Protocollo addizionale della Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale per prevenire, reprimere e punire la tratta di persone, in particolare di donne e bambini⁸⁶ (cd. Protocollo di Palermo), per cui essa comprende:

“il reclutamento, il trasporto, il trasferimento, l'alloggio o l'accoglienza di persone, compreso il passaggio o il trasferimento dell'autorità su queste persone, con la minaccia dell'uso o con l'uso stesso della forza o di altre forme di coercizione, con il rapimento, la frode, l'inganno, l'abuso di potere o della posizione di vulnerabilità o con l'offerta o l'accettazione di somme di denaro o di vantaggi per ottenere il consenso di una persona che ha autorità su un'altra, a fini di sfruttamento.”.

La posizione di vulnerabilità è quindi un elemento fondamentale da verificare in caso di tratta, dato che le vittime vengono spesso scelte proprio in virtù delle loro vulnerabilità dettate da circostanze socioeconomiche, politiche e personali⁸⁷. Questa impostazione trova conferma nella spiegazione redatta dal Consiglio d'Europa⁸⁸, per cui

“The vulnerability may be of any kind, whether physical, psychological, emotional, family-related, social or economic. The situation might, for example, involve insecurity or illegality of the victim's administrative status, economic dependence or fragile health. In short, the situation can be any state of hardship in which a human being is impelled to accept being exploited. Persons abusing such a situation flagrantly infringe human rights and violate human dignity and integrity, which no one can validly renounce”.

⁸⁵ 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/GAI*, GU L 101 del 5 aprile 2011, pp. 1-11.

⁸⁶ Risoluzione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite n. 55/25 del 15 novembre 2000, 55esima sessione, A/RES/55/25, Articolo 3, lett. a). Tale definizione è altresì ripresa dalla Convenzione del Consiglio d'Europa adottata nel 2005 come supplemento al cd. Protocollo di Palermo. Vedasi, Council of Europe, *Convention on Action against Trafficking in Human Beings*, Warsaw, 15 May 2005, Council of Europe, Treaty Series- No. 197.

⁸⁷ Per una disamina del fenomeno della tratta nel diritto dell'UE dell'immigrazione, si veda M. BORRACCETTI, *Human Trafficking and Human Security*, cit. Per un approfondimento specifico sulla tratta di donne migranti nel settore agricolo e l'inquadramento giuridico nel diritto dell'Unione, si veda L. PALUMBO, *The vulnerability to exploitation of women migrant workers in agriculture in the EU: The need for a Human Rights and Gender based approach*, Study for the FEMM Committee of the European Parliament, May 2018. La stessa autrice discute la cornice giuridica della tratta nel diritto italiano. Vedasi, L. PALUMBO, *Protection of Trafficked People in Italy: Policies, Limits and Challenges*, in *Journal of Money Laundering Control*, 2015, Vol. 18, n. 1, pp. 52-65.

⁸⁸ Council of Europe 2005, *Explanatory Report to the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings*, Warsaw 2005, p. 4.

La nozione di posizione di vulnerabilità adottata a livello internazionale e ripresa testualmente sia dal Consiglio d'Europa che dall'Unione⁸⁹ ne sottolineano quindi una duplice dimensione che pone l'accento sia alla sua dimensione interna sia sul contesto in cui la persona si trova.

È cruciale sottolineare che, sebbene la direttiva riprenda testualmente molti passaggi del Protocollo di Palermo, rafforzando quindi uno standard internazionale già consolidato, il livello di tutela e protezione offerto nel diritto dell'Unione risulta più ampio rispetto a quello internazionale. Secondo Marco Borraccetti, il valore particolarmente innovativo della direttiva sta nell'individuazione di un preciso significato di posizione di vulnerabilità, non ulteriormente elaborato nel Protocollo internazionale, definita come la situazione in cui la persona non ha nessun'altra scelta effettiva *od* accettabile se non quella di cedere all'abuso di cui è vittima⁹⁰.

A tal proposito, si rileva che - a differenza, *inter alia*, della versione inglese, francese, spagnola e tedesca - il testo italiano della direttiva utilizza erroneamente la congiunzione copulativa “ed” invece che disgiuntiva “od”, richiedendo quindi congiuntamente l'assenza di soluzioni effettive *e* accettabili alla situazione in cui si trova, come previsto nei *travaux préparatoires* del Protocollo di Palermo⁹¹ ma non dal diritto dell'Unione.

Altro aspetto rilevante riguarda le sanzioni da applicare agli autori del reato per cui la direttiva anti-tratta dispone che qualora esso sia compiuto nei confronti di una vittima particolarmente vulnerabile, tra cui dovrebbero figurare almeno i minori, la reclusione per i responsabili raggiunge la durata massima di almeno dieci anni⁹². Altri elementi che gli Stati Membri potrebbero tenere in considerazione nel valutare la vulnerabilità della vittima comprendono, ad esempio, il sesso, la gravidanza, lo stato di salute e la disabilità. Pertanto, anche nella definizione proposta dall'Articolo 2, comma 2, sembrano coesistere due concezioni di vulnerabilità. Da un lato, si fa riferimento alla vulnerabilità situazionale, in cui la vittima si trova in posizione di vulnerabilità date le circostanze di sfruttamento e abuso a cui si trova soggetta; dall'altro, menziona esplicitamente alcune categorie di persone in posizione particolarmente vulnerabile, quindi associando la vulnerabilità a gruppi predeterminati di persone, disgiungendola dal contesto di riferimento⁹³.

Ad eccezione della nozione comune di “posizione di vulnerabilità” applicata specificamente al contesto della tratta degli esseri umani, il diritto UE dell'immigrazione

⁸⁹ La tratta degli esseri umani è, inoltre, esplicitamente vietata dall'Articolo 5, comma 3, della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea e rientra tra i gravi crimini organizzati transnazionali perseguibili ai sensi dell'Articolo 83 TFUE.

⁹⁰ M. BORRACCETTI, *Il contrasto alla tratta di persone a partire dal Consiglio europeo di Tampere 1999: attualità e criticità*, cit., p. 695.

⁹¹ UNODC, *Travaux Préparatoires of the negotiations for the elaboration of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocols thereto*, New York 2006, https://www.unodc.org/pdf/ctocopp_2006/04-60074_ebook-e.pdf. Per approfondimento, L. PALUMBO, *The vulnerability to exploitation of women migrant workers in agriculture in the EU: The need for a Human Rights and Gender based approach*, cit.

⁹² Direttiva 2011/36/UE, considerando 12 e Articolo 4, comma 2.

⁹³ Ringrazio Letizia Palumbo per le preziose riflessioni sul punto in oggetto.

non fornisce una definizione di vulnerabilità, prevedendo al contrario elenchi più o meno elastici di gruppi vulnerabili di persone (direttiva 2011/36/UE e direttiva 2012/29/UE⁹⁴), migranti (direttiva 2008/115/CE⁹⁵) o richiedenti protezione internazionale e rifugiati (direttiva 2011/95/UE, direttiva 2013/33/UE e regolamento Dublino III)⁹⁶. Se da un lato questa lacuna normativa può risultare in un'interpretazione flessibile e plastica dei gruppi da identificare come vulnerabili, la mancanza di criteri comuni, da un lato, e l'approccio grupale adottato, dall'altro, lasciano ampio margine ad interpretazioni *ad hoc* e discrezionali di vulnerabilità, sistematizzandone la dimensione collettiva a scapito di quella individuale. In tali circostanze, inoltre, la condizione di certi richiedenti asilo non riconducibile a gruppi "certificati"⁹⁷ come vulnerabili potrebbe condurre all'erronea presunzione che non abbiano bisogni specifici né necessità di forme di assistenza particolari fino a supporre che, data tale "invulnerabilità"⁹⁸, non abbiano diritto alla protezione internazionale. Applicata in questi termini, la vulnerabilità finirebbe con contraddire se stessa, diventando un concetto e uno strumento di esclusione piuttosto che di tutela.

Effettivamente, l'approccio adottato dal legislatore europeo nei confronti di cittadini di Stato terzo vulnerabili sembra essere mutato nel tempo, ora avvicinandosi alla dimensione ontologica, ora spostandosi verso una sua concezione situazionale⁹⁹. Ad esempio, la direttiva 2003/09/CE¹⁰⁰, ossia la cd. direttiva accoglienza adottata nell'ambito della prima fase del SECA, includeva un preliminare riferimento alla vulnerabilità dei richiedenti asilo circoscritta all'integrità fisica e mentale¹⁰¹, mentre l'allora direttiva procedure e il regolamento Dublino II ne facevano menzione nel solo caso dei minori

⁹⁴ Direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio *che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI*, del 25 ottobre 2012, GU L 315, 14.11.2012, p. 57-73.

⁹⁵ Direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio *recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati Membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare*, del 16 dicembre 2008, GU L 348, 24.12.2008, p. 98-107.

⁹⁶ Rispettivamente, Direttiva 2011/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio *recante norme sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta (rifusione)*, del 13 dicembre 2011, GU L 337, 20.12.2011, p. 9-26; Direttiva 2013/33/UE del Parlamento europeo e del Consiglio *recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale (rifusione)*, del 26 giugno 2013, GU L 180, 29.6.2013, p. 96-116; Regolamento (UE) n. 604/2013 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*, del 26 giugno 2013, GU L 180, 29.6.2013, p. 31-59.

⁹⁷ D. FASSIN, E. D'HALLUIN, *The Truth from the Body: Medical Certificates as Ultimate Evidence for Asylum Seekers*, in *American Anthropologist*, 2005, Vol. 107, n. 4, pp. 597-608.

⁹⁸ S. SPADA, *Vulnerabilità Strutturali e Potenzialità di Tutela per le Persone Richiedenti Protezione Internazionale*, cit., p. 76.

