

Dovere di solidarietà ed emergenza migratoria tra spazio normativo europeo e legislazioni nazionali securitarie Italia e Francia a confronto

di Marina Calamo Specchia

Abstract: *Duty of solidarity and migratory emergency between European regulatory space and national security laws. Comparing Italy and France* – The aim of this essay is to analyse the migration emergency to anchor measures safeguarding the rights of persons in emergency situations to the duty of solidarity as the basic principle of national and transnational legislation on migration emergencies. In this sense, by ridding immigration law of its security rhetoric and resolving the tension between the State dimension (border security) and the individual dimension (protection of foreigners and of fundamental rights), the duty of solidarity could integrate a universal hermeneutic canon of the multilevel system of guarantees for subjects living in vulnerable conditions in their own country.

Keywords: Duty of solidarity; Migration emergency; Sources of law; Italy; France

2245

1. Ambito dell'indagine

Il XXI secolo si apre con una trasformazione sostanziale della minaccia alla sicurezza collettiva che non si oppone più a un nemico esterno ben individuato (si pensi ai blocchi contrapposti della guerra fredda durante il XX secolo) ma che proviene da fenomeni sociali complessi interni ai singoli Stati, come la crisi economico-finanziaria o i movimenti secessionisti, o transnazionali, come il terrorismo, la pandemia, le guerre, le massicce migrazioni. Queste ultime sono sovente fenomeni secondari, indotti da sottosviluppo economico di aree geografiche e da conflitti armati, e il cui andamento in aumento o in diminuzione è direttamente collegato ai fenomeni primari richiamati¹.

Nella configurazione delle emergenze il territorio assume un particolare rilievo e le riflessioni che seguiranno si focalizzeranno in particolare sulle crisi migratorie, in relazione alle quali il territorio si configura, al tempo stesso, come arena di conflitto o come ambito di godimento di diritti fondamentali. Si tratta di fenomeni che superano le sovranità nazionali e dunque sono difficilmente prevedibili e governabili.

Se assumiamo come contesto dell'indagine l'area europea, il problema principale sembra essere dato dall'isolamento dei Paesi nella gestione del

¹ P. Bonetti, *Nuovo Patto Ue su migrazione e asilo: problemi e sfide costituzionali*, in *Quad. cost.*, 2024, 928.

fatto migratorio mediante normative a carattere nazionale o al massimo attraverso accordi bilaterali (si veda il caso dell'accordo di esternazione del trattamento e rimpatrio tra Italia e Albania, che tanto clamore sta suscitando nella sua applicazione).

Al superamento dello statu quo tenderebbe il nuovo Patto sulla migrazione e asilo, che farebbe emergere a livello sovranazionale i principi generali in materia di gestione dei flussi migratori e di tutela dei diritti dei migranti, sebbene l'ordinamento europeo già contemplasse istituti e norme in grado di realizzare un equilibrio fra sicurezza, solidarietà e diritti in materia di immigrazione e asilo. Il nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo, è stato presentato dalla Commissione nel settembre 2020 e adottato dal Consiglio il 10 maggio 2024. Tale documento ricomprende 10 atti legislativi², che riformano l'intero quadro europeo per la gestione dell'asilo e della migrazione, ed è finalizzato a promuovere la solidarietà europea e a prevenire i movimenti secondari di migranti³.

Sul versante delle Carte dei diritti, tanto la CEDU quanto la Carta europea dei diritti fondamentali offrono un contributo importante al problema giuridico più spinoso, ossia quello della compatibilità delle norme europee di gestione dei flussi migratori con le norme costituzionali nazionali in materia di diritti della persona, con le norme internazionali in materia di obblighi di protezione degli stranieri e con la giurisprudenza applicativa: il punto debole della politiche europee sull'asilo è proprio la solidarietà nell'accezione di distribuzione delle responsabilità per la presa in carico delle istanze di riconoscimento della protezione internazionale dello straniero a causa dei gravi deficit strutturali dei sistemi nazionali di accoglienza⁴. Già con l'entrata in vigore del trattato di Lisbona, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ha acquisito lo stesso valore giudicato dei trattati e gli artt. 78 e 80 del TFUE definiscono non solo i poteri normativi ceduti dagli Stati all'UE in materia di protezione degli stranieri ma anche i principi in base ai quali tali poteri saranno esercitati: l'art. 78 definisce tanto la gestione ordinaria quanto l'attribuzione di poteri di emergenza all'Unione in casi di particolare criticità collegati a situazioni di crisi dei sistemi nazionali e l'art. 80 pone i principi di solidarietà e responsabilità alla base dell'impianto normativo in materia di protezione dello straniero.

² Il Patto europeo sulla migrazione e l'asilo contiene regolamenti di nuova introduzione e altri atti che sono il frutto della revisione di strumenti già esistenti del Sistema Comune Europeo di Asilo (SECA): la direttiva 2024/1346 che rivede la disciplina dell'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale, sostituendo la precedente direttiva 2013/33; il regolamento 2024/1347 sulle qualifiche di protezione internazionale; il regolamento 2024/1348 cd. "procedure", che ha riformato la direttiva (dir.) 2013/32; il regolamento 2024/1349 cd. "rimpatri"; il regolamento 2024/1350 che ha parzialmente modificato il c.d. sistema Dublino; il regolamento 2024/1351 c.d. "Gestione"; il regolamento 2024/1356 c.d. "screening"; il regolamento 2024/1358 c.d. "Eurodac"; il regolamento 2024/1359 c.d. "Crisi"; il regolamento 2024/1717 che riforma del sistema Schengen.

³ Per una disamina della struttura e delle prospettive del Patto, G. Morgese (cur.), *Il futuro del diritto e della politica migratoria europea: il Nuovo Patto e Oltre*, in Riv. Quad. AISDUE, f. spec., 2025.

⁴ E. Cavasino, *Diritti, sicurezza, solidarietà e responsabilità nella protezione della persona migrante*, in *Federalismi.it, Focus Human Rights*, 26 dicembre 2028, 1 ss.

Il presente contributo intende indagare quale spazio occupa il principio di solidarietà nella disciplina del fenomeno migratorio, considerato che la stessa disciplina si muove su una pluralità di piani che investono, da un lato, la regolazione dell'ingresso e del soggiorno degli immigrati – oggetto di sempre più penetranti controlli alla frontiera culminati con l'istituzione di FRONTEX con il Regolamento CE 2007/2004⁵ – e, dall'altro, la tutela persona umana messa a rischio nei paesi di origine (diritto/dovere di asilo), considerato che la tematica della tutela del migrante viene sovente subordinata all'esigenza di sicurezza nazionale anziché essere collegata al dovere di solidarietà.

Va premesso, altresì, che sul piano dell'analisi dello status giuridico dello straniero si suole distinguere tra i flussi migratori di carattere economico e quelli di carattere umanitario: la differenza più evidente consiste nel sistema di protezione accordato ai richiedenti asilo, ai quali il sistema normativo internazionale e sovranazionale (il cd Sistema "Ginevra" e il Sistema europeo comune di asilo – SECA – direttiva qualifiche 2022/95/UE e la direttiva procedure 2013/32/UE, oggi oggetto di revisione da parte del nuovo Patto) condiviso dagli Stati membri, assicura da una lato un diritto all'ingresso e soggiorno temporaneo per il tempo necessario all'esame delle domande di asilo e, dall'altro, equivalenti standard di tutela attraverso l'armonizzazione applicativa, lasciando tuttavia allo Stato membro la possibilità di ampliare la protezione sotto il profilo soggettivo e oggettivo attivando quei meccanismi di protezione che si fondano sul principio di solidarietà. Tuttavia, questa differenza di trattamento giuridico è stata progressivamente messa in discussione dalla torsione securitaria della disciplina sul controllo dei flussi migratori tanto a livello europeo quanto a livello nazionale.

L'indagine cercherà di cogliere i tratti salienti del principio di solidarietà transnazionale e la sua ricaduta sulle legislazioni nazionali in materia di gestione dei flussi migratori: per l'economia della trattazione, si è scelto di comparare, sotto lo specifico profilo delle politiche di contenimento delle emergenze migratorie, l'esperienza italiana e quella francese, le quali, pur nella diversa architettura costituzionale che inevitabilmente condiziona la gestione degli stati emergenziali⁶, presentano plurimi punti di contatto con particolare riferimento alla deriva securitaria delle normative nazionali oggetto di recenti riforme legislative.

Come si avrà modo di constatare, le discipline dei due paesi risentono di una decisa virata securitaria delle politiche sull'immigrazione, a seguito

⁵ L'Agenzia europea della guardia di frontiera e costiera (FRONTEX) ha il suo fondamento nell'art. 77, par. 2, lett. d) TFUE, che favorisce «l'istituzione progressiva di un sistema integrato di gestione delle frontiere esterne» degli Stati membri, mantenendo però in capo agli stessi la responsabilità primaria nella gestione delle proprie frontiere esterne e nell'adozione di decisioni di rimpatrio.

⁶ La dottrina ha evidenziato in relazione alla gestione delle emergenze, uno spostamento eccessivo dell'asse della decisione dal Parlamento al Governo e soprattutto la marginalizzazione del Parlamento con riferimento a quelle scelte politiche che hanno prodotto l'effetto di comprimere diritti e libertà costituzionali con strumenti procedurali spesso non idonei. Sul punto E. Imparato, O. Pfersmann, *L'emergenza nello Stato di diritto democratico. Una prima tassonomia della distribuzione delle competenze secondo il modo di produzione*, in *Federalismi.it*, 2023, 162 ss.

dell'ondata migratoria del 2015, resa possibile anche da una atavica debolezza costituzionale della connotazione del diritto di asilo. Si rivela assai deludente l'esperienza italiana, dove la mancata attuazione della riserva di legge contenuta nell'art. 10, comma ³⁷, Cost. ha ridotto la fattispecie dell'asilo costituzionale al contenuto essenziale desumibile dal testo della Carta, comprimendone l'effettività sino a quando la Corte di cassazione a Sezioni Unite nel 1997 ne ha riconosciuto «il carattere precettivo e la conseguente immediata operatività della disposizione costituzionale» (Cass., SSUU, sentenza n. 4674/1997) sotto il profilo dell'immediata esigibilità dinanzi all'autorità giurisdizionale⁸, configurandolo come un vero e proprio diritto soggettivo⁹ e accogliendo l'interpretazione di autorevole dottrina¹⁰. Come si vedrà, attualmente la tutela del diritto di asilo in Italia è affidata ai permessi speciali, misure che consentono di assicurare un soggiorno temporaneo al richiedente asilo, derogando alla sussistenza dei requisiti previsti dalla normativa eurounitaria.

Sul versante francese la situazione non appare troppo dissimile: sebbene il legislatore francese abbia inserito l'asilo tra gli status di protezione disciplinati dal *Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile* (CESEDA) differenziandosi in questo dal legislatore italiano¹¹, la Costituzione della Quinta Repubblica oscilla tra la definizione sostanziale del

⁷ Art. 10, comma 3, Costituzione italiana: «*Lo straniero, al quale sia impedito nel suo Paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana, ha diritto d'asilo nel territorio della repubblica, secondo le condizioni stabilite dalla legge*».

⁸ F. Rescigno, *Il diritto d'asilo tra previsione costituzionale, spinta europea, e "vuoto" normativo*, in *Pol. dir.*, 2004, 151-174; M. Benvenuti, *Il diritto di asilo nell'ordinamento costituzionale italiano. Un'introduzione*, Padova, 2007, *passim*.

⁹ La condizione giuridica dello straniero immigrato economico e la condizione giuridica dello straniero richiedente asilo viene tenuta ben distinta dalla giurisprudenza ordinaria e costituzionale italiana. La Corte di cassazione, Sez. Unite, 8 ottobre 1999 n. 907 riconosce all'asilante «uno status, un diritto soggettivo, con la conseguenza che tutti i provvedimenti, assunti dagli organi competenti in materia, hanno natura meramente dichiarativa e non costitutiva, per cui le controversie riguardanti il riconoscimento del diritto di asilo o la posizione di rifugiato rientrano nella giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria». La Corte costituzionale nella sentenza n. 5 del 13 gennaio 2004 con riferimento alla procedura di espulsione distingue la condizione di asilante da quella di migrante economico con riferimento all'efficacia del provvedimento espulsivo precisando che «l'istituto dell'espulsione si colloca in un quadro sistematico che, pur nella tendenziale indivisibilità dei diritti fondamentali, vede regolati in modo diverso — anche a livello costituzionale (art. 10, terzo comma, Cost.) — l'ingresso e la permanenza degli stranieri nel Paese, a seconda che si tratti di richiedenti il diritto di asilo o rifugiati, ovvero di c.d. migranti economici. E così, per l'aspetto che qui interessa, mentre il pericolo di persecuzione per motivi di razza, di sesso, di lingua, di cittadinanza, di religione, di opinioni politiche o di condizioni personali o sociali preclude l'espulsione o il respingimento dello straniero (art. 19, comma 1, del d.lgs. n. 286 del 1998), analoga efficacia “paralizzante” è negata, in linea di principio, alle esigenze che caratterizzano la seconda figura».

¹⁰ A. Cassese, Art. 10, in G. Branca (cur.), *Commentario della Costituzione, Principi fondamentali, Art. 1-12*, Bologna-Roma, 1975; P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 84.

