



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 REFEREEES

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, Catedrática 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 Ingravallo, 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**

- In memoriam*** p. 1
- Presentazione** p. 2
Angela Di Stasi
- Editoriale**
La tutela (negata) dei migranti e dei rifugiati nella giurisprudenza della Corte dei diritti dell'uomo p. 4
Paulo Pinto de Albuquerque
- Saggi, Articoli e Commenti**
Il "nuovo" Patto europeo sulla migrazione e l'asilo: recenti sviluppi in materia di solidarietà ed integrazione p. 9
Maria Cristina Carta
- La normalizzazione della detenzione amministrativa alle frontiere esterne dell'Unione nel Nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo p. 43
Eleonora Celoria
- 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 p. 71
Marcella Cometti
- Il "Nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo" e la protezione dei minori migranti p. 95
Francesca Di Gianni
- 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 p. 124
Caterina Fratea



- 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



Editoriale

LA TUTELA (NEGATA) DEI MIGRANTI E DEI RIFUGIATI NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DEI DIRITTI DELL'UOMO

Paulo Pinto de Albuquerque*

La tutela dei migranti e dei rifugiati, che dovrebbe trovare nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo un solido baluardo normativo, è stata invece intaccata, negli ultimi anni, dalla giurisprudenza intricata e spesso contraddittoria formatasi in seno alla Corte di Strasburgo. Quest'ultima, infatti, rifacendosi a precedenti iniqui e datati, ha favorito l'insorgere di situazioni di incertezza e ha mostrato la tendenza a comprimere i diritti individuali dei migranti, mancando dunque l'opposto obiettivo di estendere i diritti fondamentali sanciti dalla Convenzione a quanti raggiungano la frontiera dei Paesi firmatari.

Questa tendenza può essere agevolmente colta, ad esempio, nel caso *Khlaifia e altri c. Italia*¹, in cui la Grande Camera, ribaltando il precedente verdetto della Camera e contravvenendo ad un consolidato orientamento sulle condizioni detentive che integrano una violazione dell'Articolo 3 della Convenzione, ha escluso che le modalità con cui i migranti erano stati detenuti dall'Italia, dapprima nell'isola di Lampedusa e in seguito a bordo di una nave ormeggiata nel porto di Palermo, ancorché abominevoli, costituissero un trattamento degradante, e ciò a cagione delle forti pressioni sofferte, all'epoca dei fatti, dalle autorità italiane a causa dei flussi migratori. A fronte dell'aumento dell'immigrazione, il rischio che da un simile orientamento origina è che, in presenza di eventi impreveduti o problematici, le condizioni di detenzione dei migranti sfuggano sistematicamente al controllo della Corte.

Peraltro, la detenzione dei migranti pone questioni di grande attualità anche qualora la si consideri sotto il diverso profilo del crescente ricorso alla *crimmigration*. Dinanzi al sempre più frequente impiego della detenzione per il contrasto degli illeciti migratori, infatti, il numero degli immigrati detenuti ha raggiunto picchi senza precedenti: un fenomeno a cui la Corte, ancora una volta, non si è opposta efficacemente. Si pensi

* Professore ordinario, Università Cattolica di Lisbona e Professore incaricato, Università di Parigi II-Assas e Università di Firenze. Giudice della Corte europea dei diritti dell'uomo (2011-2020). Indirizzo e-mail: palbu@ucp.pt.

¹ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 15 dicembre 2016, *Khlaifia e altri c. Italia*, ricorso n. 16483/12.

all'impatto della sentenza *Saadi c. Regno Unito*²: in essa, la Corte ha statuito che uno Stato potrebbe detenere i richiedenti asilo, ove ciò risulti funzionale alla prevenzione di ingressi non autorizzati. Il punto è che la Corte, pur riconoscendo che l'Articolo 5 (1)(f) impone che la detenzione non sia disposta in modo arbitrario, ha tuttavia escluso che essa debba soddisfare il più stringente canone della necessità. Ciò che ne risulta è un diverso trattamento a seconda che il soggetto destinatario della misura della detenzione sia un migrante o un criminale 'ordinario': solo nell'ultimo caso, infatti, dovrà darsi luogo ad un test di necessità, mentre nel primo sarà sufficiente che sia assicurata la meno pregnante protezione offerta dal requisito di non arbitrarietà. Non sorprende dunque che i principi espressi in *Saadi* abbiano suscitato una silenziosa rivolta di alcune camere³, né tanto meno che essi siano stati ripudiati da numerosi organismi internazionali⁴.