⁹⁹ Per un excursus dettagliato sul punto, si veda ASYLUM INFORMATION DATABASE (AIDA), *The concept of vulnerability in European asylum procedures*, 2017.

¹⁰⁰ Direttiva 2003/09/CE del Consiglio *recante norme minime per l'accoglienza di richiedenti asilo*, del 27 gennaio 2003, GU 2003 L 31/18.

¹⁰¹ ASYLUM INFORMATION DATABASE (AIDA), *The concept of vulnerability in European asylum procedures*, cit., pp. 12 e ss.

stranieri non accompagnati. Un impulso proviene dalla direttiva 2008/115/CE (cd. direttiva rimpatri)¹⁰², la quale richiede che gli Stati, nell'eseguire la partenza volontaria o il rimpatrio di stranieri il cui soggiorno è irregolare, tengano conto delle particolari esigenze avvertite dalle persone vulnerabili. L'Articolo 3, comma 9, individua i seguenti gruppi vulnerabili: i minori, i minori non accompagnati, i disabili, gli anziani, le donne in gravidanza, le famiglie monoparentali con figli minori e le persone che hanno subito torture, stupri o altre forme gravi di violenza psicologica, fisica o sessuale. La dimensione gruppale della vulnerabilità prediletta nella direttiva rimpatri contrasta quindi con quella più poliedrica della direttiva anti-tratta.

Nel riformare parte del SECA, il legislatore europeo non sembra aver tenuto conto né della sentenza *M.S.S.* della Corte EDU né dell'esigenza di uniformare l'approccio del diritto UE nei confronti della vulnerabilità. Nel 2013, infatti, la nuova direttiva accoglienza riacquista completamente la dimensione gruppale della vulnerabilità ontologica, tuttavia individuando un numero più ampio di categorie vulnerabili rispetto all'elenco contenuto nella direttiva rimpatri¹⁰³. Dalla prospettiva della vulnerabilità, la scelta operata dal legislatore europeo sembra quindi intendere che i gruppi aggiunti nel 2013 siano vulnerabili solamente nell'ambito dell'accoglienza e non in caso di rimpatrio, dato che compaiono nella prima direttiva e non nella seconda. Da questa comparazione sembra che lo status giuridico di richiedente asilo certifichi come vulnerabili più gruppi rispetto alla prospettiva del rimpatrio, rischiando di riproporre il rischio summenzionato di "invulnerabilità". In effetti, la frammentazione della vulnerabilità in gruppi tipizzati, da un lato, e degli strumenti di protezione, dall'altro, ha avuto conseguenze tutt'altro che astratte. Tale segmentazione ha prodotto innanzitutto una terminologia vaga e variegata di concetti che descrivevano i richiedenti asilo come "vulnerabili" piuttosto che aventi "bisogni speciali di garanzie procedurali" o "con bisogni di accoglienza speciali"¹⁰⁴. In secondo luogo, e conseguentemente, a tali nozioni, diverse per terminologia ma non per sostanza, sono stati rispettivamente associati a livello nazionale diversi gruppi vulnerabili, per cui, ad esempio, i minori stranieri non accompagnati e le vittime di tratta avevano bisogno di misure di accoglienza speciali ma non di garanzie procedurali specifiche¹⁰⁵. Queste differenze permangono nel pacchetto di riforme proposto dalla Commissione europea nel 2016. Allo stesso modo, la proposta di revisione della direttiva rimpatri del 2018¹⁰⁶ lascia immodificata la lista di gruppi vulnerabili, non contribuendo pertanto a

¹⁰² Direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio *recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati Membri al rimpatrio di cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare*, del 16 dicembre 2008, GU L 348, 24.12.2008, p. 98-107.

¹⁰³ Rispetto alla lista contenuta nell'Articolo 3, comma 9, della direttiva rimpatri, l'Articolo 21 della direttiva accoglienza include anche le vittime di tratta, le persone con malattie gravi, persone con disordini mentali e le vittime di mutilazione genitale femminile.

¹⁰⁴ AIDA, *The concept of vulnerability in European asylum procedures*, cit., p. 14.

¹⁰⁵ *Idem*, p. 15.

¹⁰⁶ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, *Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati Membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare (rifusione)*. Contributo della Commissione europea alla riunione dei leader di Salisburgo del 19-20 settembre 2018, COM(2018) 634 final.

risolvere il dubbio concernente l'attribuzione della vulnerabilità a gruppi specifici in luce del proprio status giuridico.

La “certificazione” della vulnerabilità collettiva risulta in netto contrasto con quanto affermato dalla Commissione europea nel 2016 proprio sulla natura di tale concetto associato a migranti e richiedenti asilo, secondo cui “*vulnerability is not a static state of affairs attached only to particular groups, but fluctuates with situations and contexts. [...] Asylum-seekers and irregular migrants are therefore prone to be contextually vulnerable, even where they do not belong to the groups traditionally recognized as vulnerable*”¹⁰⁷. Tali considerazioni vennero infatti presto dimenticate e sostituite con un approccio decisamente più restrittivo sia in relazione all'applicazione del concetto di vulnerabilità sia all'attenzione per i diritti fondamentali e per le forme di protezione da conferire ai richiedenti asilo nel territorio dell'Unione.

A conferma di ciò, il pacchetto di riforme presentato dalla Commissione nello stesso anno assumeva un approccio securitario che mal si conciliava non solo con le dichiarazioni precedenti, ma soprattutto con il bisogno di protezione e assistenza dei gruppi vulnerabili. A titolo esemplificativo, la proposta di regolamento qualifiche¹⁰⁸, oggetto di analisi della prossima sezione, mirava ad un SECA che fosse “*generoso verso le categorie più vulnerabili e rigoroso nei confronti dei potenziali abusi, sempre nel rispetto dei diritti fondamentali*”¹⁰⁹, rievocando il metodo del bastone e della carota. Due sono gli elementi da rilevare in questa sede. Innanzitutto, la Commissione sembrava presupporre che alla base del riconoscimento di protezione internazionale - con relativo status, diritti e doveri - e della condizione di massima vulnerabilità vi fosse non già un obbligo legalmente vincolante derivante dal diritto internazionale e dai Trattati costitutivi dell'Unione, bensì un sentimento di generosità. Tale benevolenza avrebbe potuto repentinamente venir meno, sembra proseguire la Commissione, qualora il richiedente asilo avesse tentato di abusarne per propri fini. In secondo luogo, la magnanimità della Commissione non era elargita a tutti, ma solamente ai “più vulnerabili”, intendendo con tale espressione i gruppi più deboli e fragili, tra cui i minori stranieri accompagnati e non accompagnati, le persone con disabilità, gli anziani, le donne incinta, il genitore con figli minori a carico, le vittime di tratta, di tortura, stupro e altre forme di severa violenza psicologica, fisica o sessuale¹¹⁰.

¹⁰⁷ European Commission, *The Protection of Vulnerable Individuals in the Context of EU Policies on Border Checks, Asylum, and Immigration*, 2016, <http://www.fp7-frame.eu/wp-content/uploads/2016/08/Deliverable-11.3.pdf>.

¹⁰⁸ Comunicazione della Commissione, *Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, recante norme sull'attribuzione a cittadini di paesi terzi o apolidi della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria e sul contenuto della protezione riconosciuta, che modifica la direttiva 2003/109/CE del Consiglio, del 25 novembre 2003, relativa allo status dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo*, 13 luglio 2016, COM(2016) 466 final.

¹⁰⁹ *Idem*, p. 3.

¹¹⁰ COM(2016) 466, cit., p. 44. Per un approfondimento sulle condizioni di accoglienza per minori stranieri non accompagnati si veda, *inter alia*, F. BIONDI DAL MONTE, *The system of reception of unaccompanied minors: Legal profiles and integration policies*, in MC GRAW HILL (ed.) *Unaccompanied minors in Italy*, Vol. 1, n. 1, 2014, pp. 17-30; A. PITRONE, *La protezione dei minori stranieri non accompagnati nella*

4. Una panoramica della vulnerabilità nel Nuovo Patto sulla Migrazione e l'Asilo

Risulta importante notare che, da un lato, l'attuale proposta di modifica del cd. regolamento qualifiche introdotta dal Nuovo Patto non contiene alcun avanzamento riguardo la protezione e l'assistenza delle persone vulnerabili¹¹¹ e, dall'altro, numerose proposte non analizzano né menzionano la vulnerabilità, nonostante sia, come abbiamo visto, imprescindibilmente legata ai migranti e richiedenti asilo. È il caso della raccomandazione sulla creazione di un meccanismo comune di preparazione e gestione delle crisi migratorie¹¹², delle linee guida per la definizione e prevenzione dell'ingresso e soggiorno irregolare¹¹³ e della raccomandazione sulla cooperazione tra Stati Membri nell'ambito delle operazioni di ricerca e soccorso in mare¹¹⁴.

Il concetto di vulnerabilità rileva, invece, nella proposta di un meccanismo di trattenimento alla frontiera di cittadini di Stato terzo in arrivo o intercettati come irregolari al fine di apportare controlli rapidi per verificarne l'identità e che non costituiscano un pericolo per la sicurezza pubblica, l'ordine pubblico e la sanità pubblica¹¹⁵. Lo *screening* in questione consta anche di un *vulnerability check* preliminare il cui scopo è di identificare rapidamente i migranti con bisogno di cure immediato, che necessitino l'isolamento per motivi di tutela della sanità pubblica e di persone vulnerabili o con bisogni particolari di accoglienza o procedurali¹¹⁶. Si potrebbe argomentare che quanto

giurisprudenza europea: quale possibile influenza sulle proposte contenute nel nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo?, in questa Rivista, 2021, n. 1.