¹¹ M. Calamo Specchia, *La condizione giuridica dello straniero extracomunitario in Francia tra "Droit d'asile" e "Droits de résident"*, in *Pol. dir.*, 1998, 48-70; più di recente F. Lecoutre, *L'asile constitutionnel*, in J. Fernandez, C. Laly-Chevalier (cur.), *Droit d'asile. Etat des lieux et perspectives*, Parigi, 2015, 211-224.

diritto di asilo di tono rivoluzionario, contenuta nell'*alinéa IV* del Preambolo alla Costituzione del 1946, e la definizione procedurale di cui all'art. 53-1 Costituzione francese. Il quarto alinéa del Preambolo del 1946 limita la richiesta di asilo ai cc.dd. combattenti per la libertà, la cui diretta applicabilità, data l'impossibilità di invocare in sede di giudizio direttamente la norma costituzionale, è stata a lungo dibattuta in dottrina sino alla decisione del Consiglio costituzionale n. 93-325 DC del 13 agosto 1993 che, con un mutamento della pregressa giurisprudenza¹², ha riconosciuto all'asilo natura di diritto costituzionale fondamentale che si sostanzia nel diritto a soggiornare provvisoriamente sul territorio dello Stato sino all'esame della domanda di protezione¹³. A seguito di questa nota decisione, con la l. cost. n. 93-1256 del 25 novembre 1993 è stata modificata la Costituzione inserendo l'art. 53-1 che, nel confermare il diritto di asilo dei combattenti per la libertà ne amplia il raggio di azione, estendendo la tutela a coloro che sollecitano la tutela per non meglio specificati diversi motivi, riserva allo Stato francese il potere di concludere accordi internazionali in materia di asilo che fissino in condizione di reciprocità le competenze in materia di esame delle domande di asilo¹⁴, trasformando l'asilo da diritto soggettivo in mero atto autorizzatorio.

Tuttavia, dopo i recenti interventi normativi in materia di immigrazione e asilo (tra i tanti su cui ci si soffermerà in seguito si rammentano il d.l. Cutro e la *loi Darmanin*), in entrambi i paesi si registra la tendenza all'irrigidimento della cornice normativa nazionale sull'immigrazione e l'asilo, privilegiando aspetti di tipo securitario che minano non solo il riconoscimento dell'asilo come diritto costituzionale ma anche la sua concreta azionabilità¹⁵.

2249

Lo scopo del presente lavoro è quello di esaminare l'emergenza migratoria nell'ottica di ancorare le misure di tutela del diritto di protezione degli individui in situazioni emergenziali al dovere di solidarietà che incombe sugli Stati e che dovrebbe connotare il principio-base delle legislazioni nazionali in materia di emergenza migratoria: in tal senso, liberando dalla retorica securitaria il diritto dell'immigrazione e risolvendo la tensione tra dimensione statale (sicurezza dei confini) e dimensione individuale (protezione dello straniero e tutela dei diritti fondamentali), il dovere di

¹² Si fa riferimento alla risalente giurisprudenza del Consiglio costituzionale che qualificava l'asilo come diritto convenzionale, ossia regolato dalle fonti internazionali cui si rinviava per la sua attuazione (déc. n. 79-109 DC du 9-1-1980, n. 80-116 DC du 17-7-1980, n. 86- 216 DC du 3-9-1986).

¹³ Si legge testualmente nella decisione n. 93-325 DC du 13-8-1993 che « le respect du droit d'asile, principe de valeur constitutionnelle, implique d'une manière générale que l'étranger qui se réclame de ce droit soit autorisé à demeurer provisoirement sur le territoire jusqu'à ce qu'il ait été statué sur sa demande ».

¹⁴ Sulla portata della riforma costituzionale del 1993, E. Grossi, *L'ultima "querelle" sulla giustizia costituzionale in Francia: il Conseil constitutionnel e la nuova legge sull'immigrazione*, Torino, 1995; N. Scattone, *Il diritto d'asilo in Italia e in Francia: quali sfide per il diritto europeo?*, in *Quad. cost.*, 2009, 65-87; E. A. Imparato, *L'asilo tra diritto e concessione nei principi costituzionali e nelle norme di attuazione: alcune note per una ricostruzione in chiave comparata*, in *O ss. cost.*, 2014, 4ss.;

¹⁵ Si veda l'originale analisi del diritto di accesso alla tutela giurisdizionale dell'asilante nelle esperienze italiana e francese di V. Carlino, *L'effettività oltre la forma: gli ostacoli fattuali per accesso al giudice dell'asilo in Italia e Francia*, in *DPCE Online*, 2021, 31ss.

solidarietà potrebbe integrare un canone ermeneutico universale del sistema di garanzie da sempre riconosciuto a livello sovranazionale e internazionale a quegli individui che vivono nel loro paese d'origine condizioni di vulnerabilità, finendo con il considerare superata quella *summa divisio* tra migrazione economica e migrazione volontaria che reggeva il differente status giuridico tra migranti umanitari e migranti alla ricerca di migliori condizioni di vita, non certo nell'ottica securitaria dell'estensione di trattamenti giuridici più restrittivi agli asilanti, ma nella logica di rendere effettiva la garanzia dei diritti umani che riguarda tutti gli individui, a prescindere dalle motivazioni che li inducono a lasciare il proprio paese d'origine¹⁶.

2. Emergenza o emergenze? Polivalenza semantica di un concetto

Per poter comprendere la relazione che intercorre tra dovere di solidarietà e regimi emergenziali, occorre cercare di cogliere i tratti caratterizzati lo stato di emergenza, muovendo dalla considerazione di carattere generale che lo stesso concetto di emergenza ha subito una profonda trasformazione *post 11 settembre*: originariamente configurato come fatto straordinario, transitorio e imprevisto ha sempre più sviluppato tratti strutturali, come nel caso del terrorismo o del fenomeno migratorio.

Indagare lo stato di emergenza impone una riflessione sui suoi limiti e sulla sua compatibilità con i principi fondamentali tanto costituzionali, quanto sovranazionali: sul piano costituzionale, occorre indicare il perimetro entro cui si possa inquadrare l'emergenza nel rispetto dei principi fondamentali che regolano l'assetto democratico, considerato che tutte le volte in cui l'ordinamento costituzionale si discosta dalla legalità ordinaria, occorrono dei meccanismi che siano in grado di ripristinare lo *status quo* in un tempo ragionevole e congruo e che fissino i limiti al potere emergenziale secondo le finalità del costituzionalismo democratico. Quanto più sono messe in pericolo le libertà fondamentali tanto più è necessario che i presidi della democrazia siano forti: la dimensione procedurale rappresenta uno strumento ineliminabile per la tutela dei diritti fondamentali¹⁷.

Le emergenze del XXI secolo (dal terrorismo alla crisi economica, alla pandemia, alle guerre) si sono rivelate un imprevedibile fattore di accelerazione della crisi istituzionale latente in alcuni ordinamenti e sono tra le cause che possono radicare una torsione di fatto delle forme di governo contemporanee dal modello costituzionale di riferimento, rivelando una tendenza all'accentramento dei poteri negli Esecutivi. Il concetto di stato di eccezione è stato accostato al concetto di sospensione della Costituzione o di

¹⁶ L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali*, in Id. (cur.), *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Roma-Bari, 2001, 5-40, spec. 25, per il quale la separazione concettuale tra migranti in cerca di asilo e migranti in cerca di cibo è propria di «una fase paleoliberal del costituzionalismo».

¹⁷ S. Lieto, *Emergenza e compatibilità costituzionale tra limitazione dei diritti, concentrazione dei poteri e sicurezza*, Napoli, 2023, 1 ss.

una parte significativa della stessa¹⁸, posta in essere da parte della medesima autorità statale preposta alla sua garanzia: si tratta di una rivisitazione della dottrina di Carl Schmitt¹⁹ che ha fondato gran parte del suo pensiero politico sulla relazione tra stato di eccezione e sovranità (emblematica è la definizione del sovrano come “chi decide sullo stato di eccezione” e il tentativo di fondare una connessione giuridica tra stato di eccezione e diritto, per distinguere il primo dall'anarchia²⁰).

La nozione di emergenza contiene un elemento fattuale e un elemento giuridico: il primo è dato dall'evento (crisi economica, attentato, calamità naturale, epidemia, guerra, ecc.) che mette in pericolo il principio fondamentale della sicurezza dello Stato, il secondo è dato dalla ridefinizione dell'allocazione del potere con un impatto significativo sul sistema di produzione normativa e sul sistema delle garanzie dei diritti (separazione dei poteri e riserva di legge) attraverso l'impiego di misure di carattere amministrativo derogatorie del principio della riserva di legge²¹.

Sotto il profilo costituzionale, le emergenze mettono a dura prova il rapporto tra forme di Stato e di governo e sistema delle fonti del diritto, che ha il suo fulcro proprio nel grado di sostituzione provvisoria del Governo al Parlamento nella produzione di fonti primarie del diritto. Nelle Costituzioni si trova, infatti, il presupposto della produzione normativa primaria e secondaria e poiché le emergenze incidono primariamente sui diritti e libertà fondamentali, impattando sul principio della separazione dei poteri, sul rapporto autorità/libertà, sul principio di legalità e sulla riserva di legge.

La disciplina degli stati di emergenza non è collegata ad una particolare forma di governo, ben potendosi configurare clausole costituzionali di emergenza sia nelle forme di governo parlamentari, sia in quelle presidenziali: essa in genere comporta un'eccezione al principio della separazione dei poteri a vantaggio del potere esecutivo (presidente della Repubblica, di preferenza nei regimi presidenziali, o governo o primo ministro, nei regimi parlamentari), conservandosi nei regimi parlamentari importanti contropoteri in capo al Parlamento in ordine alla deliberazione dello stato di crisi e alla durata delle misure da assumere mentre al fisiologico equilibrio dei poteri nei momenti di crisi si accresce concentrazione di poteri nell'esecutivo. Occorre inoltre distinguere a seconda che la clausola di emergenza sia prevista dalla Costituzione (come accade in Francia), che in genere tende a individuare nell'esecutivo l'organo costituzionale in grado di far fronte allo stato di crisi, oppure non sia prevista: in questo ultimo caso si ricorre alla concentrazione dei poteri sulla base della necessità, che assume

¹⁸ G. Agamben, *Stato di eccezione*, Torino, 2003, 13 ss. Il concetto di sospensione della Costituzione come effetto dello stato di eccezione è risalente ed è stato introdotto per la prima volta dall'art. 92, Cost. Anno VIII.

¹⁹ Affermava il giurista tedesco: “Il Sovrano decide tanto sul fatto se sussista il caso estremo di emergenza, quanto sul fatto di che cosa si debba fare per superarlo. Egli sta al di fuori dell'ordinamento giuridico normalmente vigente e tuttavia appartiene ad esso perché a lui tocca la competenza di decidere se la costituzione in toto possa essere sospesa” (C. Schmitt, *Teologia politica. Quattro capitoli sulla dottrina della sovranità* (1922), in *Le categorie del “politico*, Bologna, 1972, 34).

²⁰ R. Simoncini, *Un concetto di diritto pubblico: lo stato di eccezione secondo Giorgio Agamben*, in *Dir. quest. pubbl.*, n. 8, 2008, 199 ss.

²¹ S. Lieto, *Emergenza e compatibilità costituzionale...*, cit., 10-12.

la funzione di fonte sulla produzione oppure di mero presupposto giustificativo preordinato alla conservazione dell'ordinamento costituzionale. La necessità come fonte del diritto va, però, tenuta ben distinta dallo "stato di necessità" come presupposto di legittimazione di un'attività legislativa straordinaria ma comunque adottata entro i limiti costituzionalmente previsti: in questo senso. Le Costituzioni dell'Italia e della Francia, ad esempio, prevedono strumenti di delegazione del potere normativo primario, caratterizzati dalla temporaneità e dalla forza derogatoria, come la legge delega o la *loi d'habilitation*, o specifici strumenti temporanei di urgenza, come i decreti-legge, mentre la necessità-fonte è *extra ordinem*, ma non sempre viene indirizzata *contra Constitutionem*, soprattutto quando risulta che la necessità è diretta a salvaguardare la Costituzione medesima e non a porre in essere atti diretti a sovertirla.

Gli stati emergenziali mettono così in crisi il rapporto tra libertà e sicurezza²²: lo stato di emergenza con un moto uguale e contrario amplifica le istanze di sicurezza e limita i diritti fondamentali e successivamente in senso opposto i diritti si riespandono e la sicurezza si ridimensiona. L'esigenza della tutela dell'incolumità pubblica come fine politico che discende dall'endiadi sicurezza/difesa²³ può condurre a mettere in discussione il pieno godimento dei diritti e delle libertà fondamentali su cui si fondono i sistemi democratici contemporanei sul presupposto, esplicito o implicito, che la sicurezza costituisce un meta-valore costituzionale, una sorta di *prius* logico-politico dello Stato-ordinamento. A parte qualche eccezione (come Francia e Spagna), l'emergenza non sempre ha una propria dimensione costituzionale essendosi stabilizzata la prassi alla contrarietà alla formalizzazione dei regimi emergenziali, al fine di non legittimare la sospensione delle garanzie costituzionali e ancorando, così, qualunque limitazione dei diritti e delle libertà fondamentali alla fonte legislativa (riserve di legge), all'inevitabilità della misura, alla proporzionalità al pericolo in corso e al bilanciamento tra sicurezza e libertà sottoponibile sia al controllo parlamentare che a quello giurisdizionale²⁴. Un esempio di

²² Si interroga sull'esistenza di un diritto fondamentale alla sicurezza come precipitato del dovere di protezione dello Stato J. Isensee, *Il diritto fondamentale alla sicurezza*, trad. it. a cura di T. Fenucci, Napoli, 2017.

