

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza

Fascicolo n. 1/2017

LA “CRISI DEI RIFUGIATI” COME SFIDA PER IL SISTEMA GIURIDICO E LA LEGITTIMITÀ ISTITUZIONALE

di Daniel Thym

Abstract: Gli eventi che hanno caratterizzato il 2015 e l'inizio del 2016 hanno rivelato carenze strutturali della politica di asilo dell'Unione europea, che consentono di inquadrare la c.d. “crisi dei rifugiati” come un problema di integrazione attraverso il diritto. L'analisi di tali carenze sistemiche e delle cause sottostanti evidenzia insidie normative e politiche con cui qualsiasi tentativo di superare la crisi dovrà confrontarsi. Il presente contributo intende mettere in luce le ragioni per le quali appare necessaria una riforma, ad opera delle istituzioni europee, delle norme così come della governance, una sfida che le recenti proposte della Commissione hanno iniziato ad affrontare. Tuttavia la “crisi dei rifugiati” non riguarda solamente il quadro normativo e la sua attuazione: l'Unione europea dovrà prestare molta attenzione a non rimanere intrappolata in un circolo vizioso di risultati insufficienti e contestazioni politiche, che complicherebbe la soluzione degli attuali limiti di governance.

Abstract: Events during 2015 and early 2016 revealed structural deficiencies at the heart of the EU's asylum policy, which allow us to reconstruct the “refugee crisis” as a problem of integration through law. The analysis of systemic shortcomings and underlying explanations highlights regulatory and political pitfalls which any attempt to overcome the crisis will have to confront. It will be shown that the EU institutions have to reform both legal rules and governance structures, a challenge the recent Commission Proposals have started addressing. Yet the “refugee crisis” is about more than legal design and compliance: the EU must be careful not to get trapped in a vicious circle of output deficits and political contestation, which complicates the resolution of existing governance deficits.

LA “CRISI DEI RIFUGIATI” COME SFIDA PER IL SISTEMA GIURIDICO E LA LEGITTIMITÀ ISTITUZIONALE

di Daniel Thym*

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Le carenze strutturali del Sistema comune europeo di asilo. – 2.1. Sette spiegazioni per la crisi del SECA. – 2.2. L’inadeguatezza del metodo di integrazione classico. – 2.3. Il carattere operativo delle politiche di asilo e di controllo dei confini. – 3. Risposte politiche a livello sopranazionale. – 3.1. Rafforzamento delle agenzie esistenti. – 3.2. Revisione del quadro legislativo. – 3.3. La riforma del regolamento Dublino III. – 4. Legittimazione del processo decisionale sopranazionale. – 4.1. Le basi costituzionali della politica di asilo europea. – 4.2. La sfida populista alla politica europea di asilo. – 5. Conclusioni.

1. Introduzione

I cambiamenti si presentano spesso come un processo graduale che evolve sotto la superficie, prima di esplodere in maniera critica esponendo le fondamenta concettuali. La “crisi dei rifugiati” rappresenta uno di questi momenti per il Sistema europeo comune di asilo (SECA), con ripercussioni sull’intero progetto europeo.

La relazione tra il discorso giuridico e il dibattito all’interno della società può ingenerare dinamiche in base alle quali l’adattamento comporta balzi evolutivi,¹ che non necessariamente si accordano con la visione moderna del cambiamento, inteso come un processo lineare.² Vicoli ciechi, momenti di stasi e declino sono concettualmente possibili tanto quanto uno sviluppo positivo.

Gli eventi del 2015 e inizio 2016 hanno rivelato le carenze strutturali al cuore delle politiche europee di asilo.

Esse vanno messe in relazione con il più ampio dibattito sul metodo di integrazione sovranazionale (par. 2), contribuendo in tal modo a spiegare perché quest’ultimo non appare in grado di assicurare risultati adeguati nel campo dell’asilo (par. 3). Anche se le strutture normative di *governance* possono essere adattate, rimane da chiarire se il processo decisionale sovranazionale possa conseguire un grado sufficiente di legittimazione, idoneo a coagulare e mantenere un consenso trasversale sulla protezione dei rifugiati (par. 4).