Nello stesso anno della sentenza *Saadi*, la Corte ha inflitto un ulteriore colpo alla protezione dei diritti dei migranti con la pronuncia sul caso *N. c. Regno Unito*⁵, sancendo il principio secondo cui l'espulsione di un soggetto gravemente malato non implica una violazione dell'Articolo 3, salvo che ricorrano casi del tutto eccezionali, da cui emergano circostanze umanitarie impellenti contrarie all'allontanamento. Queste ultime, ha stabilito la Corte, andrebbero valutate in considerazione di tre criteri: la gravità e lo stadio della malattia; la disponibilità di un trattamento adeguato nello stato di destinazione; la disponibilità dei parenti ad offrire il proprio supporto. Ora, se da un lato la Corte erige il proprio ragionamento sul fondamento – del tutto assiomatico – che gli Stati non abbiano un'obbligazione positiva di curare i cittadini stranieri affetti da gravi malattie, dall'altro essa propone dei parametri oscuri, sia sotto il profilo della gravità della malattia, sia sotto quello della accessibilità e qualità dei trattamenti offerti nel paese di destinazione. Qualora dunque un ricorrente non riesca a provare che l'assistenza erogata da quest'ultimo paese non assicura i suoi bisogni, l'incertezza andrà a suo svantaggio, legittimandone la deportazione; e ciò in contrasto con un principio saliente del ragionamento giuridico, secondo cui non possono trarsi conclusioni da informazioni incomplete o insufficienti.

Sul fronte degli obblighi a carico degli Stati in caso di trasferimento di migranti ai sensi del Regolamento di Dublino II, poi, la giurisprudenza della Corte è risultata fortemente contraddittoria. In seguito alla rivoluzionaria sentenza *M.S.S. c. Belgio e Grecia* – in cui, con riferimento al trasferimento di un cittadino afgano dal Belgio alla Grecia, la Corte aveva affermato che il Belgio non avrebbe dovuto presumere che la Grecia agisse in conformità con la Convenzione, ma avrebbe dovuto appurare che, nella prassi, le procedure di asilo rispettassero gli standard da essa imposti – la Corte ha talvolta

² Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, sentenza del 29 gennaio 2008, *Saadi c. Regno Unito*, ricorso n. 13229/03, parr. 50 e 64.

³ Tra i più rilevanti casi che testimoniano questa rivolta, vanno ricordati *Louled Massoud c. Malta*, *Suso Musa c. Malta*, *Rahimi c. Grecia*, *Raza c. Bulgaria*, *Mikolenko c. Estonia*.

⁴ Si sono infatti uniti all'appello mondiale contro le conclusioni formulate in *Saadi* l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, il Parlamento Europeo, la Corte di Giustizia dell'Unione europea, la Corte interamericana dei diritti dell'uomo e la Commissione Interamericana dei diritti dell'uomo.

⁵ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 27 maggio 2008, *N. c. Regno Unito*, ricorso n. 26565/05.

esonero gli Stati dall'obbligo di verificare se le disfunzioni delle procedure di asilo siano tali da configurare una violazione della Convenzione⁶, talaltra ha imposto agli stessi di esaminare le situazioni individuali dei soggetti interessati prima di espellerli, allo scopo di non esporli ai rischi addivenienti dai difetti delle procedure di asilo nei paesi di destinazione⁷.

Anche con riguardo alla protezione del diritto al rispetto della vita privata e familiare, la giurisprudenza della Corte non ha offerto una tutela sufficientemente ampia. Ad esempio, nel caso *De Souza Ribeiro c. Francia*⁸, essa ha escluso che, in caso di impugnazione di un provvedimento di espulsione per violazione dell'Articolo 8, l'effettività del ricorso implichi che esso debba produrre un effetto sospensivo. La Corte, dunque, non ha ritenuto di poter ravvisare nella interferenza con la vita privata e familiare un danno irreversibile assimilabile a quello fisico scaturente da una violazione del divieto della tortura o dei trattamenti inumani e degradanti, confermando per tal via che solo il rischio di un danno fisico irreversibile possa rendere necessaria la sospensione del procedimento di espulsione, deportazione o allontanamento. Questa lettura, tuttavia, non pare realizzare l'effettiva portata dei danni che possono essere causati alla vita familiare, che anzi ben possono essere di rilevanza tale da risultare ineliminabili. Peraltro, essa non tiene conto di come il legame tra il danno fisico e la necessità di una misura sospensiva fosse già stato reciso in *Čonka c. Belgio*⁹ a partire dal divieto di espulsione collettiva degli stranieri.

Sempre con riferimento all'Articolo 8, la Corte non ha poi colto l'opportunità offerta dal caso *Ramadan c. Malta*¹⁰ per riconoscere che il diritto alla vita privata implichi il diritto alla cittadinanza, quale elemento essenziale dell'identità del singolo. La Corte ha infatti escluso che, nel caso in cui alla revoca della cittadinanza consegua l'apolidia del ricorrente, possa per ciò solo ravvisarsi una violazione dell'Articolo 8, sebbene la stessa giurisprudenza della Corte suggerisca che, nel quadro della Convenzione, esiste un diritto alla cittadinanza ai sensi dell'Articolo 8 della Convenzione, letto in combinato disposto con l'Articolo 3 del Protocollo n. 4.