²³ È proprio in questa endiadi che trova giustificazione la giurisprudenza della Corte costituzionale italiana che legittima il segreto di Stato (si ricorda il tanto discusso caso Abu Omar) mettendo in relazione il fine supremo della sicurezza dello Stato-comunità, inteso quale espressione del dovere della difesa della Patria ex art. 52 della Costituzione, con l'indipendenza nazionale, il principio di unità e indivisibilità della Repubblica ex art. 5 Cost. e i caratteri essenziali della Repubblica democratica ex art. 1 Cost. (Corte cost., n. 24/2014, n. 40/2012, n. 110/1998; in prospettiva analoga, cfr. sentenze n. 106/2009, n. 86/1977 e n. 82/1976). Su questo controverso blocco giurisprudenziale A. Pace, *La Corte di cassazione e i "fatti eversivi dell'ordine costituzionale"*, in *Giur. cost.*, 1, 2014, 381 ss.; A. Vedaschi, *Il segreto di Stato resta senza giudice*, in *Giur. cost.*, 1, 2014, 394 ss.; Id., *La Cassazione solleva il "sipario nero" calato dalla Consulta: il caso Abu Omar si riapre*, in *Percorsi cost.*, 1, 2013, 163 ss.; T. Giupponi, voce *Segreto di Stato (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, Annali, X, Milano, 2017, 856 ss.; A. Mitrotti, *Brevi considerazioni sulla disciplina del segreto di Stato*, in *Oss. Cost. AIC*, 2018, 1ss.

²⁴ A. Vedaschi, *Has the Balancing of Rights Given Way to a Hierarchy of Values?*, in *1 Comp. L. R* 201 (2010); G. de Vergottini, *Terrorismo internazionale e sfide alla democrazia*, in *Lo*

costituzionalizzazione dei poteri straordinari può essere offerto dall'art. 16 della Costituzione della Quinta Repubblica francese che contempla l'ipotesi di attivazione dei poteri straordinari presidenziali, ma che al contempo fissa i contrappesi in difesa della Costituzione (il parere del Consiglio costituzionale prima e durante lo stato di emergenza sugli atti presidenziali su ricorso di sessanta deputati o sessanta senatori e il divieto di sciogliere l'Assemblea nazionale, che insieme al Senato potrebbe giungere alla destituzione del Presidente che abusasse dei propri poteri).

In questo quadro normativo estremamente ampio, duttile ed elastico dal punto di vista semantico si è venuto a delineare un diritto dell'emergenza²⁵ che si basa sulla logica degli "stati di urgenza" e che in alcuni ordinamenti, come la Francia, riceve una disciplina dettagliata: il già richiamato art. 16 della Costituzione della Quinta Repubblica prevede che il Presidente della Repubblica abbia la possibilità di concentrare i poteri legislativi, regolamentari e amministrativi in condizioni eccezionali (quando "*le istituzioni della Repubblica, l'indipendenza della nazione l'integrità del territorio o l'esecuzione degli impegni internazionali sono minacciati in maniera grave e immediata*" e "*il regolare funzionamento dei poteri pubblici costituzionali è interrotto*"), divenendo, come afferma la stessa dottrina, un *dictator* nell'accezione romana del termine²⁶; lo stato di emergenza, previsto dalla legge n. 55-385 del 3 aprile 1955 si applica «*in caso di pericolo imminente dovuto a gravi minacce all'ordine pubblico, nel caso di avvenimenti che presentano per loro natura e gravità, il carattere di calamità pubblica*» e viene proclamato con decreto del Consiglio dei ministri: esso concede all'esecutivo ampi poteri di controllo della circolazione e del soggiorno delle persone, di previsione di misure precauzionali (chiusura di intere aree) e il rafforzamento dei poteri di polizia.

La disciplina francese sullo stato di emergenza presenta un'evidente assonanza con la legislazione italiana in materia (dl. n. 1/2018) sebbene l'ordinamento francese preveda una diversa strutturazione del sistema delle fonti del diritto impostato sul criterio di competenza e non sul criterio gerarchico della fonte.

Esiste sul tema dell'emergenza un'ulteriore analogia tra Francia e Italia, ossia la preferenza manifestata dalla dottrina (anche alla luce dei recenti sconfinamenti governativi nella gestione dell'emergenza) per una costituzionalizzazione dello stato di emergenza. Si tratta di riforme costituzionali aventi come obiettivo di dare ai regimi "civili" di crisi un fondamento costituzionale, affinché le leggi e i decreti necessari si pongano come fonti di attuazione di un principio costituzionale. Non è un caso che proprio la proroga dello stato di emergenza proclamato a seguito del gravissimo attentato al Teatro Bataclan del 15 novembre 2015 abbia innescato un movimento di riforma della Costituzione della V Repubblica

Stato, 2107, 11 ss.; Id., *Una rilettura del concetto di sicurezza nell'era digitale e della emergenza normalizzata*, in *Rivista AIC*, 2019, 69 ss.

²⁵ P. Piciacchia, *Lo stato di emergenza e il tortuoso cammino del controllo parlamentare*, in C. Murgia (cur.), *Scritti in onore di Sara Volterra*, Torino, 2017, 773 ss.

²⁶ J. Rivero, J. Waline, *Droit administratif*, Paris, 2004, 274

che introduca dopo lo stato di assedio un'apposita disposizione costituzionale che disciplini lo stato di emergenza²⁷.

Lo stato di emergenza, venuto alla ribalta in ordine a fenomeni specifici (la lotta al terrorismo, la recente pandemia, le guerre, le ondate migratorie) si struttura secondo due varianti: da una parte, un numero rilevante di Costituzioni accettano gli stati di emergenza/necessità come situazioni anomale e temporanee disciplinate da procedure predeterminate e derogatorie dell'ordinario procedimento deliberativo²⁸. Sotto questo profilo, affinché tali misure siano costituzionalmente orientate, occorre che le stesse si configurino come poteri normativi diretti a fronteggiare una situazione di necessità o urgenza e purché non entrino in collisione con il principio di legalità, essendo rispondenti a previe discipline normative che pongono norme destinate agli operatori giuridici: qui deve trattarsi di fonti *secundum ordinem* ispirate al principio formale di legalità, che fonda l'azione dei pubblici poteri²⁹.

Sotto il profilo sovranazionale, un dato di rilievo è che alla luce delle recenti crisi che hanno scosso l'Unione europea e delle tendenze emerse a livello nazionale come risposta alle emergenze, si sta facendo sempre più strada l'eventualità di un ruolo più incisivo dell'Unione spostando l'asticella della gestione delle emergenze dal piano nazionale al piano unionale: sul piano giuridico, questo sviluppo dei rapporti tra UE e Stati membri in ambito emergenziale implicherebbe un capovolgimento del tradizionale collocamento della gestione delle emergenze nell'alveo della sovranità nazionale.

²⁷ I. Boucoba, C. Girard, «Constitutionnaliser » l'état d'urgence ou comment soigner l'obsession d'inconstitutionnalité ?, *La Revue des droits de l'homme [En ligne]*, Actualités DroitsLibertés, mis en ligne le 05 février 2016, consulté le 01 mai 2019. URL : journals.openedition.org/revdh/1784. Stesse problematiche di costituzionalizzazione dello stato di emergenza sono poste in Italia da S. Prisco, F. Abbondante, *I diritti al tempo del coronavirus*, in *Federalismi.it*, 2020, 1 ss. e più di recente A. Ridolfi, *Costituzionalizzare l'emergenza? Qualche riflessione a partire da uno scritto di Salvatore Prisco e Fulvia Abbondante*, in *Nomos*, 2024, 1ss.

²⁸ B. Ackerman, *The Emergency Constitution*, in 113 *Yale L.J.* 1029 (2004).

²⁹ A tal riguardo, un esempio calzante può essere offerto in tal senso dall'ordinamento francese, colpito da una recrudescenza del fenomeno terroristico a seguito degli attentati del 2015. La dottrina francese non è unanime nella considerazione delle conseguenze che questi regimi eccezionali hanno sul rispetto del principio di legalità. Secondo un'interpretazione si tratta di “una legalità in periodi eccezionali”, che permette infrazioni alla legalità: secondo tale ricostruzione, in sostanza, voler applicare i testi normativi in situazioni che i loro autori non avevano previsto equivarrebbe a disconoscere le vere intenzioni degli autori medesimi. Inoltre, quando sia in gioco la sopravvivenza dello Stato, che è condizione di ogni legalità, un'impostazione rigidamente formalista implicherebbe la distruzione delle fondamenta della stessa legalità (J. Rivero, J. Waline, *Droit administratif*, Paris, 2004, 273, 278). Altra dottrina ha, invece, lamentato la formalizzazione di vere dittature (in particolare con riferimento all'articolo 16 della Costituzione del 1958, che prevede la concentrazione dei poteri nelle mani del capo dello Stato che diviene una sorta di *dictator* nell'accezione romana del termine), pur riconoscendo che tale formalizzazione, in un certo senso, può essere apprezzata, non foss'altro nella misura in cui disciplini e inquadri fenomeni che pongono a repentaglio la tenuta dello stato di diritto (A.-M. Le Pourhiet, *Droit constitutionnel*, Paris, 2008, 349).

Il quadro si complica in quanto non esiste a livello europeo una definizione univoca di cosa è uno stato di emergenza, come pure manca una disciplina uniforme del fenomeno a livello nazionale: sotto il primo profilo, la decisione UE n. 1313/2013 sul meccanismo unionale di protezione civile, propone una nozione molto ampia, che ricomprende «qualsiasi situazione che ha o può avere un impatto grave sulle persone, sull'ambiente, sulla proprietà, inclusi i beni del patrimonio culturale»; sotto il secondo profilo, è noto che non ci sia una univocità semantica del sintagma che definisce il fenomeno di cui si discute, ricorrendosi a espressioni non sempre etimologicamente riconducibili tra loro. Si pensi, ad esempio, che la dottrina anglosassone utilizza locuzioni tipo *Emergency powers* a fronte della dottrina italiana o spagnola che prediligono espressioni quali “decreto di urgenza”, la prima, e “*estado de alarma*” la seconda, e tale variabilità semantica è indice della natura dinamica del concetto di cui si discute, come pure che a fronte dell'anomia costituzionale dello stato di emergenza nell'esperienza italiana, in altri ordinamenti assistiamo a una pluralità di soluzioni normative (dalla costituzionalizzazione dello stato di emergenza nelle costituzioni francese e spagnola alla previsione di plurimi “stati” di emergenza, alcuni rimessi alla disciplina legislativa (ancora in Francia).

Venendo al tema più concreto della gestione delle catastrofi, il quadro normativo di riferimento è duplice, sovranazionale (c.d. *Eu Disaster Law*) e nazionale: il primo blocco normativo comprende attualmente due azioni di intervento, l'assistenza umanitaria e la cooperazione in materia di protezione civile, mentre a livello nazionale, investendo la materia della sicurezza nazionale, che è funzione di esclusiva competenza dello Stato membro (art. 4, par. 2, TUE), la gestione degli stati emergenziali è rimessa alla discrezionalità degli Stati membri, nel rispetto dei principi di attribuzione e di sussidiarietà.

2255

In questo quadro di regolazione, la recente proposta di modifica dei trattati istitutivi dell'Unione europea adottata il 22 novembre 2023 dal Parlamento europeo ripensa il meccanismo di risposta alle crisi dell'area europea: in un'ottica generale di potenziamento della rappresentanza europea, il Parlamento europeo ha proposto l'introduzione di una clausola emergenziale generale attraverso la modifica dell'art. 222 TFUE, noto come clausola di solidarietà, e l'abrogazione dell'art. 122 TFUE (cd. Clausola emergenziale flessibile), riallocando a livello europeo la dichiarazione dello stato di emergenza, che in tal modo verrebbe sottratto agli Stati membri, e prevede un maggiore coinvolgimento del Parlamento europeo nella gestione sovranazionale delle emergenze transfrontaliere, che deve essere improntata alla solidarietà, definito nelle conclusioni dell'Avv. gen. Sharpston del 31 ottobre 2019³⁰, come principio fondamentale del diritto UE, superando, tuttavia, la natura volontaristica per trasformarsi un'obbligazione che naturalmente lega tra loro gli individui e gli Stati. D'altra parte, la recente emergenza pandemica ha conosciuto una particolare applicazione del dovere di solidarietà, a cui sono state agganciate in molti ordinamenti la previsione del green pass e la raccomandazione vaccinale, suscitando non poche notazioni critiche da parte della dottrina costituzionalistica in relazione alla

³⁰ Nelle cause c-715/17, c-718/17 e c-719/17, Commissione/Polonia.

conseguente compressione di alcune libertà fondamentali (libertà di circolazione, libertà economica, libertà religiosa ecc.)³¹.