* Professore di Diritto pubblico, europeo e internazionale e Direttore del Centro di ricerca sul Diritto di asilo e immigrazione all’Università di Costanza.

1. Cf. B. Ackerman, *We, the People*. Vol. 2 (Harvard UP, 1998).

2. V.J. Ferguson, *Decomposing Modernity*, in: *ibid.* (ed) *Global Shadows* (Duke UP 2006), pp.176-193.

2. Le carenze strutturali del Sistema comune europeo di asilo

Le carenze del Sistema comune europeo di asilo, per quanto attiene alle norme e alla loro attuazione, sono ben conosciute e sono già state affrontate e descritte da altri autori.³ Anziché ribadirle, questo contributo esplorerà fattori più profondi che potrebbero chiarire l'infelice stato delle cose e li metterà in rapporto con considerazioni più ampie relative al metodo di integrazione "comunitario" alla luce del carattere prevalentemente operativo delle politiche di asilo e di controllo delle frontiere.

2.1. Sette spiegazioni per la crisi del SECA

Nel corso degli ultimi mesi è diventato evidente che il SECA soffre di carenze strutturali non riconducibili solo al mancato rispetto delle norme europee, riscontrabile anche in altri ambiti. Questi limiti coinvolgono tanto l'elaborazione quanto la successiva attuazione delle norme UE, rispecchiando esperienze simili nell'Unione monetaria e riguardo allo Stato di diritto. Dietro una situazione tanto insoddisfacente, si possono individuare almeno sette ragioni.

Innanzitutto, è risaputo che le norme volte ad identificare lo Stato competente all'esame delle domande, alla base del c.d. "Sistema Dublino", sono asimmetriche. Il criterio del primo ingresso può aver penalizzato la Germania al momento della redazione della Convenzione,⁴ ma opera da anni a detrimento degli Stati dell'Europa meridionale ed orientale. Se anche le criticità legate all'attuazione del Sistema hanno comportato spostamenti dei richiedenti asilo sempre più in avanti, alleggerendo così, nella pratica, gli oneri degli Stati di primo ingresso, questo non elimina il pregiudizio strutturale delle norme che regolano la competenza in materia di asilo. Gli Stati membri posizionati ai confini esterni ricevono solo incentivi minimi al rispetto delle regole.

In secondo luogo, il SECA soffre di un deficit di solidarietà. Seppure l'art. 80 TFUE preveda che le politiche dell'Unione «sono governate dal principio di solidarietà e di equa ripartizione della responsabilità tra gli Stati membri», i contorni di questa previsione rimangono astratti, poiché da tale disposizione non si ricavano obblighi definiti e

3. V. Editorial Comments, *From Eurocrisis to Asylum and Migration Crisis*, CML Rev. 52 (2015) pp. 1437-1450; e Maarten den Heijer et al., *Coercion, Prohibition, and Great Expectations*, CML Rev 53 (2016), pp. 607-642.

4. Nel 1990 la maggior parte dei richiedenti asilo entrarono nell'allora CEE attraverso l'Europa dell'Est (Austria e altri erano ancora fuori dall'allora CEE) in Germania che ricevette la stragrande maggioranza delle richieste di asilo durante i primi anni '90; v. anche G. Noll, *Negotiating Asylum* (Martinus Nijhoff, 2000), pp. 263-352.

giustiziabili.⁵ Dalla lettera della norma si deduce che il meccanismo di attuazione e il grado di solidarietà tra gli Stati sono determinati essenzialmente nel processo legislativo, che fino ad oggi si è focalizzato sugli aspetti finanziari e sul supporto operativo attraverso le Agenzie dell'Unione. Invero, prima dell'adozione, nel 2015, delle decisioni sul ricollocamento, il Sistema Dublino non contemplava alcun meccanismo correttivo di solidarietà per la ripartizione delle responsabilità.