¹¹¹ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, *Proposta modificata di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, che stabilisce una procedura comune di protezione internazionale nell'Unione e abroga la direttiva 2013/32/UE*, del 23 settembre 2020, COM(2020) 611 final. Su questo specifico punto, si rinvia a M. MARCHEGIANI, *Il nuovo patto sulla migrazione e l'asilo sotto il prisma della nozione di vulnerabilità*, cit. L'autrice rileva che l'indicazione di generale esenzione delle categorie vulnerabili dalla procedura di frontiera contenga numerose zone d'ombra, con particolare riferimento ai criteri su cui basare l'individuazione delle persone con vulnerabilità e i tempi e le modalità stesse della procedura alla frontiera, i quali non garantirebbero l'emersione e valutazione delle forme di vulnerabilità.

¹¹² Commission Recommendation on an EU mechanism for Preparedness and Management of Crises related to Migration (Migration Preparedness and Crisis Blueprint) of 23 September 2020, C(2020) 6469 final.

¹¹³ Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, *Commission Guidance on the implementation of EU rules on definition and prevention of the facilitation of unauthorised entry, transit and residence* of 23 September 2020, C(2020) 6470 final.

¹¹⁴ Commission Recommendation on cooperation among Member States concerning operations carried out by vessels owned or operated by private entities for the purpose of search and rescue activities of 23 September 2020 C(2020) 6468 final. Sul punto si veda, *inter alia*, V. MORENO-LAX, *A New Common European Approach to Search and Rescue? Entrenching Proactive Containment*, in *Odyseus Blog*, 3 February 2021, <https://eumigrationlawblog.eu/a-new-common-european-approach-to-search-and-rescue-entrenching-proactive-containment/>; E. PISTOIA, *Il Nuovo Patto e la Gestione degli Sbarchi*, in *ADiM Blog*, Analisi & Opinioni, novembre 2020, <http://www.adimblog.com/2020/11/30/il-nuovo-patto-e-la-gestione-degli-sbarchi/>.

¹¹⁵ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, *Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che introduce accertamenti nei confronti dei cittadini di paesi terzi alle frontiere esterne e modifica i regolamenti (CE) n. 767/2008, (UE) 2017/2226, (UE) 2018/1240 e (UE) 2019/817*, del 23 settembre 2020, COM/2020/612 final.

¹¹⁶ COM(2020) 612 final, cit., p. 9.

più è rapido lo *screening*, tanto meno sarà possibile identificare le vulnerabilità del soggetto in questione, date le innumerevoli forme fisiche e psicologiche in cui questa si presenta e il differente grado di manifestazione delle stesse. Tale strumento rischierebbe quindi non solo di danneggiare proprio i richiedenti asilo con maggiore bisogno di assistenza e livelli elevati di protezione, ma anche di privilegiare la vulnerabilità di gruppo su quella del singolo, finendo per produrre l'effetto opposto a quello sperato¹¹⁷.

Vi è il conseguente, duplice rischio di “certificare” la vulnerabilità e di circoscriverla alle sole forme più manifeste, in relazione all'età o alle forme più evidenti di precarie condizioni di salute e fisiche, tralasciando quindi ogni altra vulnerabilità invisibile al primo, rapido sguardo. Tale tendenza appare conclamata in almeno due passaggi. La Commissione prevede infatti che “[I]f it is clear from the circumstances that such examination [vulnerability check, NdA] is not needed, in particular because the overall condition of the person appears to be very good, the examination should not take place and the person concerned should be informed of that fact.”¹¹⁸. Sembra lecito chiedersi quale migrante alla frontiera possa considerarsi in condizioni “molto buone” tanto da giustificare la futilità della minima verifica del suo stato di vulnerabilità così come su quali criteri si basi tale esclusione. Un ulteriore elemento che conferma l'impostazione restrittiva della Commissione è rappresentato dall'incoraggiamento a prestare particolare attenzione, durante la fase di *screening*, agli individui con palese vulnerabilità, “[...] such as pregnant women, elderly persons, single parent families, persons with an immediately identifiable physical or mental disability, persons visibly having suffered psychological or physical trauma and unaccompanied minors.”¹¹⁹. Tale indicazione rischia di riportare in auge l'antica concezione di vulnerabilità propria della teoria politico-giuridica precedente al secondo conflitto mondiale per cui, come accennato, i *vulnera* erano circoscritti a ferite fisiche o condizioni oggettive manifeste (età, genere, malattia), ignorando la dimensione ontologica della vulnerabilità, comprensiva delle violazioni dei diritti fondamentali degli individui.

I limiti di tale approccio sono particolarmente evidenti nello studio di Fassin e Rechtman, focalizzato sull'emergere della condizione di vittima nella Francia di fine secolo. Gli autori sostengono che, all'aumentare del numero delle richieste di asilo, il racconto del richiedente non sembrava più essere sufficiente per convincere le autorità competenti della veridicità del proprio vissuto, della propria vulnerabilità e bisogno di protezione. Per appianare ogni sospetto¹²⁰, la presenza di cicatrici, contusioni e ferite e, in misura ancora maggiore, la certificazione delle stesse avrebbero avvalorato le sue parole. Dicono Fassin e Rechtman, “[I]n vent'anni, la certificazione medico-psicologica

¹¹⁷ M. MARCHEGIANI, *Il nuovo patto sulla migrazione e l'asilo sotto il prisma della nozione di vulnerabilità*, cit., p. 4.

¹¹⁸ COM(2020) 612 final, cit., p. 26.

¹¹⁹ COM(2020) 612 final, cit., p. 27.

¹²⁰ Sul sospetto nei confronti dei “falsi” rifugiati si veda G. NOIRIEL, *La Tyrannie du national. Le droit d'asile en Europe 1793-1993*, Paris, 1992.

è quindi divenuta il *passe-partout dell'asilo*"¹²¹. Come correttamente sostenuto dagli autori, l'attestazione del trauma implica in primo luogo la regressione del diritto d'asilo, dato che la Convenzione di Ginevra sullo Statuto dei Rifugiati del 1951 richiede solamente che essi abbiano un fondato timore di persecuzione. Il rifugiato non è solo colui che è stato perseguitato, ma anche colui che ha tutti gli estremi per temere che ciò possa accadere in futuro. Come si può allora certificare la paura per un fatto potenziale ma non avvenuto? In secondo luogo, l'attestazione si sostituisce al racconto del richiedente, dando più peso a ciò che può essere oggettivamente comprovato piuttosto che alle parole di un'esperienza soggettiva vissuta.

Alla luce della breve analisi della letteratura condotta nella seconda sezione, si può invece facilmente concludere che la vulnerabilità sia parte integrante della migrazione in quanto percorso che di per sé conduce a violazioni di diritti fondamentali¹²² e, pertanto, che tutti i migranti giunti irregolarmente via terra o via mare nel territorio dell'Unione siano, o si trovino, in condizione di vulnerabilità. Come sottolineato infatti da UNHCR, "*vulnerability is more inclusive than being at risk of persecution or refoulement*."¹²³. Infine, come ricordato in precedenza, tramite la sentenza *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, la Corte EDU ha da tempo riconosciuto l'intrinseca e, al contempo, generalizzata vulnerabilità dei richiedenti asilo in forma gruppale, a cui accordare garanzie procedurali e di accoglienza appropriate. Di conseguenza, in caso di afflussi migratori massicci alle frontiere dell'Unione, la vulnerabilità può dirsi condizione diffusa ed oggettiva che si somma alle vulnerabilità personali dei soggetti in fuga. Pertanto, parrebbe logico nonché necessario che uno strumento che miri ad una gestione efficace ed effettiva di situazioni emergenziali di questo tipo tenga in primaria considerazione le diverse forme di vulnerabilità, esistenziali e contestuali, dei migranti.

5. La vulnerabilità statale

Finora abbiamo associato la vulnerabilità a singoli o gruppi di individui. Abbiamo visto che vi sono diverse scuole di pensiero che attribuiscono alla vulnerabilità una natura universale e/o situazionale che a loro volta si ricollegano a diversi fattori di origine. Il filo conduttore dell'analisi fin qui svolta è stata, in ogni caso, la vulnerabilità propria della persona umana. Tuttavia, non sono mancate riflessioni concernenti l'attribuzione della vulnerabilità ad altre entità, ad esempio all'apparato statale. Partendo infatti dalla prospettiva della vulnerabilità inerente od ontologica, Judith Butler affronta il problema

¹²¹ D. FASSIN, R. RECHTMAN (eds.), *L'impero del trauma. Nascita della condizione di vittima*, Meltemi, 2020, p. 351.

¹²² S. SPADA, *Vulnerabilità Strutturali e Potenzialità di Tutela per le Persone Richiedenti Protezione Internazionale*, cit., p. 80.

¹²³ UNHCR, *Vulnerability Screening Tool. Identifying and addressing vulnerability: A tool for asylum and migration systems*, 2017, <https://www.unhcr.org/protection/detention/57fe30b14/unhcr-idc-vulnerability-screening-tool-identifying-addressing-vulnerability.html>, pp. 1-2.

della vulnerabilità a cui le istituzioni di stampo paternalistico potrebbero essere soggette in caso di rivolta degli oppressi. Nelle parole stesse dell'autrice:

*“What about the power of those who are oppressed? And what about the vulnerability of paternalistic institutions themselves? After all, if they can be contested, brought down, or rebuilt on egalitarian grounds, then paternalism itself is vulnerable to a dismantling that would undo its very form of power. And when this dismantling is undertaken by subjugated peoples, do they not establish themselves as something other than, or more than, vulnerable?”*¹²⁴.

In quest'ottica, la vulnerabilità costituirebbe un concetto talmente flessibile e onnipresente da essere suscettibile alla manipolazione politica, diventando paradossalmente appannaggio dei gruppi dominanti per mantenere salda la propria posizione di potere e di privilegio a fronte di chi richiede, ad esempio, il rispetto dei diritti umani. Continua Butler, *“In those instances, it is their privilege which has become ‘vulnerable’ to being undone by increasing demands for equality and freedom”*¹²⁵. Allo stesso modo, Butler cita il caso di alcune identità nazionali europee che si percepirebbero vulnerabili e minacciate dall'arrivo di nuove comunità di migranti e di altre culture¹²⁶.