La definizione degli stati di emergenza risente, pertanto, anche della natura nazionale o transnazionale delle crisi in atto: qui i confini territoriali giocano un ruolo qualificante i soggetti attori e i destinatari delle misure. Ciò risulta particolarmente evidente nella qualificazione del fenomeno migratorio e nella sua assunzione nell'ambito delle crisi emergenziali transnazionali.

In tempi recenti il fenomeno delle migrazioni umanitarie è stato collegato all'obbligo internazionale di proteggere l'incolumità fisica di individui esposti a rischi nella loro terra di origine: in questo senso è corretto parlare di una vera e propria emergenza?

Occorre partire proprio dal concetto di emergenza prima delineato per comprendere se si possa arrivare a qualificare il fenomeno migratorio come emergenziale: per ben due volte in Italia, nel 2011 e nel 2023, è stato dichiarato lo stato di emergenza ai sensi del codice di protezione civile a seguito dell'aumento dei flussi migratori. Si è pertanto identificato il presupposto dell'emergenza nel fenomeno dell'aumento dei flussi migratori da paesi terzi. Ma è la via interpretativa corretta?

Se accogliamo la definizione di emergenza che ci è consegnata dal diritto dell'Unione europea, il fenomeno migratorio si muove tra una natura fisiologica e una regolamentazione patologica. Questo perché un fenomeno che si configura assolutamente normale nell'evoluzione di una società internazionale e globale, ossia lo spostamento di esseri umani da un paese all'altro, riceve una regolamentazione spesso dettata da strumentalizzazioni politiche (cui non si sottraggono i movimenti populisti, i cui programmi politici contengono sempre il riferimento alla "stretta sull'immigrazione" cavalcando la paura per il "diverso") che anziché gestire in modo equilibrato il fenomeno impongono regole securitarie volte a fermare i flussi migratori (si veda l'inasprimento delle misure contenute nel decreto "Flussi" in Italia) che non si inseriscono in un contesto regolatorio più ampio, frutto di cooperazione internazionale.

Così un fenomeno, quale quello delle migrazioni di natura strutturale viene gestito come fatto emergenziale, con inevitabile insuccesso delle politiche adottate e "*pensare di poter «arrestare» il fenomeno delle migrazioni con misure nazionali a carattere repressivo è come voler arginare un fiume in piena che, sbarrato in un punto della corsa, trova pian piano un nuovo percorso*"³².

³¹ A. Mangia, *Si caelum dígito tegeris. Osservazioni sulla legittimità costituzionale degli obblighi vaccinali*, in *Rivista AIC*, 2021, 443ss.; L. Brunetti, *La Costituzione può obbligare, ma non costringere: sulla incostituzionalità degli attuali divieti come mezzo per incentivare la vaccinazione anti COVID-19 (cd. green pass)*, in *Forum Quad. cost.*, 2021. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it; M. Calamo Specchia, *Audizione della prof.ssa Marina Calamo Specchia. Commissione Affari costituzionali del Senato della Repubblica 6 ottobre 2021, ore 10.30*, in *DPE Ra ss. Online*, 2021, 107 ss.

³² S. Quadri, *Sovranità funzionale e solidarietà degli Stato a tutela dei diritti dei migranti*, in *DPCE online*, 2019, 663-665.

3. Il principio di solidarietà e lo spazio territoriale alla prova delle crisi migratorie

Il controllo dei flussi migratori rappresenta da sempre una sfida per le democrazia contemporanee: l'emigrazione e la speculare immigrazione, nate come fenomeni sociali e religiosi associati sovente ai processi di colonizzazione e al popolamento di nuovi territori (si pensi alla nascita delle colonie americane) assumono oggi contorni nuovi, legati a nuovi impulsi migratori connessi al miglioramento delle condizioni di vita (migranti per ragioni economiche) o alla tutela da persecuzioni nel paese d'origine (migranti umanitari).

Il rapporto con il territorio è il *fil rouge* che lega la condizione giuridica dello straniero e il suo status di persona titolare di diritti, che vanno a comporre la dimensione giuridica del principio fondamentale della tutela della dignità della persona umana.

A questo riguardo, la dottrina mette ben in evidenza il legame tra straniero extra-comunitario e territorio dello Stato di accoglienza: la differenza fondamentale tra cittadini e stranieri, «è costituita dal diritto di entrare ed uscire liberamente dal territorio dello Stato e di non essere espulsi. Tutti gli altri diritti ... anche il diritto di voto, possono essere estesi agli stranieri, ma il presupposto è sempre la presenza (regolare ... ma per alcuni diritti anche irregolare) sul territorio dello Stato»³³.

Questa connessione logico-giuridica tra relazione territoriale del soggetto e godimento dei diritti soggettivi fondamentali è pienamente convincente.

Anzi, se a livello transnazionale consideriamo il territorio come manifestazione più compiuta del legame tra spazio ed esercizio della libertà di circolazione e del diritto di stabilimento, si comprende bene come le recenti crisi migratorie abbiano messo a dura prova quello che dalla dottrina è sempre stato considerato uno dei più evidenti successi dell'integrazione europea, l'area Schengen, la quale, nata per abolire i controlli alle frontiere tra 29 Paesi europei al fine di consentire la libera circolazione delle persone tra i loro territori (Accordo di Schengen del 14 giugno 1985), si è di recente mostrata come il tallone d'Achille del principio della sicurezza: a fronte di una soglia normativamente determinata di circa 300.000 prime domande di asilo, nel 2015 si è passati a 1.321.600 domande di asilo, determinando la crisi dei sistemi Schengen e di Dublino, soprattutto con riferimento al cd. sistema Dublino III (art. 13 del reg. UE n. 604/2013) che disciplina i meccanismi e i criteri per la determinazione del paese competente ad analizzare la domanda di asilo, consentendo l'ingresso temporaneo dello straniero richiedente nel proprio territorio, individuato sostanzialmente nel paese di primo ingresso. Molti dei paesi colpiti dall'emergenza migratoria del 2015 hanno, pertanto, minacciato di sospendere l'applicazione del trattato di Dublino III: si sono così in un primo momento attivate le clausole di salvaguardia da parte di Germania e Austria, consentendo la prima di presentare domanda direttamente in Germania e la seconda di transitare

³³ L. Montanari, *La giurisprudenza costituzionale in materia di diritti degli stranieri*, in *Federalismi.it*, 2019, 65.

attraverso il proprio territorio verso la Germania, poi sfociato in un lungo contenzioso giurisprudenziale³⁴.

La crisi migratoria del 2015 ha dunque rappresentato una tsunami che ha rischiato di travolgere lo spazio Schengen, poiché gli Stati frontalieri, sotto la pressione dei migranti, hanno attivato la clausola di ripristino dei controlli alla frontiera disciplinata dal Capo II del Titolo II (artt. 25-35) del Codice frontiere Schengen (reg. UE 2016/399) stante le ragioni di sicurezza nazionale invocate dai medesimi paesi, mettendo in evidenza la fragilità della solidarietà tra gli Stati membri³⁵.

Il territorio costituisce, infatti, la base operativa e operazionale per lo svolgimento del principio di sovranità statale, ma al contempo, non deve costituire ostacolo per la tutela dello straniero e del migrante. Esso va inteso in una duplice accezione:

- in una concezione integrativa, come territorio di accoglienza, con riferimento al paese destinatario dei flussi migratori;
- in una concezione securitaria, come territorio del paese destinatario di misure di rimpatrio, oggetto di applicazione della normativa relativa alla qualificazione del paese di destinazione della misura di allontanamento e rimpatrio come paese “sicuro”, secondo gli standard europei che richiamano i principi fondamentali del costituzionalismo europeo in relazione alla tutela della dignità umana.

A tal proposito, a livello europeo, la direttiva procedure UE n. 2013/32 (art. 37), che sarà sostituita dal nuovo Regolamento procedure, facente parte del Patto sulla migrazione e l’asilo (reg. UE 2024/1324 che disciplina una procedura comune di protezione internazionale), definisce uno Stato Terzo come “sicuro” se, sulla base della situazione giuridica, dell’applicazione della legge all’interno di un sistema democratico e della situazione politica generale, si può dimostrare che non vi sono persecuzioni, né alcun rischio reale di danno grave alla persona. E tuttavia questa definizione, apparentemente “proattiva” e “protettiva”, si scontra con l’incertezza in ordine alla lista di paesi considerati sicuri la cui identificazione è rimessa alla discrezionalità di ciascuno Stato membro. Con tutte le difficoltà connesse anche all’identificazione di migranti, che spesso sono privi di documenti e dunque per i quali non è individuabile con certezza il paese d’origine per la procedura di rimpatrio. O quando ci si trovi al cospetto di minori, anche non accompagnati, per i quali è d’obbligo l’adozione di tutele rafforzate.

La recente vicenda italiana del rinvio pregiudiziale operato dal Tribunale di Bologna, in relazione al potere del giudice di disapplicare una fonte normativa interna ritenuta in contrasto con la normativa europea sulla definizione dei paesi sicuri (non a caso il giudice bolognese nel ricorso fa riferimento ai due pilastri giurisprudenziali dell’UE, le sentenze *Costa c. Enel* e *Simmenthal*) e sul principio di non respingimento in relazione all’attualità

³⁴ La crisi migratoria ha innescato un lungo contenzioso relativo al ripristino delle frontiere austriache dinanzi alla Corte di giustizia conclusosi con la decisione Corte giust., c-368/20 e c-369/20, sent. 26 aprile 2022. Per una puntuale disamina della questione, L. Fabiano, *La lunga saga sul ripristino dei controlli alle frontiere interne: dalla crisi migratoria del 2015 alle più recenti riforme del Codice Schengen*, in *Poliarchie*, 2024, 140 ss.

³⁵ A. Longhini, *Continuità e cambiamento nella politica migratoria dell’UE dopo il 2015. Un’analisi dei suoi principali strumenti di policy*, in *Poliarchie*, 2022, 156-173.

della configurazione di un paese terzo come sicuro, sebbene lo stesso sia inserito in una lista predisposta in un d.l., e la successiva decisione della Corte di Appello di Roma di non convalida del trattenimento in Albania dei 12 migranti ivi deportati, impongono una seria riflessione sulla necessaria armonizzazione interpretativa e richiedono che il giudice nazionale, ove si tratti della tutela di diritti umani fondamentali, non svolga un ruolo meramente notarile. Di recente, la Corte di cassazione ha ribaltato le decisioni della Corte di Appello di Roma, ammettendo l'equiparazione tra i centri di detenzione temporanea albanesi e i CPR italiani, ma subordinando tuttavia la legittimità del trattenimento alla presentazione di una domanda di asilo palesemente infondata e tesa a impedire o ritardare l'espulsione o il respingimento (I Sez. Penale, sent. n. 17510 dell'8 maggio 2025). Resta da valutare la compatibilità del modello Albania con il diritto unionale, attualmente oggetto di pregiudiziale comunitaria, in particolare il diritto a richiedere la protezione internazionale e il diritto a un ricorso effettivo che non possono trovare attuazione al di fuori del territorio degli Stati membri, come richiedono le direttive in materia (“rimpatri” e “accoglienza”).

Al fine di delineare un quadro di tutele il più ampio ed esaustivo dello straniero, il territorio assume in tal modo una polivalenza di significati e trova corrispondenza nella pluralità semantica che concerne la nozione stessa di straniero, individuando, sin da subito quattro categorie di soggetti – straniero regolare, straniero irregolare, apolide, richiedente asilo – a ciascuna delle quali corrisponde un diverso status giuridico e dunque un sistema diversificato di misure e di tutele giuridiche con una linea comune di tendenza: che la disciplina dell'asilo si colloca a un livello sovranazionale e dunque garantisce una protezione uniforme, nel mentre la disciplina dell'ingresso e del soggiorno dello straniero è affidato alle legislazioni nazionali, che evidenziano un elevato grado di disomogeneità e pongono il grosso problema dell'armonizzazione delle tutele. Sebbene sovente l'esternalizzazione delle procedure di asilo, rimesse agli stati membri, finisce con l'estendere agli asilanti le medesime criticità nel trattamento giuridico che si riscontrano per i migranti economici.

Inoltre, con riferimento al significato della locuzione “fenomeno migratorio”, esso racchiude una pluralità di condizioni per ciascuna delle quali le prestazioni sociali variano per tipologia, graduazione ed efficacia: così, ad esempio, la condizione di immigrato è differente da quella di migrante, che necessita di prestazioni preliminari di solidarietà (soccorso, accoglienza, smistamento), mentre per i primi, gli immigrati, la prestazione di solidarietà si esprime nell'accoglienza e nell'integrazione, dove per integrazione si intende l'esercizio pieno dei diritti civili, sociali e politici e l'adempimento dei doveri di solidarietà economica, rendendo sempre più sfumata la distinzione tra cittadini e non cittadini che hanno uno stabile legame con il territorio dello stato di accoglienza³⁶.

Risulta dunque molto complesso individuare, sia a livello nazionale sia a livello sovranazionale, una disciplina uniforme di quello che potremmo definire un sistema prismatico di tutele, in quanto a ciascuna categoria di straniero corrisponde un diverso grado di tutele.