Come terzo punto rilevante, si sottolinea come alcuni Stati membri dell'Europa meridionale ed orientale non abbiano maturato molta esperienza come Paesi di destinazione dei richiedenti asilo, essendo divenuti destinatari di più copiosi flussi migratori solo di recente.⁶ In alcuni Stati membri, inoltre, mancano probabilmente le capacità amministrative e/o la volontà politica necessari all'istituzione di un Sistema di asilo funzionante, per diverse ragioni tra cui appunto la asimmetria strutturale del Sistema Dublino.⁷ Le iniziative legislative a livello europeo non si sono tradotte in prassi amministrative operative. Insomma le carenze del SECA sono numerose e risalenti e concernono il profilo della conformità e dell'attuazione.

Il quarto aspetto da considerare riguarda i risultati che le politiche di controllo dell'immigrazione possono effettivamente conseguire, poiché molti fattori, che pure influenzano significativamente gli spostamenti transnazionali, restano fuori dalla portata dei Paesi di destinazione.⁸ Nonostante un indubbio impatto delle politiche statali sul volume e sulla direzione dei movimenti, esse non saranno mai in grado di controllarli completamente, dipendendo questi anche da fattori contestuali e difficilmente determinabili. I migranti sviluppano inoltre modalità elusive, ad esempio sottraendosi al rilevamento delle impronte digitali o facendo ingresso attraverso il canale più debole nella catena di controllo; da parte loro gli Stati cercano di adattare le politiche di controllo per rendere più difficili gli ingressi irregolari.⁹ Nonostante questi limiti, la chiusura della rotta balcanica e la cooperazione tra Turchia e Unione europea hanno dimostrato che le

5. Si noti che l'art. 80 TFUE obbliga le istituzioni europee ad adottare "misure appropriate" "ogniquale volta necessario", lasciando così un ampio margine di valutazione; v. K. Hailbronner e D. Thym, *Legal framework for Asylum Policy*, in: *ibis* (eds), *EU Immigration and Asylum Law. Commentary*, 2° ed. (C.H. Beck/Hart/Nomos 2016), par. 41-44.

6. Cfr R. Byrne et al. *New Asylum Countries?* (Kluwer 2002).

7. A. Triandafyllidou, *Greek Migration Policy in the 2010's*, *Journal of European Integration* 36 (2014), p. 409 ss. e specialmente pp. 419-422 traccia la resistenza politica nel dibattito nazionale Greco.

8. V. Eiko R. Thielemann, *How effective are national and EU policies in the area of forced migration?*, *Refugee Survey Quarterly* 31 (2012), p. 21 ss. e specialmente pp. 25-28.

9. V. Rey Koslowski, *Economic Globalization, Human Smuggling, and Global Governance*, in D. Kyle e *ibid.* (eds), *Global Human Smuggling*, 2° ed (John Hopkins UP, 2011), pp. 337-358.

politiche statali hanno un impatto: gli arrivi attraverso la c.d. rotta del Mediterraneo orientale si sono drasticamente ridotti nei primi mesi del 2016.¹⁰

In quinto luogo, molte previsioni normative si sono rivelate inadeguate: come per l'unione monetaria, esse si sono fondate su presupposti irrealistici. Il SECA è stato concepito in un momento in cui la riduzione delle domande di asilo aveva indotto a ritenere che una protezione effettiva potesse essere meglio conseguita attraverso procedure articolate e standard elevati¹¹, in contrasto con la reazione iniziale alla guerra civile in Jugoslavia quando l'Europa perseguì un'agenda di protezione generalizzata sulla base di procedure semplificate.¹² Gli eventi del 2015 e 2016 hanno mostrato come anche pubbliche amministrazioni efficienti possano essere sopraffatte da un aumento considerevole del numero di domande di asilo.¹³ Il SECA si fonda su un quadro normativo non sempre capace di adattarsi a contesti mutevoli.

Sesto, la normativa dell'Unione in materia di asilo si scontra con un dilemma originario poiché l'Unione europea è stata tradizionalmente definita dall'obiettivo di superare lo Stato nazionale: l'Unione è nota e celebrata per aver considerevolmente ridotto il valore delle frontiere interne tra un numero sempre maggiore di Stati membri. L'Unione dovrà quindi trovare un modo per incanalare nel dibattito politico e giuridico sulle politiche migratorie, gli impulsi contrastanti che traggono origine dall'eredità *post*-nazionale e dalle istanze di governo particolariste.¹⁴