Un altro spunto di riflessione è costituito dai lavori preparatori della bozza di trattato per una Costituzione per l'Europa¹²⁷ tenutisi nel 2002. Durante una discussione interna all'*European Convention Working Group X* sull'inclusione del principio di solidarietà nella politica su migrazione e asilo, la rappresentante scozzese affermò: *“It is important, therefore, that we are able to offer assistance to Member States which, because of their geographical position, are particularly vulnerable to the threat of illegal immigration.”*¹²⁸. In questo caso, la migrazione irregolare assume i chiari connotati di una minaccia alla sicurezza e al benessere degli Stati. La vulnerabilità che scaturirebbe dal pericolo migratorio sarebbe tale da assicurare l'intervento degli altri Stati Membri.

In entrambi i casi, la vulnerabilità fino a quel momento propria dell'individuo viene applicata allo Stato. La naturale conseguenza di questo approccio è quello di spostare diametralmente il focus dal primo al secondo. La disciplina delle Relazioni Internazionali e gli studi di Geopolitica, Cooperazione e Sviluppo sono ricchi di letteratura sui cd. *“Stati*

¹²⁴ J. BUTLER, *Precarious Life: The Powers of Mourning and Violence*, cit., p. 13.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 16.

¹²⁶ *Ibidem*. L'autrice porta molti altri esempi, tra cui la vulnerabilità degli Stati coloniali e il loro diritto di attaccare le popolazioni colonizzate per difendersi; la presunta posizione vulnerabile di alcuni uomini all'emergere della corrente femminista e della discriminazione a cui essi sarebbero ora soggetti; il caso della maggioranza bianca in California che si dichiara vulnerabile a fronte dell'aumento di gruppi non-bianchi nell'area.

¹²⁷ Tutti i materiali sono reperibili qui: http://european-convention.europa.eu/EN/doc_wg/doc_wg2352.html?lang=EN.

¹²⁸ WD 022 - WG X - Comments by Baroness Scotland of Asthal and Mr Antti Peltomäki, alternate members of the Convention, on the Working document 05 'Possible ways for the Working Group', 20 November 2002, <http://european-convention.europa.eu/docs/wd10/5397.pdf>, 11.

fragili”¹²⁹ o “*Stati vulnerabili*”¹³⁰, generalmente identificati come entità statali malfunzionanti, con gravi problemi di ordine e sicurezza nazionale, coinvolti in, o produttori di, crisi umanitarie e violente rivolte che potrebbero potenzialmente minacciare la sicurezza internazionale.

Non vi è uniformità in dottrina sulla definizione di “Stato fragile” o di “fragilità dello Stato”. A titolo emblematico, la *United States Agency for International Development* (USAID) distingue tra Stati vulnerabili, la cui legittimità viene messa in discussione in quanto incapaci di provvedere adeguatamente ai bisogni della popolazione, e Stati in crisi, in cui la situazione di crisi può essere determinata da un conflitto oppure dall’incapacità o l’impossibilità del governo rispettivamente di controllare il territorio o di fornire i beni di prima necessità, oppure non ha la legittimità per compiere queste azioni¹³¹. Da una prospettiva giuridica, Morawa cita la giurisprudenza della Corte EDU per identificare come vulnerabili quegli Stati in cui le istituzioni democratiche debbono confrontarsi con scenari di guerra che le rendono particolarmente esposte a tentativi di rovesciamento dello status quo¹³². Similmente, l’OCSE nel 2007 definisce gli Stati fragili come “*quelli che mancano di volontà politica e/o capacità di fornire le funzioni principali alla riduzione della povertà, sviluppo e protezione della sicurezza e dei diritti umani della propria popolazione*”¹³³. Mentre nel 2010, il dipartimento britannico di sviluppo internazionale include tra gli Stati fragili “*quelli in cui il governo non può o non vuole trasferire le funzioni principali alla maggioranza della popolazione, inclusi i poveri*”¹³⁴. Secondo tale definizione, esempi di Stati fragili non si limitano a quelli dilaniati dai conflitti armati, ma includono anche quelli in cui i diritti umani sono sistematicamente violati anche in tempi di pace. Le circostanze in cui versano questi Paesi sarebbero tali da poter potenzialmente compromettere la sicurezza anche al di fuori dei loro confini nazionali. Al fine di contenere eventuali rischi, gli Stati ad alto reddito, solitamente occidentali, si

¹²⁹ Sul punto, F. STEWART, G. BROWN, *Fragile States*, Centre for Research on Inequality, Human Security and Ethnicity, 2010, n. 3: “*So while the concept of fragility points to certain vulnerabilities and consequently to the need for special treatment by the international community, it might be desirable to use a different and less provocative term, and indeed to be less categorical about situations that are uncertain, particularly since any categorization involves a good deal of judgement*”, p. 1.

¹³⁰ Tra i molti, si veda T. CAROTHERS, D. DE GRAMONT, *Development Aid Confronts Politics: The Almost Revolution*, Carnegie Endowment, 2013, pp. 89-124; P. BURNELL, L. RAKNER, V. RANDALL, *Politics in the Developed World*, Oxford University Press 2014; WORLD BANK, *Revised Classification of Fragility and Conflict Situations for World Bank Group Engagement*, 2021, <https://pubdocs.worldbank.org/en/964161594254019510/Revised-Classification-of-Fragility-and-Conflict-Situations-web-FY21.pdf>; UK DEPARTMENT FOR INTERNATIONAL DEVELOPMENT, *Why We Need to Work More Effectively in Fragile States*, 2005.

¹³¹ USAID, *Fragile States Strategy*, 2005, http://www.usaid.gov/policy/2005_fragile_states_strategy.pdf.

¹³² A. H. E. MORAWA, *Vulnerability as a Concept of International Human Rights Law*, cit., p. 148. Vedasi, Corte Europea dei Diritti Umani, *John Murdock c. Regno Unito*, judgment of 25 January 2000, application number 44934/98. L’autore cita anche il caso di vulnerabilità ambientale di alcuni Stati, in particolare le piccole isole del Pacifico, già considerata da Fineman e Butler nelle loro opere. Si rinvia a Committee on the Rights of the Child, *Concluding Observations: Vanuatu*, CRC/C/15/Add.111, of 10 November 1999.

¹³³ OECD–DAC, *Principles for Good International Engagement in Fragile States & Situations*. Paris 2007.

¹³⁴ DFID, *Global Issues: Fragile States*, 2010, <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+/http://www.dfid.gov.uk/Global-Issues/How-we-fight-Poverty/Government/Fragile-States/>.

sono fatti tradizionalmente promotori di aiuti allo sviluppo e di finanziamenti per rafforzare le istituzioni di tali Paesi¹³⁵.

A mio parere, qualificare uno Stato presumibilmente incapace di gestire i movimenti migratori, quanto meno in entrata, come vulnerabile potrebbe comportare un ripensamento radicale di tutto l'apparato del sistema di asilo fin dalla Convenzione di Ginevra del 1951. L'etichetta di Stato fragile o vulnerabile fornirebbe infatti una giustificazione valida sia sul piano razionale che normativo nei confronti dello Stato incapace di assolvere le proprie funzioni. Per evitare questa deriva dagli obblighi di protezione nei confronti della propria popolazione, lo stesso dipartimento britannico ha specificato che "*minor failures on human rights*" non sono sufficienti per qualificare uno Stato come fragile, altrimenti "[...] *almost every country in the world would qualify as fragile. [...] the fragile states approach points to the problems of a particularly vulnerable subset of states*"¹³⁶. Allo stesso modo, Morawa sottolinea il potenziale abuso della nozione di vulnerabilità statale e il fondamentale ruolo delle autorità giudiziarie nel monitorare sul pieno rispetto dei propri obblighi in materia di diritti umani: "[...] *alleged vulnerability is sometimes nothing but a disguise of the fact that a state is in reality unwilling to change its practices in light of its human rights obligations* [...]"¹³⁷.

Vestiamo ora i panni di uno Stato Membro dell'Unione che si ritiene particolarmente esposto all'arrivo di flussi migratori. Se esso interpreta l'immigrazione come potenziale minaccia alla sicurezza e all'ordine pubblico, come sottolineato dalla rappresentante scozzese, tale Paese potrebbe dichiararsi vulnerabile, rifiutandosi di ottemperare ai propri obblighi internazionali nell'ambito del diritto di asilo, adducendo al fatto che *non sia in grado* di gestire la pressione migratoria a cui è soggetto¹³⁸, come avvenuto recentemente in Grecia¹³⁹.

È pertanto evidente che la qualificazione di uno Stato come vulnerabile è da maneggiare con cura per evitare di spostare l'accento sulla vulnerabilità statale a scapito di quella individuale. Ciò comporterebbe un grave rischio di cortocircuito nella politica

¹³⁵ Per un'eccellente analisi politico-economica sugli aiuti occidentali allo sviluppo in contesti fragili, si rinvia a D. ACEMOGLU, J. ROBINSON (eds.), *Why nations fail: the origins of power, prosperity, and poverty*, Profile Books, 2013; W. EASTERLY (ed.), *The White Man's Burden. Why the West's efforts to aid the rest have done so much ill and so little good*, Penguin Books, 2006. Per un approfondimento sul processo di democratizzazione, cooperazione e migrazione rispettivamente tra gli Stati meridionali dell'UE, del Medio Oriente e del Nord Africa, si veda G. GOZZI (ed.), *The Future of Euro-Mediterranean Relationships*, Bologna, 2012.

¹³⁶ F. STEWART, G. BROWN, *Fragile States*, cit. p. 26.

¹³⁷ A.H.E. MORAWA, *Vulnerability as a Concept of International Human Rights Law*, cit., p. 148.