³⁶ P. Costanzo, *Il principio di solidarietà alla prova del fenomeno migratorio*, in *Cons. online*, 2017, 450 ss.

4. Il principio di solidarietà quale matrice qualificante il legame sociale “universale”

Potremmo tuttavia tentare di identificare un principio-base, un minimo comune denominatore che qualifica il legame sociale “universale” tra gli individui e permea la costruzione europea: a questo riguardo risulta interessante l’interpretazione del principio di solidarietà offerto dal Consiglio costituzionale francese nella sentenza n. 2018-717-718 del 6 luglio 2018 che ha ritenuto che l’aiuto umanitario diretto o indiretto volto a facilitare o a tentare di facilitare l’ingresso o il soggiorno irregolare di uno straniero in Francia costituisce una scriminante in virtù del principio di fraternità/solidarietà sul quale si fonda l’aiuto a carattere umanitario, che si caratterizza per la finalità di salvaguardare la vita o l’integrità fisica dello straniero.

Sulla stessa linea del Consiglio costituzionale si pone la ferma condanna da parte della Relatrice speciale delle Nazioni Unite sulla situazione dei Difensori dei diritti umani, nonché dell’Esperto indipendente sui diritti umani e la solidarietà e del Relatore speciale sui diritti umani in relazione alla legislazione italiana sul trattamento giuridico riservato alle imbarcazioni impegnate in operazioni di ricerca e salvataggio in mare (in particolare si contesta alla legislazione italiana di privilegiare la sicurezza dei confini rispetto alla tutela dei diritti, della dignità e della vita dei migranti)³⁷. I casi di trattenimento a bordo dei migranti (Diciotti del 2018 e Sea-Watch 3, Gregoretti e Open Arms del 2019³⁸), come i casi di respingimento di molte altre navi impegnate nelle operazioni di *search and rescue* in violazione del diritto internazionale del mare oltre a veri e propri fermi amministrativi, assumono sotto questo profilo un carattere emblematico (tanto da essere oggetto di sentenze della Corte EDU, sebbene di indirizzo restrittivo, come il caso Sea Watch 3³⁹), ma anche la recentissima vicenda della legittimità dell’esternalizzazione delle procedure di allontanamento e di rimpatrio dei migranti arrivati in Italia verso i centri albanesi di detenzione gettano un’ombra sulla tenuta del sistema di garanzie costituzionali a tutela dei diritti fondamentali universalmente riconosciuti.

Il principio di solidarietà, cardine di molte costituzioni europee, a livello sovranazionale ha sempre innervato la costruzione europea sebbene sia stato codificato per la prima volta solo con il Trattato costituzionale del 2004 e successivamente trasfuso nel trattato di Lisbona del 2007 come principio operante a livello territoriale nei rapporti tra gli Stati membri: prevale, dunque, a livello europeo un concetto di solidarietà più orientato all’integrazione tra gli Stati che al mutuo soccorso tra gli esseri umani.

³⁷ M. Castellaneta, *Criminalizzazione delle attività di soccorso in mare compiute dalle ONG: il quadro normativo italiano bocciato dal Relatore speciale ONU*, in www.marinacastellaneta.it, 5 settembre 2024.

³⁸ E. Carli, *Trattenimento di migranti a bordo di navi, divieto di detenzione arbitraria e responsabilità internazionale dell’Italia*, in *Dir. um. e dir. int.*, 2020, 689 ss.

³⁹ Corte EDU no. 32969/19, *Rackete and Others v. Italy, Interim measure*, 25-6-2019, che ha negato la sussistenza nel caso di specie dei presupposti per la concessione delle misure cautelari ex art. 39 del Regolamento di procedura della Corte EDU, ribadendo l’orientamento restrittivo di Corte EDU no. 5504/19 e 5604/19, *Case of SeaWatch 3 v. Italia*, Interim measure 29-1-2019.

Il Patto sulla migrazione e asilo adottato dal Consiglio europeo e pubblicato il 22 maggio 2024 si propone la valorizzazione e il rafforzamento del principio di solidarietà tra gli Stati nell'Unione⁴⁰. Siamo al cospetto di un'ibridazione normativa che mette insieme i risultati ottenuti dall'applicazione del Trattato di Schengen e del patto di Dublino con alcuni elementi del Sistema europeo comune d'asilo (SECA) e mediante una gestione integrata delle frontiere al fine di mitigare il forte impatto delle rotte migratorie sui Paesi membri frontalieri, di garantire i diritti umani dei migranti e di superare le criticità connesse alla mancata armonizzazione delle legislazioni statali in materia di asilo, accoglienza e rimpatrio. Con il Patto si intende, dunque, realizzare un'armonizzazione delle normative statali attraverso l'impiego del Regolamento in luogo della Direttiva, che aveva facilitato un processo di proliferazione di legislazioni nazionali spesso confliggenti: si tratta di un obiettivo ambizioso, perché i due sistemi di Schengen e di Dublino sono tra loro antagonisti, il primo volto a facilitare la circolazione delle persone e il secondo teso a definire quale sia lo Stato competente a esaminare le domande di asilo⁴¹.

Tuttavia se appare meritorio l'obiettivo di rendere più efficace il sistema europeo dell'asilo e di aumentare la solidarietà tra gli Stati membri, alleggerendo la pressione migratoria sugli Stati destinatari dei maggiori flussi⁴², il nuovo pacchetto di misure si presenta come l'esito di compromessi tra le diverse prospettive nazionali di stampo sovranista e altamente conflittuali in materia di gestione dei flussi migratori e dunque non è in grado di arginare l'affievolimento delle tutele e del livello di protezione dei diritti degli stranieri, indebolendo i meccanismi di tutela a causa della forzata omologazione normativa che impone standard procedurali meno efficaci (si pensi alla procedura di frontiera e al meccanismo di rifiuto di ingresso rimesso alla discrezionalità degli Stati membri) ispirati dalle recenti politiche securitarie nazionali⁴³.

Permane, infatti, il focus del Patto incentrato sui migranti irregolari la cui gestione integrata attraverso il SECA sarebbe stata migliorata sulla base di un duplice piano di intervento⁴⁴: il primo riguardante la dimensione esterna, il secondo relativo alla dimensione intraeuropea. La prima dimensione esterna ha l'obiettivo di semplificare la procedura unificando due procedimenti distinti: l'individuazione degli stranieri privi di autorizzazione o giunti a seguito di operazioni di ricerca e di soccorso finalizzata all'identificazione dei soggetti (cd. pre-screening) e la procedura di asilo e rimpatrio, nel senso che ove non fosse accolta la prima si darebbe avvio alla

⁴⁰ Per una ricostruzione diacronica, G. Morgese, *Il "faticoso" percorso della solidarietà nell'Unione Europea*, in *Quad. AISDUE*, 2021, 87.

⁴¹ P. De Pasquale, *Tra il dire e il fare c'è di mezzo il mare: il Nuovo (ma non troppo) Patto per la migrazione e l'asilo*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2024, V ss.

⁴² La ricerca della solidarietà tra gli Stati europei è un obiettivo delle politiche migratorie europee risalente su cui si veda C. Favilli, *La politica europea in materia di immigrazione e asilo. Carenze strutturali e antagonismo tra gli Stati membri*, in *Quad. cost.*, 2018, 374ss.

⁴³ M. Capasso, *Il Nuovo Patto europeo sulla migrazione e l'asilo e i diritti dei minori stranieri tra solidarietà e sicurezza*, in *DPCE Online*, 2025, 749ss.

⁴⁴ Nascimbene, *La dimensione interna ed esterna della politica di immigrazione e asilo. Principi e valori*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2020, 267.

seconda. La procedura di frontiera, che prevede che si applichi il meccanismo del non-ingresso sino alla definizione delle richieste di asilo da effettuarsi entro 12 settimane, prorogabili per altre 12 settimane, diviene così obbligatoria e consente agli Stati la possibilità di individuare in modo discrezionale il luogo dove avverrà lo screening: si apre così la via alla generalizzazione della procedura di frontiera anche attraverso il diabolico meccanismo delle esternalizzazioni che pratica il trasferimento coatto degli stranieri irregolari, fermati alla frontiera, verso paesi terzi.

Il secondo piano, relativo alla dimensione intraeuropea, si focalizza sul nuovo sistema di solidarietà flessibile⁴⁵, finalizzato al ricollocamento e/o rimpatrio dei richiedenti asilo e a contrastare i c.d. “movimenti secondari” all’interno dell’Unione europea. In applicazione dell’articolo 80 TFUE si è definito un nuovo sistema dei ricollocamenti dei migranti irregolari. Infatti, il nuovo Patto prevede che le quote di accoglienza sono stabilite in funzione del PIL (50%) e della popolazione (50%) e che gli Stati membri possono decidere di accogliere sul proprio territorio, su base volontaria, il migrante irregolare arrivato nel Paese che chiede solidarietà oppure possono provvedere al suo rimpatrio, in caso di diniego di protezione internazionale. Inoltre, gli Stati sotto pressione migratoria possono chiedere supporto agli altri paesi membri per migliorare la propria capacità o le condizioni di accoglienza⁴⁶. La Decisione UE di esecuzione n. 2024/2150, recante modalità di applicazione del reg. UE n. 2024/1348 sulla capacità adeguata degli Stati membri e il numero massimo di domande che uno Stato membro è tenuto a esaminare con procedura di frontiera ogni anno. Dal 13 giugno 2027 al 14 ottobre 2027, l’Italia potrà invece al massimo esaminare con tale procedura circa 24.000 domande di asilo.

Nonostante alcune resistenze normative (si pensi alla normativa ungherese che non prevede la sospensione del provvedimento di rimpatrio in caso di richiesta di riesame del provvedimento di diniego di asilo) che tradiscono la mancanza di cooperazione effettiva di alcuni Stati membri nell’azione di ricollocamento dei migranti irregolari e dunque il fallimento del sistema Dublino III, va ricordato che durante la crisi dei rifugiati del 2015 la Corte di Giustizia, nella sentenza *Slovacchia e Ungheria c. Consiglio* del 6 settembre 2017 (cause riunite c-643/15 e c-647/15; punto 29)⁴⁷ e nella sentenza *Commissione c. Polonia, Ungheria e Repubblica Ceca* del 2 aprile 2020 (c-715/17, c-718/17 e c-719/17; punti 80, 97, 180 e 181)⁴⁸ pronunciate

⁴⁵ P. De Pasquale, *L’altalenante processo di integrazione dell’Unione europea negli ultimi 25 anni*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, n. spec., 2024, 655 ss.

⁴⁶ P. De Pasquale, *Il Patto per la migrazione e l’asilo: più ombre che luci*, in *Annali AISDUE*, vol. II, 2020, 7ss.; A. Del Guercio, *Canali di accesso protetto al territorio dell’Unione europea: un bilancio alla luce del nuovo Patto su immigrazione e asilo*, in *Dir. um. e dir. int.*, 2021, 137-141.

⁴⁷ A. Circolo, *Il principio di solidarietà tra impegno volontario e obbligo giuridico. La pronuncia della Corte di giustizia (GS) nel caso Slovacchia e Ungheria c. Consiglio*, in *DPCE online*, 2018, 197 ss.; S. Penasa, *La relocation delle persone richiedenti asilo: un sistema legittimo, giustificato e... inattuato? Brevi riflessioni sulla sentenza Slovacchia e Ungheria c. Consiglio*, in *DPCE online*, 2017, 735 ss.

⁴⁸ S. Penasa, *Sovranità nazionali e Rule of Law europea: il bilanciamento sta nelle procedure? Riflessioni a margine della sentenza Commissione c. Polonia, Ungheria e Repubblica Ceca*, in *dirittocomparati.it*, 2 luglio 2020, 1 ss.; A. Nato, *La sentenza Commissione c. Polonia*,

contro i paesi del blocco di Visegrad (Polonia, Ungheria, Repubblica Ceca e Slovacchia) che avevano impugnato le due decisioni della Commissione (n. 2015/1523 e 2015/1601) istitutive il sistema di ricollocamento obbligatorio dei 160.000 richiedenti asilo giunti in Italia e in Grecia⁴⁹, ha precisato che in applicazione dell'art. 80 TFUE esiste un preciso obbligo di solidarietà che si estrinseca nell'obbligo di cooperazione degli Stati membri nella gestione effettiva e adeguata dei migranti irregolari.

Questa giurisprudenza conferma un indirizzo interpretativo risalente: già negli anni Settanta, la Corte di Giustizia aveva affermato l'obbligo di solidarietà come discendente dall'obbligo di rispetto delle regole comuni statuendo che «(...) nel consentire agli Stati membri di trarre vantaggio dalla Comunità, il Trattato impone loro l'obbligo di osservarne le norme. Il fatto che uno Stato, in considerazione dei propri interessi nazionali, rompa unilateralmente l'equilibrio tra i vantaggi e gli oneri derivanti dalla sua appartenenza alla Comunità, lede l'uguaglianza degli Stati membri dinanzi al diritto [dell'Unione] e determina discriminazioni a carico dei loro cittadini (...); questo venir meno ai doveri di solidarietà accettati dagli Stati membri con la loro adesione alla Comunità scuote dalle fondamenta l'ordinamento giuridico» della Comunità economica europea⁵⁰.