In ultimo, il SECA istituisce una «area comune di protezione e solidarietà»¹⁵ solo sulla carta. Esistono infatti molteplici differenze tra i diversi Sistemi di asilo nazionali, conseguenza delle carenze nell'attuazione, di standard minimi e dell'attenzione posta al trattamento equo nelle norme sulle condizioni di accoglienza.¹⁶ A ciò si aggiunga che le decisioni di viaggio sono influenzate anche dalla diversa attrattiva economica e sociale

10. V. i dati costantemente aggiornati del UNHCR: <http://data.unhcr.org/mediterranean/country.php?id=83> (ultimo accesso 12 ottobre 2016); gli arrivi in Italia sono rimasti allo stesso livello dell'anno precedente e la maggior parte delle persone proviene dall'Africa Sub-sahariana (al contrario Siriani e Afghani hanno spostato le loro rotte di viaggio verso ovest).

11. V. Brunessen Bertrand, *De quelques paradoxes de la directive procedures. Aspects de droit européen*, *Revue trimestrielle de droit européen* 2016, pp. 21-34; e K. Hailbronner, *Asyl in Europa - wenn, wie, wann, wo?* *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 12 ottobre 2015, p. 6.

12. Cfr l'idea di «Protezione temporanea» contenuta nella direttiva 2001/55/EC, che è stata la prima misura sovranazionale adottata per realizzare il SECA, ma rimasta lettera morta dato che ad oggi non è mai stata utilizzata.

13. In Germania molti richiedenti asilo hanno dovuto attendere fino a sei mesi (!) dopo la registrazione, prima di poter presentare la domanda ufficiale, nonostante un aumento considerevole del personale.

14. Sul quadro costituzionale, v. D. Thym *EU Migration Policy and its Constitutional Rationale*, *CML Rev.* 50(2013), pp. 709-736.

15. Programma di Stoccolma, Consiglio doc. 5731/10 del 3 marzo 2010, p. 114.

16. V. anche Heijer e altri (nota 3), pp. 609-610.

che i singoli Stati membri rivestono agli occhi dei migranti.¹⁷ Molti richiedenti asilo non vogliono protezione in “Europa”, ma desiderano invece raggiungere un Paese specifico: tanti vogliono andare in Austria, Germania o Svezia.

Considerate complessivamente, le sette spiegazioni illustrate sopra delineano le difficoltà con cui dovrà confrontarsi qualsiasi tentativo di superare l’attuale crisi del SECA. La mancanza di solidarietà e l’asimmetria del regolamento Dublino III sono componenti importanti, ma le criticità vanno ben oltre. Le carenze sistemiche nell’attuazione e l’impatto limitato del complesso di norme adottato dall’Unione europea indicano una sfida più ampia: l’esistente assetto, che concentra l’attenzione sull’armonizzazione legislativa, non è adatto al raggiungimento dell’obiettivo.

2.2. *L’inadeguatezza del metodo di integrazione classico*

L’attuazione delle politiche dell’Unione europea dipende – molto più di quanto avvenga per gli Stati nazionali – dal diritto e dai giudici, mentre i meccanismi politici per la risoluzione dei conflitti sono meno sviluppati. Per questa ragione la crisi dei rifugiati, come quella dell’euro, si presenta come manifestazione di una crisi più profonda del metodo di integrazione comunitario. L’idea di fondo risulta più comprensibile con un breve rimando ai fattori che hanno facilitato il successo del metodo di integrazione tradizionale: il principio dell’effetto diretto ed il primato hanno consentito all’individuo, per il tramite dei giudici nazionali, di fungere da guardiano dell’effettiva applicazione delle norme dell’Unione, a completamento della funzione di controllo spettante alla Commissione.¹⁸ Entrambi gli aspetti del metodo “comunitario” si sono però rivelati solo parzialmente efficaci nel campo dell’asilo.