¹³⁸ Lo Stato potrebbe inoltre reagire ricorrendo a misure deterrenti piuttosto che securitarie. Si pensi alla reintroduzione dei controlli alle frontiere interne in deroga al Codice Frontiere Schengen, accordi bi/multilaterali con i Paesi di origine e transito per limitare le partenze, agire sul piano legislativo riducendo le forme di protezione e l'accesso ai diritti fondamentali a cui hanno diritto etc.

¹³⁹ ECRE, *Violations Continue in Greece, EU Says Asylum Procedures Cannot be Suspended*, 13 March 2020, <https://www.ecre.org/violations-continue-in-greece-eu-says-asylum-procedures-cannot-be-suspended/>; Greek Council for Refugees, Oxfam, *Briefing: Diminished, Derogated, Denied: How the right to asylum in Greece is undermined by the lack of EU responsibility sharing*, 2 July 2020, <https://reliefweb.int/report/greece/diminished-derogated-denied-how-right-asylum-greece-undermined-lack-eu-responsibility>.

di migrazione e asilo, in cui si potrebbero giustificare ampie compressioni dei diritti dei migranti e richiedenti asilo a fronte di esigenze squisitamente statali.

Proprio questo potrebbe essere, tuttavia, uno dei rischi più rilevanti che si preannunciano con il Nuovo Patto sulla Migrazione e l'Asilo.

5.1. La vulnerabilità *statale* in situazioni di crisi e forza maggiore

Nel contesto dell'Unione, la necessità di uno strumento comune per prevenire e gestire le situazioni di emergenza nell'ambito della migrazione e dell'asilo non si configura come elemento innovativo, piuttosto deriva dalle manifeste carenze del SECA, le quali avevano portato la Commissione ad avanzare un pacchetto di riforme già nel 2016. Recenti eventi – tra cui le condizioni intollerabili e di sovraffollamento dei campi di accoglienza ellenici e l'incendio dell'hotspot di Moria, l'afflusso massiccio di richiedenti asilo bloccati al confine greco in seguito alla crisi politica scoppiata tra Grecia e Turchia, e la crisi sanitaria ed economica generata dalla pandemia COVID-19 ancora in corso – hanno confermato l'urgenza della questione.

È in questo contesto che, nell'ambito del Nuovo Patto, la Commissione propone uno strumento che possa adeguatamente prevedere e reagire a situazioni emergenziali, instaurando la facoltà per gli Stati Membri di derogare alle procedure ordinarie in caso di i) una situazione di *force majeure* o ii) una situazione di crisi, le quali potrebbero ostacolare l'adeguato funzionamento del sistema di asilo e migrazione a livello nazionale o sovranazionale.

Risulta fondamentale soffermarsi sull'approccio seguito dalla Commissione che, fin dalle prime righe della proposta di regolamento, assume il rafforzamento della gestione del fenomeno migratorio come proprio obiettivo e gli Stati Membri come destinatari principali dei propri sforzi, mentre i migranti e i richiedenti asilo vengono ricompresi tra le *challenges* che gli Stati sono chiamati ad affrontare¹⁴⁰. Secondo tale impostazione, tutt'altro che meramente narrativa, i cittadini di Stato terzo figurano come rischio di crisi, potenziale o imminente, per uno o più Stati Membri. L'attenzione della Commissione per prevenire e curare la *vulnerabilità dello Stato* di fronte alla sfida migratoria trova conferma nella modalità e nei termini di applicazione dei due meccanismi previsti dalla proposta in esame.

In primo luogo, delineare gli elementi costitutivi di uno stato di forza maggiore risulta alquanto laborioso, non solo in virtù del fatto che l'uso di tale concetto da parte della Commissione non ha precedenti nel contesto della migrazione e dell'asilo, ma altresì poiché non viene fornita alcuna definizione o criteri per identificare il rischio potenziale o imminente di *force majeure*. La Commissione, infatti, si limita a fornire due esempi che

¹⁴⁰ COM(2020) 613 final, 1.1. Sul punto si veda ECRE, *ECRE Comments on the Commission Proposal for a Regulation Addressing Situations of Crisis and Force Majeure in the field of Migration and Asylum*, February 2021, <https://www.ecre.org/wp-content/uploads/2021/03/ECRE-Comments-COM2020-613-V2-2.pdf>.

potrebbero rientrare in tale categoria, ovvero la diffusione della pandemia da COVID-19 e lo scoppio della crisi politica al confine tra Grecia e Turchia nel marzo 2020. È interessante notare che la Commissione non menziona, al contrario delle situazioni di crisi, gli afflussi massicci di cittadini di Stato terzo come esempio emblematico di evento di forza maggiore. Sembra quindi che la Commissione preveda sia fattori direttamente che indirettamente correlati ai flussi migratori che potrebbero ad ogni modo provocare un deterioramento del corretto funzionamento del sistema di asilo e migrazione degli Stati Membri. Risulta chiaro che l'attenzione della Commissione in questo frangente sia, quindi, rivolta *in primis* ad individuare le cause della *vulnerabilità statale* sì da prevenirla e/o mitigarla piuttosto che alleviare i fattori di vulnerabilità avvertiti dai migranti e richiedenti asilo.

Due elementi concorrono a sostegno di questa ipotesi. In primo luogo, la proposta permette agli Stati Membri di derogare alle regole ordinarie notificando autonomamente alla Commissione l'inizio e la fine di una situazione di forza maggiore, senza verifica da parte di quest'ultima della proporzionalità ed efficacia di tali notifiche. Così facendo, la Commissione lascia totale discrezionalità agli Stati Membri di decidere se una situazione turbolenta, sia essa di natura sanitaria o politica, possa costituire un evento di forza maggiore. In secondo luogo, la Commissione circoscrive la concessione della protezione immediata per gli sfollati alle sole situazioni di crisi¹⁴¹. Tale impostazione sembra quindi confermare che la priorità della Commissione sia la salvaguardia del corretto funzionamento degli Stati Membri piuttosto che la tutela dell'integrità e dei diritti delle persone sfollate.

Per quanto riguarda la seconda causa di emergenza, l'interpretazione della Commissione di una situazione di crisi copre situazioni eccezionali di afflusso massiccio di cittadini di Stato terzo o apolidi che attraversano irregolarmente la frontiera terrestre o marittima di uno Stato membro dell'Unione, in un breve lasso di tempo, di entità tale da mettere a dura prova anche sistemi di gestione dell'asilo e dell'immigrazione ben preparati e funzionanti. La definizione proposta sottolinea quindi sia la dimensione quantitativa che qualitativa dei flussi, caratterizzati da un *gran numero* di migranti *irregolari*, così come la loro natura inaspettata e repentina. Agli occhi della Commissione, questi elementi combinati tra loro sarebbero in grado di dare origine ad una crisi migratoria.

Anche in questo secondo caso, invece di bilanciare la necessità di protezione degli sfollati con la capacità di accoglienza degli Stati, la Commissione si concentra ampiamente sulla facoltà degli Stati Membri di derogare alle regole ordinarie, concentrando così prevalentemente la sua attenzione sulle esigenze nazionali di gestione della migrazione piuttosto che sul bisogno di assistenza dei cittadini di Stato terzo. Permane, dunque, il *focus* sulla vulnerabilità degli Stati Membri piuttosto che sulla vulnerabilità degli individui. Emblematicamente, la condizione di particolare vulnerabilità dei migranti e richiedenti asilo appare una sola volta in tutto il documento e in via del tutto incidentale. Inoltre, la proposta di regolamento dedica un solo Articolo su

¹⁴¹ COM(2020) 613 final, cit., Articolo 10.

quindici alla protezione dei richiedenti asilo. L'Articolo 10, infatti, propone di fornire protezione immediata a tutti gli sfollati che dimostrino un alto grado di rischio di essere soggetti a violenza indiscriminata, in situazioni eccezionali di conflitto armato, e che non siano in grado di tornare nel loro Paese d'origine. Se confrontata con la definizione di sfollati contenuta nella direttiva 2001/55/CE¹⁴² (cd. direttiva sulla protezione temporanea), che la Commissione mira ad abrogare, risulta immediatamente chiaro che questa disposizione punta a limitare il campo di applicazione della protezione immediata a pochi casi specifici. In primo luogo, tale elenco non esaurisce le cause più comuni di migrazione forzata o *displacement*, in quanto non tiene in considerazione le violazioni sistematiche o generalizzate dei diritti umani. Inoltre, a norma di tale disposizione, non pare sufficiente essere sottoposti a violenza indiscriminata, ma questa dovrebbe contestualizzarsi in una situazione di conflitto armato. Infine, tale lista si propone di essere esaustiva, non permettendo così un ampliamento della sua applicazione ad altre cause di *displacement*, contrariamente a quanto previsto dall'Articolo 7 della direttiva 2001/55/CE. In secondo luogo, la disposizione condiziona il riconoscimento della protezione immediata ad un "alto grado di rischio" di subire violenza, elevando così la soglia richiesta di minaccia alla vita e ai diritti umani degli sfollati.

Inoltre, la proposta stabilisce il monopolio della Commissione nell'autorizzare il rilascio della protezione immediata e, in caso ciò avvenga, le conferisce piena autorità di decidere *quando* questo status sarà concesso, *chi* riceverà lo status e *per quanto tempo*¹⁴³. Presumibilmente al fine di compensare l'ampio *spectrum* di vincoli sopra evidenziati, la Commissione suggerisce di ampliare considerevolmente i diritti e lo status di protezione del ristretto gruppo di sfollati eleggibili di protezione immediata, consentendo agli Stati Membri di sospendere l'esame delle domande di asilo per un periodo massimo di un anno, conferendo nel frattempo lo status di protezione immediata, la quale garantisce "*l'accesso effettivo a tutti i diritti [...] applicabili ed equivalenti a quelli di cui godono i beneficiari della protezione sussidiaria*"¹⁴⁴ secondo quanto stabilito dalla proposta della Commissione del 2016 nel cd. regolamento qualifiche.