Permane, dunque, un'interpretazione della solidarietà in termini di supporto tecnico e finanziario ai Paesi frontalieri, maggiormente impegnati ad accogliere i richiedenti asilo, che si sostanzia in strumenti che funzionano ancora su base volontaria in condizioni di normalità, ma che si tramutano in obbligatori in caso di situazioni emergenziali, come uno sbarco di migranti a seguito di operazioni di ricerca e soccorso in mare, nelle ipotesi di flussi migratori massici verso uno Stato dell'Unione o in caso di arrivi migratori dovuti a gravi crisi nei paesi terzi⁵¹. Inoltre, in tali ipotesi il meccanismo di solidarietà, attivato su intervento della Commissione dopo richiesta dello Stato interessato, sarà obbligatorio in termini di partecipazione dei paesi membri, ma ciascuno di essi potrà decidere in quale misura contribuire con misure accessorie e integrative, se attraverso la ricollocazione dei migranti sul proprio territorio, oppure con un contributo economico al fondo europeo per i rimpatri (20.000 euro a migrante), attrezzature, personale o altro⁵², nell'ottica dell'accelerazione delle procedure di rimpatrio nel rispetto, tuttavia, del contrasto alla fuga e agli spostamenti secondari, che potrebbero dar luogo al trattenimento per motivi di ordine pubblico e di sicurezza.

Permane la criticità di un sistema orientato alla finalità securitaria di contrasto all'immigrazione irregolare in assenza di una funzione di “search

Ungheria e Repubblica Ceca: sovranisti alla prova del meccanismo di ricollocazione dei richiedenti protezione internazionale, in *diriticomparati.it*, 30 aprile 2020, 1 ss.

⁴⁹ G. Morgese, *Nuovo Patto Ue su migrazione e asilo: una solidarietà flessibile, poco incisiva, inutilmente complessa*, in *Quad. cost.*, 2024, 936.

⁵⁰ Corte giust., c-39/72, *Commissione c. Italia*, 7-2-1973, punti 24 e 25; c-128/78, *Commissione c. Regno Unito*, 7-2-1979, punto 12.

⁵¹ P. De Pasquale, *Il Patto per la migrazione e l'asilo: più ombre che luci*, in *Annali AISDUE*, vol. II, 2020, 9ss.; A. Liguori, *Il nuovo patto sulla migrazione e l'asilo e la cooperazione dell'Unione europea con i Paesi terzi: niente di nuovo sotto il sole?*, in *Dir. um. e dir. int.*, 1, 2021, 69ss.

⁵² C. Morgese, *La “nuova” solidarietà europea in materia di asilo e immigrazione: molto rumore per poco?*, in *Federalismi.it*, 2020, 16 ss.

and rescue" europea, messa in luce dalla dottrina⁵³. Una delle sfide più rilevanti considerà proprio nell'implementare a livello nazionale le nuove norme del Patto in modo da assicurare allo straniero l'effettiva garanzia dei suoi diritti fondamentali, a cominciare dallo stesso diritto di asilo, oggi ostacolato da ritardi e inefficienze nella gestione, tanto amministrativa quanto giurisdizionale, delle domande di protezione⁵⁴.

Massima criticità riveste, infatti, nel solco tracciato dal Patto sulla migrazione e l'asilo, la procedura di esternalizzazione dei rimpatri gestita con la cooperazione di paesi terzi che il Patto tende a valorizzare anche accomunando per la prima volta sotto il medesimo trattamento giuridico i migranti irregolari e i richiedenti asilo⁵⁵, in questo aspetto trovando un superamento le contrapposizioni che tanto avevano opposto tra loro i paesi del blocco mediterraneo e i paesi del blocco di Visegrad: allo scopo di arginare il flussi migratori illegali sono stati varati accordi (oggetto di specifici finanziamenti) con paesi terzi (in particolare per l'Italia il Memorandum Italia-Libia del 2 febbraio 2017 e il Protocollo Italia-Albania dell'8 novembre 2023) per la creazione di centri di soccorso rivelatisi luoghi di sistematica violazione dei diritti umani. Particolarmente controverso l'espletamento delle procedure accelerate, ossia con dimezzamento dei termini procedurali e processuali, di allontanamento e di rimpatrio nel centro di Gjader in Albania, una vera e propria enclave costituita per trattenere i migranti privi di valido titolo di ingresso del territorio italiano. Proprio su tali procedure di esternalizzazione delle procedure di rimpatrio si sono accesi i riflettori della Corte di giustizia (Corte giust., c-405/22, 4-10-2024) la quale su rinvio pregiudiziale di una giurisdizione ceca ha precisato che la qualificazione di un Paese come sicuro non sopporta eccezioni di parti del territorio e che il giudice nazionale può sindacare la permanenza delle condizioni per la designazione di un paese sicuro effettuata dall'esecutivo nazionale ex art. 37 della direttiva 2013/32 (che sarà oggetto di abrogazione nel 2026 all'entrata in vigore del nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo), presupposto per l'applicazione della procedura accelerata.

Sulla scorta della decisione della Corte di Giustizia, la Corte di cassazione italiana (Cass., I Sez. civ., 33398/2024), su rinvio pregiudiziale ex art. 363bis c.p.c. del Tribunale di Roma ha stabilito che sussiste il potere del giudice ordinario di disapplicare il decreto ministeriale che individua i Paesi sicuri se «la designazione operata dall'autorità governativa contrasti in modo manifesto con i criteri di qualificazione stabiliti dalla normativa europea o nazionale». Sul versante del principio del primato del diritto eurounitario, la magistratura italiana ha affrontato la "questione Albania" con plurimi strumenti processuali: a seguito della riformulazione con il decreto-legge n. 158/2024 della lista dei paesi sicuri, il Tribunale di Catania (Trib. Catania, Sez. Immigrazione, decr. 4-11-2024) ha optato per la sua disapplicazione in alcuni procedimenti perché ritenuta in contrasto con la direttiva "rimpatri" (direttiva CE n. 2008/115), mentre il Tribunale di Bologna (Trib. Bologna – Sez. Immigrazione, ord. 25-10-2024) e il

⁵³ F. Zorzi Giustiniani, *Da Frontex alla Guardia di frontiera e costiera europea: novità in tema di gestione delle frontiere esterne*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2017, 538.

⁵⁴ P. Bonetti, *Nuovo Patto Ue su migrazione e asilo...*, cit., 930.

⁵⁵ A. Liguori, *Il nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo*, cit., 72 ss.

Tribunale di Roma (Trib. Roma – Sez. Immigrazione, ord. 11-11-2024) hanno presentato rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia ex art. 267 TFUE⁵⁶. Inutile sottolineare che la l. di ratifica n. 14/2024 presenta plurimi profili di incostituzionalità sotto il profilo del diritto di asilo che ha come corollario il diritto di ingresso ex art. 10, comma 3, Costituzione italiana che non differenzia i Paesi se non in relazione alla garanzia dell'esercizio delle libertà democratiche⁵⁷; principio che risulta essere gravemente compromesso dalle modalità di gestione dell'accoglienza dei migranti implementate dal nuovo Patto, anche attraverso le pratiche di esternalizzazione, che confermano il deficit di solidarietà tra gli Stati membri dell'Unione.

Persiste, pertanto, nel nuovo Patto il carattere flessibile del meccanismo di solidarietà, senza la previsione di misure di ricollocamento automatico e obbligatorio dei migranti irregolari. Inoltre, è mancata la modifica del criterio cardine del Regolamento di Dublino ossia il criterio della competenza del paese di primo ingresso, con tutte le conseguenze legate ai respingimenti in massa (si pensi all'Ungheria che nel 2016 ha respinto più del 90% di domande di asilo). Tutto ciò potrebbe causare l'impatto delle procedure di pre-screening in ingresso sui diritti fondamentali dei migranti irregolari, poiché l'aggravio della responsabilità degli Stati di primo ingresso e le procedure di esame delle domande di asilo al confine, potrebbero allungare la permanenza negli hotspot, come già favorito da alcune legislazioni nazionali (in particolare Italia e Francia) a causa della porosità di alcune disposizioni, su cui ci si soffermerà tra breve.

2265

5. Le politiche securitarie di contenimento delle emergenze migratorie: Italia e Francia a confronto

In questo contesto l'esperienza francese e quella italiana sono degli evidenti esempi delle criticità connesse alla disciplina del trattenimento amministrativo e successivo rimpatrio degli stranieri: la normativa, in questo caso, viene usata come misura di contenimento degli ingressi nel territorio nazionale anziché come misura di controllo e monitoraggio dei flussi migratori irregolari, compromette la fondamentale libertà personale, la cui privazione non potrebbe realizzarsi al di fuori delle garanzie giurisdizionali, e risente dell'impostazione securitaria delle politiche migratorie nazionali.

L'impianto normativo della disciplina dei rimpatri in Italia e Francia trova la sua compiuta espressione nel Testo unico sull'Immigrazione (TUI) del 1998 in Italia e nel *Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile* (CESEDA) del 2005 in Francia: tali discipline sono state recentemente oggetto di riforme in senso securitario (e sovente criminalizzante): in Italia con il decreto Cutro (d.l. 20/2023, convertito nella legge n. 50/2023) e con

⁵⁶ C. Siccardi, *Le procedure Paesi sicuri e il protocollo Italia-Albania: tra politica, giudici e Corti*, in *Quad. cost.*, 2024, 905-907; A. Fusco, «Aiutiamoli a casa d'altri»: note critiche sul *Protocollo italoalbanese per la collaborazione rafforzata in materia migratoria*, in *Quad. cost.*, 2024, 166-168.

⁵⁷ M. Bianchi, *Il protocollo Italia-Albania alla prova della più recente giurisprudenza. Riflessioni a partire dal rinvio pregiudiziale del Tribunale di Roma alla CGUE (XVIII Sezione civile – Immigrazione, 11 novembre 2024)*, in *Dir. comp.*, 23-1-2025, 1 ss.

il successivo Decreto Flussi (d.l. n. 145/2024 dell'11 ottobre 2024, convertito nella legge n. 187 del 9 dicembre 2024, recante disposizioni urgenti in materia di ingresso in Italia di lavoratori stranieri, di tutela e assistenza alle vittime di caporale, di gestione dei flussi migratori e di protezione internazionale, nonché dei relativi procedimenti giurisdizionali; di recente modificato dal d.l. n. 48 dell'11 aprile 2025, cd. "decreto sicurezza"⁵⁸); in Francia con la *loi Darmanin* (l. n. 2024-42 du 26-1-2024 pour contrôler l'immigration, améliorer l'intégration), che ha modificato in senso peggiorativo alcune disposizioni del CESEDA, il codice sull'immigrazione francese.

Non ci si dilungherà nell'analisi delle singole discipline, oggetto di plurime e successive riformulazioni legislative che meritano per la complessità e articolazione delle misure una trattazione ad hoc, ma si cercherà di individuare un *fil rouge* che lega le normative italiana e francese in materia di detenzione amministrativa, la più impattante sulla dignità della persona e sulla tutela dei diritti umani. Si può tuttavia rilevare una certa simmetria nelle misure di allontanamento disciplinate nei due corpi normativi richiamati: entrambe le discipline sull'immigrazione prevedono plurimi strumenti volti a respingere l'ingresso o a espellere immigrati irregolari, distinguendo tra:

- a) respingimenti alla frontiera (o *refus d'entrer* nel sistema francese) con conseguente trattenimento alla frontiera e nelle zone di

⁵⁸ Si segnala la sentenza della Corte costituzionale n. 39 del 2025 che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 14, comma 6, del decreto legislativo n. 286 del 1998, come modificato dall'art. 18 bis, comma 1, lett. b), n. 2), del decreto-legge n. 145 del 2024, che ha esteso al procedimento di convalida del trattenimento la procedura camerale del mandato di arresto europeo consensuale, il cui modello processuale non è idoneo ad assicurare «un nucleo minimo di contraddittorio e di difesa» a causa dell'eterogeneità, oggettiva e funzionale, tra il giudizio in materia di mandato d'arresto europeo consensuale» (punto 4.4. in diritto), ritenendo applicabile in via temporanea la procedura del mandato di arresto europeo ordinario più rispettosa del principio del giusto processo. Singolare è la stretta successione temporale della citata sentenza della Corte costituzionale n. 39 del 10 aprile 2025 che ha rafforzato la garanzia degli stranieri rispetto alle procedure semplificate di trasferimento nei centri di trattenimento all'estero e del decreto-legge "Sicurezza" dell'11 aprile 2025, che introduce una svolta securitaria inasprendo le pene di chi compie resistenza passiva nei centri di trattenimento ed equiparando la condizione degli stranieri in regime di trattenimento amministrativo e dunque non condannati (art. 27) a quella dei condannati in regime di detenzione. Siamo al cospetto della rottura del principio della separazione dei poteri attraverso l'uso improprio e costituzionalmente illegittimo della decretazione di urgenza non solo rispetto alle prerogative del Parlamento (considerato che il decreto-legge n. 48 è riproductivo di un disegno di legge in discussione dinanzi al Parlamento, di fatto estromesso dal procedimento legislativo con un colpo di mano e configurandosi un vero e proprio conflitto di attribuzione per menomazione del potere del Parlamento) ma anche rispetto al giudicato costituzionale che viene eluso dal decreto-legge proprio nella finalità di potenziare le garanzie degli immigrati. La Corte di Cassazione con la sentenza n. 17510 del 2025 ha però dichiarato legittima l'equiparazione dei centri di permanenza albanesi con i CPR italiani, ribaltando la giurisprudenza delle corti di appello. Sulla legittimità costituzionale del decreto-legge "sicurezza" la dottrina costituzionalistica italiana ha preso posizione: si veda la rassegna "La lettera" dedicata al tema ed edita sul sito www.associazionedeicostituzionalisti.it, con riflessioni di R. Balduzzi, Q. Carmelengo, O. Spataro, A. Cardone, P. Pinna, P. Carnevale, D. Martire.