La tutela offerta della Corte non è stata però più robusta nel sancire il divieto di espulsione arbitraria e di espulsione collettiva. Solo in una manciata di casi, infatti, essa ha ravvisato la sussistenza di una violazione dell'Articolo 4 del Protocollo n. 4¹¹. In numerosi altri, invece, la Corte si è rivelata particolarmente indulgente, sviluppando, fra l'altro, una nozione molto ampia di 'espulsione individuale'. È quanto è accaduto, ad esempio, nel caso *Khlaifia c. Italia*¹², in cui la Grande Camera ha escluso che i migranti

⁶ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 5 dicembre 2013, *Sharifi c. Austria*, ricorso n. 60104/08.

⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 21 ottobre 2014, *Sharifi e altri c. Italia e Grecia*, ricorso n. 16643/09.

⁸ Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, sentenza del 13 dicembre 2012, *De Souza Ribeiro c. Francia*, ricorso n. 22689/07.

⁹ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 5 febbraio 2002, *Čonka c. Belgio*, ricorso n. 51564/99.

¹⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 21 giugno 2016, *Ramadan c. Malta*, ricorso n. 76136/12.

¹¹ Tra questi, si richiamano i casi *Čonka c. Belgio*, *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, *Georgia c. Russia (I)*, *Sharifi e altri c. Italia e Grecia*.

¹² Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 15 dicembre 2016, *Khlaifia e altri*, cit.

tunisini, nei confronti dei quali l'Italia aveva emesso dei decreti di respingimento confezionati in termini identici, salvo che nella parte relativa ai dettagli personali, fossero stati sottoposti ad una espulsione collettiva. Sul punto, la Grande Camera aveva argomentato che i migranti, sottoposti a due procedure di identificazione, sebbene non fossero stati sentiti in colloqui individuali, avrebbero potuto rappresentare, durante quelle procedure, le ragioni per le quali non avrebbero dovuto essere rimpatriati. Quanto poi alla configurazione standardizzata dei decreti, essa sarebbe stata dovuta al fatto che i migranti non fossero in possesso di documenti identificativi. Queste conclusioni non possono tuttavia essere condivise: la conduzione di colloqui individuali, infatti, risulta essere imprescindibile allo scopo di effettuare una valutazione personalizzata della condizione in cui versò lo straniero, sicché la mancata realizzazione di tali colloqui – o la stipula di convenzioni internazionali che ne consentano l'esclusione, come previsto in un accordo tra Tunisia e Italia – dovrebbe essere considerata automaticamente una violazione dell'Articolo 4 del Protocollo n. 4. Diversamente, la Corte finirebbe col dare carta bianca agli Stati nel decidere quando le circostanze soggettive contano, e quando invece esse possano essere ignorate.

In *N.D. e N.T. c. Spagna*¹³, la Corte ha chiarito che il concetto convenzionale di espulsione include le decisioni di gestione dei confini di non ammissione e che esso si applichi ad ogni individuo, indipendentemente dal fatto che questi abbia un'istanza legittima di protezione internazionale. Inoltre, ha precisato la Corte, una politica di gestione dei confini conforme alla Convenzione presuppone che sia offerto un "reale ed effettivo" accesso a meccanismi di ingresso legale per finalità di asilo e un "numero sufficiente" di punti di attraversamento. Queste premesse non hanno tuttavia precluso alla Corte di escludere la violazione dell'Articolo 4 del Protocollo n. 4 nel caso di Melilla, in considerazione della condotta 'indisciplinata' tenuta dai ricorrenti, introdottisi clandestinamente nel territorio spagnolo. Ammettendo che i ricorrenti fossero immediatamente rimpatriati in Marocco, la Corte ha valicato la fondamentale linea rossa tracciata dall'Articolo 31 della Convenzione sui rifugiati, che prescrive agli Stati contraenti di non imporre ai migranti "pene, in considerazione del loro ingresso o della loro presenza illegali", ed ha incoraggiato pratiche di *pushback* contro i migranti 'indisciplinati', che non meritano di vedersi riconosciuto il diritto di accesso alla procedura che valuta il loro bisogno di protezione internazionale. Estendendo questo argomento *ad absurdum*, si finirebbe con l'affermare che i criminali, o quanti non osservano le regole, siano individui di seconda classe, a cui possono negarsi i diritti fondamentali.

È evidente che i suddetti orientamenti della Corte debbano essere ripensati, al fine di garantire una tutela più incisiva dei diritti dei più vulnerabili. È compito della Corte assicurare una voce a chi non ne ha, specialmente nei periodi più difficili, in cui sarebbe semplice per gli Stati liquidare la violazione dei diritti umani come risultato di eventi imprevisti o di difficile gestione. Questa missione si fa ancor più imperativa, ove si

¹³ Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, sentenza del 13 febbraio 2020, *N.D. e N.T. c. Spagna*, ricorsi nn. 8675/15 e 8697/15.

consideri che i fenomeni migratori non cesseranno, ed anzi potrebbero intensificarsi, in un contesto geopolitico che diviene sempre più instabile. Diversamente, ne risulterebbe compromessa la funzione primaria e vitale della Corte, quale luce che illumina i diritti umani in tutto il mondo.