Per quanto riguarda i diritti concessi nell'ambito della protezione immediata, la proposta di Regolamento Qualifiche garantisce, *inter alia*, il principio di non respingimento, il diritto al rilascio di un permesso di soggiorno e all'alloggio, la libertà di movimento all'interno dello Stato membro, l'accesso al mercato del lavoro, nonché alle procedure di riconoscimento delle qualifiche e di convalida delle competenze e alle misure di integrazione. Prevede diritti specifici legati alla particolare condizione di

¹⁴² Direttiva 2001/55/CE del Consiglio *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*, del 20 luglio 2001, OJ L 212, 7.8.2001, p. 12-23.

¹⁴³ M. INELI-CIGER, *What does a difference two decades make? The shift from temporary to immediate protection in the new European Pact on Asylum and Migration*, in *Odysseus Network*, November 2020, p. 4, <https://eumigrationlawblog.eu/what-a-difference-two-decades-make-the-shift-from-temporary-to-immediate-protection-in-the-new-european-pact-on-asylum-and-migration/>.

¹⁴⁴ COM(2020) 613 final, cit., considerando 25 e Articolo 10, comma 2.

vulnerabilità dei minori stranieri non accompagnati insieme all'istruzione per i minori e al diritto al ricongiungimento familiare, alle prestazioni sociali e all'assistenza sanitaria di emergenza, nonché all'assistenza al rimpatrio.

Per quanto riguarda la durata dello *status*, l'Articolo 26.1(b) della proposta di regolamento qualifiche prevede il rilascio di un permesso di soggiorno di un anno, rinnovabile per periodi di due anni ciascuno. Tuttavia, ciò non coincide con la durata della protezione immediata, applicabile per massimo un anno¹⁴⁵, allo scadere della quale gli Stati Membri interessati debbono necessariamente riprendere la valutazione delle domande di asilo fino a quel momento sospese. Secondo la logica della Commissione, i beneficiari avrebbero quindi accesso a un bacino molto ampio di diritti, di numero maggiore e con livelli di tutela più elevati rispetto a quelli garantiti dall'attuale direttiva 2001/55/CE, ma per un periodo decisamente più breve, cioè per un anno. La proposta non fornisce ulteriori informazioni nel malaugurato caso in cui la situazione di crisi duri più a lungo, il che è altamente probabile in caso di conflitti armati (si pensi al caso siriano), e non risolve il problema della diversa durata dello status di protezione immediata rispetto a quello di protezione sussidiaria.

Sul punto, muovono due ulteriori ordini di osservazioni. Innanzitutto, pare logico presupporre che allo scadere della durata annuale della protezione immediata e con la ripresa della valutazione delle domande di asilo, i beneficiari tornino ad essere richiedenti asilo, le cui condizioni e diritti sono attualmente stabiliti dalla direttiva 2013/33/UE (cd. direttiva accoglienza). Questa repentina regressione di status rischia di aggravare la precarietà e la vulnerabilità degli sfollati, comprimendo i loro diritti. A titolo emblematico, mentre i beneficiari di protezione immediata avrebbero diritto ai documenti di viaggio¹⁴⁶, i richiedenti asilo potrebbero riceverli solamente in presenza di gravi motivi umanitari¹⁴⁷. Inoltre, data la condizione di incertezza del loro soggiorno in seguito alla cessazione della protezione immediata, si può altresì presumere che gli Stati Membri sarebbero riluttanti a concedere loro fin dall'inizio l'accesso a misure di occupazione, integrazione e riconoscimento delle competenze.

In secondo luogo, procedere con l'equiparazione tra diritti conferiti ai beneficiari di protezione sussidiaria e di protezione immediata non solo può rivelarsi controproducente per gli sfollati, come dimostrato poc'anzi, ma rischia altresì di danneggiare la peculiarità della protezione sussidiaria quale *status* di protezione internazionale. Nel diritto dell'Unione, la protezione internazionale, rispettivamente composta da *status* di rifugiato e di protezione sussidiaria, mira al raggiungimento di una soluzione soddisfacente e duratura per i titolari, che includa non solo il pieno rispetto dei loro diritti umani, ma anche la promozione di un percorso concreto di integrazione, laddove non sia possibile un ritorno sicuro nel proprio Paese di origine e, a tal fine, si basa su un meticoloso esame individuale delle condizioni soggettive del richiedente protezione ed oggettive del Paese

¹⁴⁵ COM(2020) 613 final, cit., Articolo 11, comma 3.

¹⁴⁶ COM(2016) 466 final, cit., Articolo 27.

¹⁴⁷ Direttiva 2013/33/UE, cit., Articolo 6, comma 5.

di provenienza¹⁴⁸. Assegnare quindi gli stessi diritti propri della protezione sussidiaria ai beneficiari di protezione immediata in modo affrettato, generalizzato e in assenza di una valutazione caso per caso, potrebbe condurre erroneamente a considerare la protezione sussidiaria come uno *status* precario con deboli garanzie di stabilità.

Alla luce di questa analisi, si conclude che alla vulnerabilità aleatoria e collettiva riservata a gruppi tipizzati di cittadini di Stato terzo nei vari atti (vincolanti e non vincolanti) della Commissione, che come ricordato non colgono le singole fonti di vulnerabilità, si contrappone quella situazionale ascrivibile agli Stati Membri. In linea con le definizioni summenzionate di Stato vulnerabile/fragile, la Commissione non solo considera diversi fattori che potrebbero dare origine alla vulnerabilità di uno o più Stati Membri, ma prevede altresì più rimedi concreti a tali situazioni di fragilità. Con il Nuovo Patto si assiste quindi al preludio sia di un cambio di prospettiva sia di approccio alla nozione di vulnerabilità.

5.2. Percorsi discrezionali di protezione e Paesi terzi vulnerabili

In linea con la proposta di regolamento per un quadro comune di reinsediamento avanzata dalla Commissione nel 2016¹⁴⁹, il Patto definisce il reinsediamento come “*un modo collaudato per fornire protezione ai rifugiati più vulnerabili*” ed incoraggia la formalizzazione dei precedenti programmi di reinsediamento attivati *ad hoc* in occasione di emergenze umanitarie. Indubbiamente, tutti i rifugiati sono manifestamente vulnerabili, come potrebbe suggerire lo status da essi ottenuto. Supponendo che, come afferma la Commissione, vi siano alcuni rifugiati più vulnerabili di altri che siano particolarmente a rischio e che abbiano bisogno di essere reinsediati da uno Stato terzo in uno degli Stati Membri dell'UE, risulta di primaria importanza capire su quali basi venga assunta tale decisione. Un'analisi congiunta della proposta summenzionata e della proposta sui percorsi legali di protezione permette di rispondervi in modo adeguato.

Innanzitutto, agli occhi della Commissione, il reinsediamento rappresenta uno strumento adottato dagli Stati Membri su base volontaria per la valutazione *offshore* delle domande di asilo, permettendo l'ammissione di cittadini di Paesi terzi e apolidi nel territorio degli Stati parte per garantire loro protezione internazionale. Tale meccanismo si costituirebbe di due fasi. In primo luogo, gli Stati Membri dovrebbero selezionare e registrare i richiedenti asilo che intendono reinsediare; in secondo luogo, dovrebbero valutare la loro domanda di protezione internazionale con coinvolgimento delle agenzie internazionali, quali l'UNHCR e l'Organizzazione Internazionale per le Migrazioni

¹⁴⁸ Per un'analisi sulle politiche di integrazione degli stranieri si veda F. BIONDI DAL MONTE, *Le politiche di integrazione*, in M. GIOVANNETTI, N. ZORZELLA (a cura di), *Ius Migrandi. Trent'anni di politiche e legislazione sull'immigrazione in Italia*, Milano, 2020; P. FOIS, *Integrazione degli immigrati e rispetto della diversità culturale nel diritto dell'Unione europea*, in questa Rivista, 2019, n. 3.

¹⁴⁹ Comunicazione della Commissione, *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*, del 13 luglio 2016, COM(2016) 0468 final.

(OIM)¹⁵⁰. In quest'ottica, il reinsediamento svolgerebbe una doppia funzione: da un lato, andrebbe a garantire un luogo sicuro ai richiedenti asilo "più vulnerabili" e, dall'altro, l'Unione contribuirebbe ad alleviare la pressione migratoria avvertita da alcuni Paesi terzi, in nome della solidarietà internazionale. Tuttavia, l'analisi dei parametri introdotti dalla Commissione per determinare i Paesi terzi ai fini del reinsediamento sembra condurre in altra direzione.

In primis, la proposta del 2016 sottolineava che tale decisione era rispettivamente subordinata agli sforzi degli Stati non-UE volti a ridurre la migrazione irregolare dai loro territori verso l'Unione; alla cooperazione in materia di riammissione e rimpatrio dei loro cittadini irregolarmente soggiornanti nel territorio degli Stati Membri; al loro impegno ad implementare la nozione di Paese terzo sicuro nel loro ordinamento; infine, alla loro capacità di accoglienza e protezione dei richiedenti protezione internazionale¹⁵¹. Queste condizioni rivelavano una cooperazione profondamente asimmetrica, in cui i Paesi terzi erano quindi chiamati a plasmare le loro politiche migratorie in relazione agli obiettivi di esternalizzazione dell'Unione.

In secundis, la Commissione permetteva agli Stati Membri di privilegiare il reinsediamento dei migranti le cui caratteristiche sociali e culturali erano più affini al *background* nazionale, rendendo quindi più semplice l'integrazione nella comunità di arrivo¹⁵². Ne derivava che, nell'ottica della Commissione, i richiedenti asilo "più vulnerabili" meritevoli di reinsediamento nel territorio dell'Unione erano quelli provenienti da Paesi terzi con cui la Commissione poteva concludere rapporti di cooperazione condizionale e che presentavano caratteristiche socioculturali accettabili per gli Stati Membri. Così strutturato, il reinsediamento si poneva come mezzo strategico di politica estera dell'Unione, piuttosto che come strumento di solidarietà e di cooperazione internazionale, paradossalmente all'origine di potenziali nuove forme di vulnerabilità.