transito da parte della polizia di frontiera per gli stranieri privi dei requisiti previsti dalla legge per l'ingresso e il soggiorno (documento di identità, titolo di soggiorno temporaneo per studio o lavoro o motivi di salute ecc.) con obbligo di presa in carico da parte di chi ha condotto lo straniero alla frontiera;

b) respingimento differiti con accompagnamento alla frontiera dei fermati all'ingresso o subito dopo (e perciò destinatari di una misura di espulsione in caso di pericolosità del soggetto o un provvedimento di allontanamento e di divieto di reingresso paragonabile rispettivamente all'*expulsion*, all'*obligation de quitter le territoire* o OQTF e l'*interdiction administrative de retour*);

c) i trattenimenti amministrativi (paragonabili alla *retention administrative*), rivolti a stranieri temporaneamente ammessi ma in attesa di un provvedimento di rimpatrio e per questo trattenuti nei Centri di Permanenza per i Rimpatri o CPR in Italia e i *Centres de Retention Administrative* o CRA in Francia, quando non è possibile l'immediato accompagnamento alla frontiera⁵⁹. Di recente il d.l. n. 48 del 2025 ha irragionevolmente parificato la detenzione amministrativa e la detenzione carceraria;

La Corte costituzionale italiana ha serbato nei confronti dei cc.dd. “respingimenti differiti” un atteggiamento elusivo: nella sentenza n. 275 del 2017 la Corte, pur ammettendo con un monito la necessità di un intervento del legislatore (punto 4 del considerato in diritto⁶⁰), ha dichiarato la questione di costituzionalità inammissibile per difetto di rilevanza, prescindendo dunque da qualunque valutazione nel merito che imporrebbero un serio raffronto tra il respingimento differito e le garanzie imposte dall'art. 13 a tutela della libertà personale (doppia riserva di legge e di giurisdizione), di carattere inviolabile e universale⁶¹. A seguito del monito della Corte

⁵⁹ Sono astrattamente esclusi dall'applicazione di queste misure i richiedenti asilo: in particolare il diritto di asilo, inteso quale protezione dell'individuo per ragioni politiche o umanitarie in caso di compressione o negazione dei diritti e libertà nel proprio paese d'origine, ha una disciplina strutturata su piani normativi diversi, internazionale/sovranazionale (Convenzione di Ginevra del 1951, parametro della politica comune in materia di asilo, come dispone espressamente l'art. 78, comma 1, TFUE) e nazionale. La questione della tutela degli asilanti è particolarmente complessa perché si intreccia con le problematiche connesse all'identificazione dello straniero alla frontiera, che giunge sul territorio sovente sprovvisto di documenti identificativi. Il nuovo Patto sulla migrazione ed asilo tende a uniformare la disciplina degli ingressi allo scopo di velocizzare le procedure di rimpatrio. Per un'accurata disamina delle misure di allontanamento nei due paesi considerati, L. Restuccia, *Politiche migratorie, sicurezza e diritti: Italia e Francia a Confronto*, in DPCE online, 2025, 768ss.

⁶⁰ Punto 4, considerato in diritto: “L'inammissibilità delle questioni non può esimere la Corte dal riconoscere la necessità che il legislatore intervenga sul regime giuridico del respingimento differito con accompagnamento alla frontiera, considerando che tale modalità esecutiva restringe la libertà personale (sent. n. 222/2004 e n. 105/2001) e richiede di conseguenza di essere disciplinata in conformità all'art. 13, terzo comma, Cost.”.

⁶¹ V. Carlino, *Il respingimento differito dello straniero tra profili di incostituzionalità e occasioni mancate di rettifica* (Nota a Corte cost., sent. n. 275/2'17, in *Federalismi.it*, 2018, 1 ss.; P. Bonetti, *Il respingimento differito disposto dal Questore dopo la sentenza n. 275/2017 della Corte costituzionale*, in *Dir. imm. e citt.*, 2018, 1 ss.

Costituzionale contenuto nella sentenza n. 275/2017, il legislatore italiano ha cercato di colmare le lacune evidenziate dal giudice delle leggi, inserendo nell'art. 10 del TUI con la l. n. 132/2018 i commi da 2-bis a 2 sexies, che disciplinano i divieti di reingresso degli espulsi, e il comma 1bis introdotto dall'art. 18 del d.l. n. 69/2023, convertito con modificazioni dalla l. n. 103/2023, che riconosce allo straniero il diritto a ricorrere al giudice amministrativo contro il provvedimento di respingimento alla frontiera, dando corpo al diritto di difesa che l'art. 24 della Costituzione italiana riconosce a "tutti", cittadini e stranieri. Si è così cercato di colmare un vuoto di tutela giurisdizionale cui le Sezioni Unite della Corte di cassazione aveva cercato di porre rimedio con un regolamento di giurisdizione, affermando la giurisdizione del giudice ordinario e considerato che il respingimento può concretamente incidere sui diritti soggettivi⁶².

Tornando alle misure di esecuzione dell'allontanamento, nonostante l'esigenza di un bilanciamento tra democrazia, solidarietà e sicurezza in un ambito nel quale sono in gioco diritti e libertà di persone altamente vulnerabili, tanto in Francia quanto in Italia l'obiettivo perseguito dalle discipline sull'immigrazione è la sicurezza dello Stato: l'art. 14 del TUI italiano dispone che, quando non è possibile eseguire la misura espulsiva con immediato accompagnamento alla frontiera a causa di situazioni che ostacolano il rimpatrio o l'allontanamento, il questore dispone il trattenimento dello straniero in un centro di permanenza, e l'art. L. 744-1 del CESEDA dispone il trattenimento amministrativo in centri chiusi e sorvegliati dalla *gendarmerie nationale*, sottoposti al controllo dell'autorità giudiziaria, che deve convalidare il trattenimento entro quattro giorni. Trovano così una giustificazione i contestati CPR⁶³ italiani (così rinominati dal decreto Minniti-Orlando del 2017, già noti come Centri di Permanenza Temporanea o CPT istituiti dalla Legge Turco-Napolitano del 1998) e i CRA francesi, che presentano tuttavia una rilevante differenza di normazione, considerato che questi ultimi, essendo stati qualificati come centri chiusi, dunque assimilabili alla detenzione carceraria, sono sottoposti all'applicazione delle procedure a garanzia della libertà personale degli immigrati (riserva di legge e riserva di giurisdizione).

Una particolare criticità riguarda i tempi di detenzione.

In Italia si registra una particolare porosità delle disposizioni legislative: l'art. 14 TUI rimanda alle fonti di secondo grado la disciplina delle modalità di trattenimento contenute nell'art. 21, comma 8, del Regolamento di attuazione del TUI, che a sua volta rimette l'adozione della disciplina di dettaglio al Prefetto e al Questore, in attuazione delle direttive impartite con il decreto dal Ministro dell'Interno del 19 maggio 2022 ("Criteri per l'organizzazione e la gestione dei centri di permanenza per i rimpatri previsti dall'art. 14 del d.lgs. n. 286/1998 e successive modificazioni"): si assiste così alla sostanziale decostituzionalizzazione della disciplina dei trattenimenti degli stranieri attraverso l'elusione del principio

⁶² Cass., SU, n. 14502 del 2013. Per un commento alla decisione, G. Savio, *La Cassazione attribuisce al giudice ordinario la cognizione sulla legittimità dei respingimenti differiti*, in *Dir. imm. e citt.*, 2013, 81 ss.

⁶³ Così rinominati dal decreto Minniti-Orlando del 2017, già noti come Centri di Permanenza Temporanea o CPT istituiti dalla Legge Turco-Napolitano del 1998.

di legalità sul piano formale e del principio di solidarietà sul piano sostanziale, inducendo autorevole dottrina a parlare di “insostenibilità costituzionale”⁶⁴ dell’attuale sistema italiano del diritto degli stranieri per violazione della riserva di legge prevista dall’art. 13 Costituzione italiana.

Anche in Francia sotto questo aspetto, si delinea una certa porosità della disciplina sotto il profilo dell’individuazione dell’autorità competente a emettere la decisione di collocamento di uno straniero nel CRA, finalizzato a trattenere lo straniero «*que pour le temps strictement nécessaire à son départ*»⁶⁵ al fine organizzare la partenza verso il Paese di origine, purché sicuro. Le modifiche intervenute nel 2024, tuttavia, incidono su una pluralità di disposizioni del CESEDA (Art. L. 741-1-I; Art. L. 741-10 e Art. L. 742-1) che denotano ancora una volta due problematiche, quella dei tempi di intervento del Giudice e quella della durata massima del trattenimento. La decisione di collocamento in un CRA potrà, infatti, essere disposta dal Prefetto per un periodo iniziale di quattro giorni (e non più quarantotto ore) (Art. L. 741-1-I). Entro questo termine dovrà intervenire il Giudice ordinario – su istanza dell’amministrazione o dello stesso straniero (Art. L. 741-10) – il quale entro quarantotto ore di tempo dovrà decidere se prolungare il trattenimento per ulteriori ventisei giorni (e non più ventotto giorni) decorrenti a partire dallo spirare dei quattro giorni (Art. L. 742-1)⁶⁶.

Questo obbligo di legge rischia di essere aggirato nei fatti dall’allungamento del periodo di trattenimento entro il quale deve obbligatoriamente intervenire l’Autorità giudiziaria (da quarantotto ore a quattro giorni) effettuato dalla *loi Darmanin*. Al contempo, l’allungamento dei tempi di decisione dell’autorità giudiziaria si pone in contrasto con la decisione della Corte EDU *A.M. c. Francia* del 2016 che ha condannato la Francia ex art. 5, § 4, della Convenzione, perché il ricorrente era stato espulso prescindendo da qualsivoglia esame sulla legittimità del provvedimento di espulsione da parte del Giudice ordinario⁶⁷.

2269

E qui giungiamo alla massima criticità delle due riforme consistenti nell’elusione dei limiti al trattenimento per il tempo necessario al rimpatrio. In Italia, il «decreto Cutro» del 2023 interviene su due fronti: prolunga la durata massima⁶⁸ ed aumenta i casi di trattenimento previsti dal d.lgs. n. 142 del 2015 facendo perno sulla nozione sfuggente di “rischio di fuga”⁶⁹. Per

⁶⁴ P. Bonetti, *L’attuale sistema italiano del diritto degli stranieri e la sua insostenibilità costituzionale. Proposte di riforma per governare l’immigrazione*, in M. Bonini, S. La Porta (cur.), *Quale governo per le migrazioni?*, Atti del seminario di studi interdisciplinari 20 novembre 2020 Università degli Studi di Milano Bicocca, Torino, 2022, 48 ss.

⁶⁵ Art. L. 741-3 del CESEDA.

⁶⁶ L. Restuccia, *Politiche migratorie, sicurezza e diritti...*, cit. 776.

⁶⁷ Corte EDU, *A.M. c. Francia*, 12-10-2016, §§ 36-43. Tra le ultime si v. Corte EDU, *Compaoré c. Francia*, 7-9-2023.

⁶⁸ Il Governo è intervenuto più volte sull’art. 14, comma 5, del TUI allungando i termini massimi di trattenimento. Da ultimo, il «decreto Cutro» (art. 10-*bis*) ha esteso il trattenimento sino a 18 mesi rispetto ai 3 mesi precedenti. La nuova disciplina non si applica ai cittadini stranieri richiedenti asilo, per i quali attualmente la legge (art. 6 del d.lgs. n. 142/2015) prevede lo spazio temporale di 12 mesi come termine massimo di trattenimento.

⁶⁹ La legge del 5 maggio 2023, n. 50, di conversione del “decreto Cutro” (d.l. n. 20/2023), amplia la portata della nozione di “rischio di fuga” dell’art. 13, comma 4-*bis*, del TUI, includendo, caso per caso, il mancato possesso del passaporto o di altro

quanto riguarda la Francia, la legge del 2024, tra i presupposti alla proroga eccezionale di trenta giorni disposta dall'autorità giudiziaria indicati dall'art. L. 742-4, aggiunge il «*cas d'urgence absolue ou de menace pour l'ordre public*». Inoltre, aumentano di numero i casi nei quali è possibile predisporre le proroghe eccezionali di una durata di quindici giorni previste dagli artt. L. 742-5 e L. 742-6 del CESEDA. In breve, il tempo complessivo del trattenimento è dilatato a tal punto da poter raggiungere, in casi eccezionali, i settantacinque giorni, che resta un termine molto più contenuto rispetto al periodo massimo di trattenimento amministrativo in Italia dei 18 mesi. Sotto il profilo del rischio di fuga, anche in Francia la *loi Darmanin* contempla «*risque de soustraction à l'exécution de la décision d'éloignement*» come uno dei presupposti per l'applicazione della misura di detenzione amministrativa (art. 741-1-I del CESEDA). Ciò conferma la tendenza delle legislazioni italiana e francese a trattare la disciplina dell'immigrazione come una questione di ordine pubblico⁷⁰.

6. Conclusioni

Indubbiamente la torsione securitaria delle legislazioni italiana e francese sulla regolamentazione dei flussi migratori, evidente sin dalle riforme degli anni novanta, mostra una linea di tendenza che inclina verso la tutela della sicurezza, comprimendo la garanzia dei diritti: questo risulta particolarmente evidente dall'ampia discrezionalità di cui gode l'amministrazione prefettizia nel valutare il rischio di fuga sulla base di indici presuntivi (ad esempio sottrarsi alla procedura di identificazione, mancato possesso di documenti di identificazione) e nel fissare i termini del trattenimento nei centri di detenzione amministrativa (CPR e CRA).

Ciò emerge dalla legislazione francese del 2024 che ha completato il primo *alinea* dell'art. L. 613-1, inserendo l'inciso che l'espulsione o altra misura «*est édictée après vérification du droit au séjour, en tenant notamment compte de la durée de présence de l'étranger sur le territoire français, de la nature et de l'ancienneté de ses liens avec la France et des considérations humanitaires pouvant justifier un tel droit*». In questo modo, di fronte alla minaccia di una potenziale lesione all'*ordre public*, la scelta di un provvedimento di allontanamento è rimessa totalmente alla discrezionalità dell'autorità amministrativa, con conseguente diversificazione di tutele sul piano nazionale, rendendo ancora

documento equipollente, in corso di validità, l'avere in precedenza dichiarato o attestato falsamente le proprie generalità e il non avere ottemperato ad uno dei provvedimenti emessi dalla competente autorità. Diversa disciplina riguarda i richiedenti protezione internazionale, la cui restrizione della libertà personale attraverso la permanenza nei CARA (centri di accoglienza per i richiedenti asilo) è ammessa solo se essa sia necessaria per «determinare gli elementi su cui si basa la domanda di protezione internazionale che non potrebbero essere acquisiti senza il trattenimento» (art. 6, comma 2, lett. D, d.lgs n. 142/2015, cd. “Decreto accoglienza” oggetto di plurime successive modifiche legislative, da ultimo il decreto “sicurezza” n. 113/2018).

⁷⁰ La definizione di rischio di fuga è esplicitata nell'art 3, n. 7, della Direttiva “rimpatri” (direttiva UE n. 2008/115): “«rischio di fuga» la sussistenza in un caso individuale di motivi basati su criteri obiettivi definiti dalla legge per ritenere che un cittadino di un paese terzo oggetto di una procedura di rimpatrio possa tentare la fuga”.

più precaria la condizione di vulnerabilità degli stranieri e incerto lo Stato di diritto.

Tutti questi elementi non sono stati valutati dal Consiglio costituzionale adito sulla *loi Darmanin*, il quale ha ritenuto che il Legislatore abbia al contrario garantito «une conciliation qui n'est pas manifestement déséquilibrée entre l'objectif de valeur constitutionnelle de prévention des atteintes à l'ordre public» e gli altri diritti come quello al rispetto alla vita privata e familiare⁷¹, confermando una risalente e consolidata giurisprudenza costituzionale avara in tema di protezione della libertà personale dello straniero⁷². L'evanescenza delle formulazioni normative accentua il carattere arbitrario delle valutazioni dell'autorità amministrativa: emblematico appare il richiamo operato dal Conseil constitutionnel nella decisione n. 2023-863 DC, che reputa motivo sufficiente a ridurre, se non proprio annullare, la protezione dello straniero rispetto ai paesi terzi d'origine destinatari della misura di allontanamento, «la violation délibérée et d'une particulière gravité des principes de la République» di cui all'art. L. 631-3 del CESEDA tale da integrare gli estremi un «comportement de nature à porter atteinte aux intérêts fondamentaux de l'Etat» confermando la torsione securitaria della disciplina sull'immigrazione.

Questa posizione della Corte costituzionale francese sembra disattendere la consolidata giurisprudenza della Corte EDU in virtù della quale gli Stati sono titolari della funzione di controllo dei loro confini e, tuttavia, l'espulsione dello straniero trova un limite invalicabile nel rispetto dei diritti umani universalmente riconosciuti. L'art. 3 della CEDU rappresenta infatti un limite invalicabile anche dinanzi alla minaccia terroristica, per respingere la quale si considera legittimo che gli Stati «fassent preuve d'une grande fermeté à l'égard de ceux qui contribuent à des actes de terrorisme, qu'elle ne saurait en aucun cas cautionner»⁷³. E la violazione

⁷¹ Conseil const., déc. n. 2023-863 DC du 25-1-2024, *Loi pour contrôler l'immigration, améliorer l'intégration*, cons. 133. Tra i molti, si segnalano i commenti di V. Tchen, *Réforme du droit des étrangers du 26 janvier 2024: chronique d'une odyssée législative atypique*, in *La Semaine juridique. Édition générale*, 2024, 394 ss.; S. Slama, *Décision n° 2023-863 DC sur la loi immigration intégration: une décision cavalière mais sans panache constitutionnel*, in *La Gazette du Palais*, 2024, 19-22; J. Bonnet, P.-Y. Gahoun, *L'art de l'esquive*, in *AJDA*, 2024, 650 ss.

⁷² Il Consiglio costituzionale sottolinea con una giurisprudenza costante che se da una parte lo straniero non può vantare un diritto al soggiorno sul territorio nazionale che può essere oggetto di restrizioni normative, dall'altra il Legislatore deve rispettare le libertà e i diritti fondamentali di valore costituzionale riconosciuti a coloro che risiedono sul territorio dello Stato, da conciliare tuttavia con la salvaguardia dell'ordine pubblico prevenendo eventuali minacce alla sicurezza (Conseil const., déc. n° 93-325 DC du 13-8-1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, cons. 2 e 3; Conseil const., déc. N. 2003-484 DC du 20-11-2003, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité*, cons. 28 e 29; Conseil const., déc. n. 2018-770 DC du 6-9-2018, *Loi pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie*, cons. 87; déc. n. 2021-823 DC du 13-8-2021, *Loi confortant le respect des principes de la République*, cons. 50 e 51).

⁷³ Corte EDU, *K.I. c. Francia*, 15-4-2021, § 118. Analogamente si v. Corte EDU, *Daoudi c. Francia*, 3-12-2009, § 65; *A.M. c. Francia*, 29-4-2019, § 112; *O.D. c. Bulgaria*, 10-10-2019, § 46; *W. c. Francia*, 30-8-2022, § 64.

dell'art. 3 CEDU si profila quando vi sia il *rischio reale*⁷⁴ che l'espulso sia sottomesso a trattamenti inumani e degradanti nel suo Paese di origine⁷⁵.

Torna qui la cruciale questione dell'individuazione dei Paesi terzi sicuri, la cui definizione è contenuta nell'art. 37 della direttiva n. 2013/32, che pone quale precondizione l'assenza nel paese di destinazione di rischio di trattamenti disumani o degradanti: l'esigenza di addivenire a una regolamentazione integrata a livello europeo che definisca con chiarezza i limiti all'espulsione (e tra questi limiti va inserita l'individuazione da parte della misura di allontanamento di un paese di destinazione che garantisca, nel contenuto minimo, la tutela della persona nella dimensione fisica e psichica), è stata accolta dalla Commissione europea nel recente Patto sulla migrazione e l'asilo del 2023, considerato che il sistema vigente, fondato sulla condivisione e sull'equa ripartizione delle responsabilità di accoglienza fra tutti gli Stati membri dell'Unione, ha mostrato la sua inadeguatezza⁷⁶.

Inoltre, giova ricordare che la competenza dell'Unione Europea in materia di immigrazione e asilo è di tipo concorrente, quindi, a norma dell'art. 72 TFUE, la disciplina volta alla creazione dello spazio di sicurezza, libertà e giustizia «non osta all'esercizio delle responsabilità incombenti agli Stati membri per il mantenimento dell'ordine pubblico e la salvaguardia della sicurezza interna». Invero, tale disposizione mantiene in capo agli Stati membri la competenza in merito alla gestione dei soggiorni e degli allontanamenti dei migranti giunti ai confini nazionali, comportando un elevato rischio di violazioni dei diritti umani, il cui nucleo si rinvie nel divieto di trattamenti inumani e degradanti, nel divieto di espulsioni collettive e nel rispetto di regole procedurali di civiltà giuridica, da parte dei Paesi membri⁷⁷.

La tutela dei diritti umani della persona, nella quale si compendia il principio del rispetto della dignità umana, non può in alcun modo cedere il passo a politiche che invertano il rapporto tra diritti e sicurezza giuridica: se si considera che la garanzia dei diritti umani ha un valore assoluto nelle democrazie contemporanee in quanto poggia sul principio fondamentale della dignità umana che è la radice da cui si alimenta la solidarietà, la difesa della sicurezza giuridica legata agli stati di emergenza non può che avere un contenuto relativo, temporaneo e contestuale.

⁷⁴ I Giudici di Strasburgo hanno anche specificato quando il rischio è reale, ad esempio, in Corte EDU, *Soering c. Regno Unito*, 7-7-1989, § 91; *H.R. c. Francia*, 22-9- 2011; *G.S. c. Bulgaria*, 4-4-2019; *N.D. e N.T c. Spagna* [GC], 13-2-2020, § 184; *Iouisson c. Francia*, 4-8-2022.

⁷⁵ Corte EDU, *K.I. c. Francia*, 15-4-2021, § 117, commentata da A. Ernoux, *Éloignement d'un réfugié terroriste: le jeu des plaques tectoniques (obs. sous Cour eur. dr. h., arrêt K.I. c. France, 15 avril 2021)*, in *Revue trimestrielle des droits de l'Homme*, 2022, 331 ss. Analogamente, Corte EDU, *Daoudi c. Francia*, 3-12-2009, § 71; *F.G. c. Svezia* [GC], sentenza 23-3-2016, § 111; *A.M. c. Francia*, 29-4-2019, § 113; *Khasanov et Rakhmanov c. Russia* [GC], 29-4-2022, § 139; *Sanchez-Sanchez c. Regno Unito* [GC], 3-11-2022, § 100; più di recente *M.N. c. Turchia*, 21-6-2022; *Akkad c. Turchia*, 21-6-2022 *R. e W. c. Francia*, 30-8-2022; *S. c. Francia*, 6-10-2022.

⁷⁶ M.I. Papa, *Crisi dei rifugiati, principio di solidarietà ed equa ripartizione delle responsabilità tra gli Stati membri dell'Unione europea*, in *Costituzionalismo.it*, 2016, 295.

⁷⁷ E. Cavasino, *Diritti, sicurezza, solidarietà e Responsabilità nella protezione della persona migrante*, in *Federalismi.it, Focus Human Rights*, 2018, 1 ss.

È possibile suffragare questa affermazione se si guarda alla nozione polisemica di sicurezza, l'altra faccia degli stati di emergenza, che essendo strettamente connessa al concetto di rischio, risente della mutevolezza di quest'ultimo: sarebbe velleitario ritenere che la sicurezza possa essere un concetto assoluto, considerato che essa non può mai essere piena e totale e che in una società che progredisce i rischi si moltiplicano e si connettono allo sviluppo della società.

In questo senso il principio di solidarietà, prima evocato come canone ermeneutico generale, correttamente antepone la garanzia dei diritti alle esigenze, pur legittime di sicurezza, che devono però trovare un bilanciamento: altrimenti il rischio è quello del progressivo scivolamento verso formule statolatre lontane dalla concezione del costituzionalismo europeo (fondato sul primato dei diritti inviolabili) e improndate all'idea che lo Stato viene prima delle persone, in radicale contrasto con l'idea per cui è lo Stato in funzione dei diritti della persona e non il contrario.

Da questo angolo di osservazione, in nome della tutela dell'«ordine pubblico» (e della sicurezza) molte delle garanzie riconosciute all'interno del moderno Stato di diritto sembrano essere venute meno. Quanto sopra rilevato porta almeno a interrogarsi sulle possibili strade alternative da intraprendere nella gestione delle crisi migratorie, riscoprendo il senso ultimo del *vivre ensemble*, della solidarietà nella sua valenza relazionale, di principio-base che contribuisce a ridurre il conflitto sociale e a estendere la portata normativa di principi costituzionali universali che si proiettano oltre la singola generazione, oltre il singolo Stato: ancora una volta la via maestra resta la tutela della dignità umana, considerando che «quando si incominciano a limitare i diritti fondamentali, anche di pochi, anche solo di quelli che non vogliamo come vicini di autobus, o di casa, la maggioranza che urla invocando sicurezza e ordine dovrebbe cominciare a preoccuparsi, dovrebbe cominciare ad avere paura, ma di sé stessa»⁷⁸.

Marina Calamo Specchia
Dipartimento di Giurisprudenza
Università degli Studi di Bari Aldo Moro
marina.calamospecchia@uniba.it

⁷⁸ R. Mazzola, *Diritto alla paura e doveri di solidarietà sociale nel quadro normativo italiano vigente. Una difficile convivenza*, in *Quad. dir. e pol. eccl.*, 2019, 371.