La raccomandazione della Commissione sui percorsi legali di protezione inclusa nel Patto del settembre 2020 non solo riprende senza alcuna modifica la proposta di reinsediamento precedente, ma altresì incoraggia le istituzioni ad adottarla rapidamente, sollecitando gli Stati Membri ad aderire ai programmi di reinsediamento od a contribuire finanziariamente per sostenerli. Per come strutturata, questa proposta soffre di quattro problematiche principali: 1) nessuno dei percorsi legali di protezione enunciati dalla Commissione viene sistematizzato, al contrario vengono ancora forniti a livello nazionale su base *ad hoc*, temporanea e volontaria; 2) lo sforzo operato dalla Commissione per incoraggiare gli Stati Membri ad implementare tali percorsi complementari di protezione risulta estremamente flebile data la natura non vincolante della raccomandazione; 3) la Commissione non ha modificato i criteri altamente discrezionali e condizionali per i programmi di reinsediamento contenuti della precedente proposta del 2016; 4) il concetto di vulnerabilità appare una sola volta in tutto il documento per rammentare agli Stati

¹⁵⁰ *Idem*, articolo 10.

¹⁵¹ *Idem*, Articolo 4.

¹⁵² *Idem*, Articolo 10, comma 1, lett. b).

Membri di favorire programmi di integrazione e inclusione sociale per i beneficiari dei percorsi legali di protezione, in particolare tenendo conto del loro grado di vulnerabilità, senza specificare le modalità, la natura o i termini entro cui tali piani di integrazione ed inclusione dovrebbero aver luogo.

Proprio nell'ambito del reinsediamento, Maura Marchegiani individua un'ulteriore dimensione di vulnerabilità statale, ossia quella applicata ai Paesi terzi di origine o di transito di flussi migratori che *“determinerebbe, nella prospettiva accolta dalla Commissione, la necessità di adottare, da parte dell'Unione europea, una serie di misure finalizzate a sostenere lo sviluppo degli Stati terzi qualificati come vulnerabili, anche e soprattutto nell'ambito delle politiche di cooperazione allo sviluppo [...]”*¹⁵³. Quest'ultima prospettiva riconfermerebbe lo schema precedentemente analizzato, in cui i Paesi più abbienti sostengono tramite aiuti allo sviluppo Stati a medio-basso reddito e con istituzioni fragili al fine di arginare possibili ripercussioni per la sicurezza internazionale, in questo caso flussi di migranti forzati alle porte dell'Unione¹⁵⁴.

5.3. Brevi cenni sul ricollocamento dei “più vulnerabili”

Come notato, il termine "percorsi legali di protezione" copre diversi meccanismi oltre al reinsediamento, tra cui l'ammissione umanitaria, i programmi di *sponsorship* pubblica e privata, e i corridoi umanitari¹⁵⁵ che, tuttavia, non vengono uniformati o sistematizzati a livello comunitario e non vengono altresì identificati criteri comuni di selezione dei potenziali beneficiari. Così facendo, la loro implementazione dipende ancora pienamente dalla discrezionalità degli Stati Membri.

Il ricollocamento volontario tra Stati Membri a favore di persone vulnerabili non compare, data la sua dimensione prettamente interna all'Unione, tra i percorsi legali di protezione, ma viene ricompreso tra le forme di solidarietà interstatale in caso di eccessiva pressione migratoria o carenze rilevate nel sistema di asilo nazionale¹⁵⁶. Nel 2020, la Commissione ha avuto modo di verificare l'operabilità di tale strumento tramite

¹⁵³ M. MARCHEGIANI, *Il nuovo patto sulla migrazione e l'asilo sotto il prisma della nozione di vulnerabilità*, cit., p. 6.

¹⁵⁴ Sul punto, R. MAVROULI, *The challenge of today's Area of Freedom, Security and Justice: a re-appropriation of the balance between claims of national security and fundamental rights*, in questa Rivista, 2019, n. 2.

¹⁵⁵ L. LEBOEUF, *Legal Pathways for Protection: Towards a common and comprehensive approach?*, in *Odysseus Network*, December 2020, <http://eumigrationlawblog.eu/legal-pathways-to-protection-towards-a-common-and-comprehensive-approach/>.

¹⁵⁶ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, *Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sulla gestione dell'asilo e della migrazione e che modifica la direttiva 2003/109/CE del Consiglio e la proposta di regolamento (UE) XXX/XXX [Fondo Asilo e migrazione]*, del 23 settembre 2020, COM(2020) 610 final. Per un'analisi del ricollocamento dalla prospettiva del principio di solidarietà, si veda L. MARIN, *Governing Asylum with (or without) Solidarity? The Difficult Path of Relocation Schemes, Between Enforcement and Contestation*, in questa Rivista, 2019, n. 1; M. DI FILIPPO, *Le misure sulla ricollocazione dei richiedenti asilo adottate dall'Unione europea nel 2015: considerazioni critiche e prospettive*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2015, n. 2.

l'attivazione di due meccanismi volontari di ricollocamento dalla Grecia dei richiedenti asilo "più vulnerabili". La mancanza di un approccio comune ed esaustivo alle molteplici forme di vulnerabilità e la piena discrezionalità lasciata agli Stati Membri di decidere i criteri di selezione ed il numero dei beneficiari hanno comportato non solo una bassa partecipazione al ricollocamento, che ha coinvolto meno della metà degli Stati Membri dell'Unione, ma anche la drastica chiusura dello strumento a beneficio esclusivo dei minori stranieri non accompagnati e alle famiglie con minori a carico con incurabili patologie¹⁵⁷.

Tra i tredici Stati Membri partecipanti al ricollocamento, la disponibilità della Lituania e della Slovenia di accogliere rispettivamente due e quattro minori stranieri non accompagnati¹⁵⁸ hanno dimostrato ulteriormente l'irrimediabile perdita della solidarietà interstatale e tra gli Stati e i richiedenti asilo. Nonostante la Commissione abbia potuto, quindi, constatare a più riprese la mancanza di solidarietà e volontà politica degli Stati Membri nell'ambito dell'accoglienza di richiedenti asilo in condizione di vulnerabilità, la previsione di meccanismi obbligatori ma discrezionali di solidarietà, rispettivamente il ricollocamento tramite "*meaningful links*"¹⁵⁹ o la *sponsorship* per i rimpatri, tra cui gli Stati Membri hanno facoltà di scegliere per soccorrere uno Stato membro in difficoltà mancano, ancora una volta, l'obiettivo di fornire adeguati strumenti di protezione e assistenza ai gruppi vulnerabili¹⁶⁰.

6. Conclusioni

La Commissaria per i Diritti Umani del Consiglio d'Europa ha dichiarato che "*i paesi europei non riescono a proteggere i rifugiati e i migranti che cercano di raggiungere l'Europa attraverso il Mediterraneo*"¹⁶¹ e che vi sia

*"una diffusa riluttanza degli Stati europei a istituire un adeguato sistema di protezione in grado di garantire almeno il diritto alla vita dei rifugiati e dei migranti che tentano di attraversare il mare e di garantire che non siano esposti a gravi violazioni dei diritti umani, tra cui la tortura"*¹⁶².

¹⁵⁷ IOM, *Voluntary Scheme for the Relocation from Greece to other European Countries*, updated 10 February 2021, <https://greece.iom.int/sites/default/files/210210.pdf>.

¹⁵⁸ European Commission, *Relocation of unaccompanied children from Greece to Portugal and to Finland – Questions and answers*, of 7 July 2020, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/qanda_20_1291.

¹⁵⁹ COM(2020) 610 final, cit., Articolo 57, comma 3.

¹⁶⁰ F. MAIANI, *A fresh new start or one more clunker? Dublin and solidarity in the New Pact*, in *Odyssey Network*, November 2020, <http://eumigrationlawblog.eu/a-fresh-start-or-one-more-clunker-dublin-and-solidarity-in-the-new-pact/>.

¹⁶¹ Relazione di follow-up alla Raccomandazione del 2019 della Commissaria per i diritti umani del Consiglio d'Europa Dunja Mijatović, *Una richiesta di aiuto per i diritti umani. Il crescente divario nella protezione dei migranti nel Mediterraneo*, del 9 marzo 2021, prefazione, <https://rm.coe.int/una-richiesta-di-aiuto-per-i-diritti-umani-il-crescente-divario-nella-/1680a1dd0f>.

¹⁶² *Ibidem*.

È stato inoltre notato a più riprese che proprio la cd. “crisi dei rifugiati” ha rivelato in realtà un'altra profonda crisi, ossia quella di alcuni principi essenziali della politica liberale europea che, come numerosi tragici esempi ci ricordano¹⁶³, possono essere violati anche impunemente¹⁶⁴. Tra i molti, Elisa Piras menziona la crisi del principio di solidarietà, del rispetto dei diritti umani e di alcuni principi di diritto internazionale – emblematicamente, il diritto di asilo, il principio di *non-refoulement* e il diritto internazionale del mare – così come di alcune garanzie democratiche¹⁶⁵.

Dalle aspre considerazioni della Commissaria è possibile concludere che proprio la politica migratoria stia facendo fallire il mandato dell'Unione a difesa della dignità umana (Articolo 2 TUE) e del pieno rispetto dei diritti umani (Articoli 2 e 3, comma 5, TUE).

Il Nuovo Patto sulla Migrazione e l'Asilo ben avrebbe potuto rappresentare un'opportunità per riaffermare il proprio ruolo in questo campo, fungendo da spartiacque rispetto ad un cammino securitario e di esternalizzazione ormai radicato sia nelle politiche dell'Unione che nelle pratiche degli Stati Membri. Il Patto avrebbe potuto contribuire, inoltre, ad ampliare l'applicazione del concetto di vulnerabilità nell'ambito del diritto dell'Unione, muovendo da una dimensione essenzialmente gruppale ed enumerata ad una più comprensiva che tenesse conto anche della sua dimensione individuale e del suo carattere dinamico.

Rispetto a quanto dichiarato dalla Commissione, tuttavia, le proposte avanzate si limitano a poche disposizioni a favore delle categorie vulnerabili, dal contenuto non innovativo e meramente programmatico¹⁶⁶, i cui profili incerti rischiano di esasperare ulteriormente i fattori di vulnerabilità. Come rilevato, infatti, numerose proposte del Patto non tengono conto delle poliedriche accezioni della vulnerabilità, nonostante questa sia condizione intrinseca dei migranti e richiedenti asilo in quanto tali, potenzialmente esacerbata da elementi di contesto che possono impattare diversamente su ognuno. Dall'analisi condotta emerge che le rare previsioni del Patto che considerano la vulnerabilità soffrono di molteplici limitazioni: 1) tali disposizioni di tutela sono state circoscritte alle sole forme di vulnerabilità immediatamente rilevabili, tralasciando quelle non manifestamente intellegibili; 2) il riconoscimento della vulnerabilità viene associato a gruppi di figure deboli e fragili che, proprio per questo, *meritano* protezione, pertanto perdendo di vista la duplice dimensione individuale e resiliente della vulnerabilità; 3) la vulnerabilità dei richiedenti asilo è stata utilizzata sia a favore degli obiettivi di politica estera dell'Unione sia a beneficio di una selezione discrezionale da parte degli Stati

¹⁶³ Si pensi, tra i tanti, all'omissione di soccorso in mare, ai respingimenti a catena dall'Italia verso la Slovenia e fin fuori l'Unione Europea, alle violazioni sistematiche di diritti umani negli hotspot.

¹⁶⁴ E. PIRAS, *Crisi migratoria e naufragio della politica liberale europea*, in L. BOLLANI, M. DI BACCO, C. MACCHERONI, F. SCALFARI (a cura di), *Immigrazione e integrazione. Effetti demografici, sanitari e sociali*, Roma, 2020, p. 149. Si veda anche P. COLLIER (ed.), *Exodus. Immigration and Multiculturalism in the 21st century*, Penguin Books, 2013; J. CAPORASO, *Europe's Triple Crisis and the Uneven Role of Institutions: The Euro, Refugees and Brexit*, in *Journal of Common Market Studies*, 2018, Vol. 56, n. 6, pp. 1345-1361. A. BETTS, P. COLLIER (eds.), *Refuge. Transforming a Broken Refugee System*, Penguin Books, 2017.

¹⁶⁵ E. PIRAS, *Crisi migratoria e naufragio della politica liberale europea*, cit., p. 149.

¹⁶⁶ M. MARCHEGANI, *Il nuovo patto sulla migrazione e l'asilo sotto il prisma della nozione di vulnerabilità*, cit., p. 1.

Membri dei richiedenti protezione “più vulnerabili” da ammettere nel proprio territorio. In quest’ottica, il Nuovo Patto sembra perpetuare l’approccio basato sull’emergenza e sulla selezione preferenziale di categorie/gerarchie di gruppi vulnerabili proprio delle politiche migratorie securitarie che cristallizza ed aggrava la vulnerabilità del singolo¹⁶⁷. In questo quadro, il migrante “mostra [...] gli esiti di disegualianza, dipendenza, sfruttamento ed esclusione prodotti dalla consolidata logica di riduzione, distribuzione differenziale e confinamento della vulnerabilità [...]”¹⁶⁸.

Dall’analisi condotta nella quarta e quinta sezione di questo lavoro emerge con chiarezza un altro tipo di vulnerabilità che la Commissione intende tutelare, quella cioè avvertita dagli Stati Membri. Come ricordato, i cittadini di Stato terzo figurano come rischio di crisi, potenziale o imminente, per il sistema di accoglienza di uno o più Stati Membri. Il focus sulla dimensione della *vulnerabilità statale* avrebbe portato la Commissione a predisporre nel Patto complessi meccanismi e piani di tutela per garantire il sano funzionamento del sistema di migrazione e asilo degli Stati dell’Unione che, in caso di emergenza, giustificerebbero quindi la sospensione delle ordinarie regole di gestione dell’immigrazione ed implicherebbero misure di sostegno e solidarietà da parte degli altri Stati dell’Unione¹⁶⁹.

Allo stesso modo la *vulnerabilità statale* sarebbe al centro del reinsediamento quale percorso principale di ingresso regolare ai fini della protezione internazionale che, grazie ad una cooperazione asimmetrica con Paesi terzi di origine e/o transito particolarmente vulnerabili, allevierebbe la pressione migratoria avvertita dal SECA e, inoltre, abiliterebbe gli Stati Membri a scegliere i richiedenti più affini alle loro tradizioni socioculturali da accogliere nel proprio territorio, tutelando la propria identità nazionale.

A conclusione di questo lavoro, alcune domande sorgono spontanee: Che cosa potrebbe accadere nel caso in cui sia il Paese di origine sia lo Stato Membro di destinazione di movimenti migratori si dichiarassero, o venissero dichiarati, vulnerabili? Da chi verrebbe garantito il rispetto dei diritti umani dei migranti, tra cui il loro sicuro accesso nell’Unione ai fini della presentazione della domanda di asilo? Potrebbe la vulnerabilità statale essere allora usata come giustificazione per ignorare i propri obblighi giuridici, adducendo ad una presunta incapacità di fornire protezione?

Il Patto non sembra dare risposta a queste fondamentali domande. Al contrario, sembra rappresentare il preludio di un cambio di paradigma della vulnerabilità dalle pesanti ripercussioni per i diritti umani dei cittadini di Stato terzo, già oggetto di continue e severe violazioni¹⁷⁰. La Commissione sembra riflettere nel Patto l’insofferenza degli

¹⁶⁷ A. FURIA, S. ZULLO, *Sulla vulnerabilità come metodo*, cit., p. 120.

¹⁶⁸ *Idem*, p. 121.

¹⁶⁹ M. MARCHEGIANI, *Il nuovo patto sulla migrazione e l’asilo sotto il prisma della nozione di vulnerabilità*, cit., p. 6.

¹⁷⁰ Tra le più recenti pronunce, Corte di Giustizia dell’Unione Europea, sentenza del 29 aprile 2019, *Commissione c. Ungheria*, C-818/18; Tribunale di Roma, Ordinanza del 18 gennaio 2021 n. 56420/2020; Comitato dei diritti umani dell’ONU, Decisione del 27 gennaio 2021 n. 3042/2017, *S.A et al. c. Italia*. Se concesso, per le ultime due sentenze, si veda C. SCISSA, *Diritti fondamentali: Il “punto di non ritorno” della gestione dell’immigrazione in Italia*, in *ADiM Blog, Analisi & Opinioni*, febbraio 2021,

Stati Membri verso le proprie responsabilità in materia di asilo e l'atteggiamento recalcitrante nei confronti di una *governance* sostenibile della migrazione. Le istituzioni legislative dell'Unione avranno quindi l'arduo compito di mitigare le esigenze nazionali a fronte dell'obbligo di solidarietà e di difesa dei diritti umani e delle libertà fondamentali.

ABSTRACT: Questo contributo si pone l'obiettivo di valutare il Nuovo Patto sulla Migrazione e l'Asilo dalla prospettiva della vulnerabilità al fine ultimo di verificare se le proposte della Commissione europea vadano ad alleviare o, al contrario, ad aggravare le condizioni di vulnerabilità di migranti e richiedenti asilo che si trovino sul territorio dell'Unione. A tal fine, dopo aver brevemente esplorato il significato e le caratteristiche del concetto di vulnerabilità applicato al contesto della migrazione e dell'asilo, il lavoro si concentra in particolare su due atti del Patto, peculiari dal punto di vista della vulnerabilità, ovvero sulla proposta di regolamento per affrontare situazioni di crisi e di forza maggiore nell'ambito della migrazione e dell'asilo, abrogando la Direttiva 2001/55/CE (COM(2020)613 final) e sulla raccomandazione per la formalizzazione di percorsi legali di protezione, tra cui la promozione del reinsediamento, ammissione umanitaria e altri percorsi complementari (C(2020) 6467 final).

KEYWORDS: vulnerabilità – vulnerabilità statale – crisi – migrazione – rifugiati – Nuovo Patto sulla Migrazione e l'Asilo.

THE NEW PACT ON MIGRATION AND ASYLUM FROM A VULNERABILITY PERSPECTIVE: A MISSED OPPORTUNITY

ABSTRACT: This contribution aims to evaluate the New Pact on Migration and Asylum from a vulnerability perspective in order to assess whether the European Commission's proposals alleviate or aggravate the conditions of vulnerability of migrants and asylum seekers in the EU. To this end, after having briefly explored the meaning and the main features of the concept of vulnerability as applied in the context of migration and asylum, this article focuses primarily on two proposals of the New Pact, particularly significant from the viewpoint of vulnerability: The proposal for a regulation addressing situations of crisis and force majeure in the field of migration and asylum, repealing Directive 2001/55/EC (COM(2020)613 final) and the recommendation on legal pathways to protection in the EU, including resettlement, humanitarian admission and other complementary pathways (C(2020) 6467 final).

<http://www.adimblog.com/2021/02/28/diritti-fondamentali-il-punto-di-non-ritorno-della-gestione-dellimmigrazione-in-italia/>.

KEYWORDS: Vulnerability – State vulnerability – Crisis – Migration – Refugees – New Pact on Migration and Asylum.