A lungo la Commissione ha adottato un approccio passivo verso le procedure di infrazione nell’ambito delle politiche di asilo, diventando improvvisamente molto attiva con l’avvio di 48 nuove procedure quando le carenze del SECA sono diventate evidenti.¹⁹ Ciononostante, nella gran parte dei casi esse hanno ad oggetto semplicemente il ritardo nella trasposizione delle direttive; solo poche sono, invece, le procedure di infrazione volte

17. Le opportunità economiche sono, come le reti transnazionali, un fattore importante nel determinare la scelta, spesso spontanea, dei Paesi di destinazione dei richiedenti asilo; v. E. Neumayer, *Asylum Destination Choice*, European Union Politics 5 (2004), pp. 155-180.

18. V. l’opinione classica di H.H. Weiler, *The Transformation of Europe*, Yale L. J. 100 (1990/91), p. 2403 ss. e specialmente pp. 2410-2431, anche se gli sviluppi successivi alla pubblicazione hanno portato a una visione generale più variegata.

19. Cfr. Commission Press Release IP/15/6276 del 10 dicembre 2015 e Press Release IP/15/5699 del 23 settembre 2015.

a censurare le carenze amministrative strutturali nella fase di attuazione.²⁰ Allo stesso modo, i giudici nazionali, sulla base della dottrina dell'effetto diretto, potranno esercitare il controllo in merito all'effettiva attuazione delle politiche di asilo, solo in quegli ambiti ove le norme UE tutelano l'individuo: i rifugiati che aspirano ad ottenere protezione in Svezia non promuoveranno evidentemente azioni avverso le decisioni delle autorità greche o ungheresi lamentando il mancato rispetto degli obblighi di registrazione o delle norme volte ad individuare lo Stato competente all'esame delle domande.

Più in generale quindi, l'esempio del SECA serve a ribadire che il processo di integrazione sovranazionale non si esprime in maniera univoca, ma si declina con modalità diverse rispetto al prototipo del mercato interno tradizionalmente studiato nei corsi di diritto UE.²¹ Dovranno perciò essere sviluppati meccanismi alternativi idonei ad assicurare concreta attuazione all'*acquis* europeo in materia di asilo.

2.3. *Il carattere operativo delle politiche di asilo e di controllo dei confini*

Le ragioni strutturali della crisi del SECA di cui si è discusso sopra indicano che la legislazione, sia a livello europeo sia a livello nazionale, pur rappresentando il primo passo necessario, riceve effettiva attuazione in ragione delle concrete capacità amministrative: le procedure di asilo e il controllo delle frontiere sono infatti caratterizzati da un profilo operativo. Normalmente implicano l'applicazione di regole su una pluralità di individui e spesso sono attuate da funzionari con un livello relativamente basso di istruzione.²² Per questo motivo è essenziale che il SECA superi il modello del mercato unico incentrato sulla legislazione e sull'interpretazione ad essa attribuita della Corte di giustizia.

Chiunque legga un giornale sa che le politiche di asilo seguono una traiettoria differente. Le difficoltà sono evidenziate dai ritardi nell'attuazione delle c.d. decisioni di ricollocazione sul reinsediamento di 160.000 richiedenti asilo dall'Italia e dalla Grecia nel resto d'Europa sulla base di un criterio di ripartizione.²³ Lo schema è stato concordato nell'estate del 2015 come uno strumento di solidarietà tra Stati, ma l'attuazione si è rivelata difficile: a giugno 2016 erano state ricollocate non più di 2280 persone,²⁴ mentre alla fine di settembre 2016 il numero era salito a 5651.²⁵ Problemi simili hanno

20. Cfr. *ibid* (nota 19) contro Grecia, Italia, Croazia, Malta e Ungheria in relazione alla registrazione o alle condizioni alloggiative.

21. Per una spiegazione più completa v. D. Thym, *The refugee crisis as a challenge of legal design and institutional legitimacy*, Common Market Law Review 53(2016), p. 1545 ss.

22. Per una comparazione con altri modi di gestione amministrativa, v. D. Thym, *Migrationsverwaltungsrecht* (Mohr Siebeck, 2010), pp.37-41.

23. V. decisione (EU) 2015/1523; e decisione (EU) 2015/1601.

24. Cfr. comunicazione della Commissione, COM(2016) 416 del 15 giugno 2016, p. 2

25. Cfr. Commission Fact Sheet, Relocation and Resettlement, 28 settembre 2016.

complicato il funzionamento dei c.d. *hotspot*. Il loro avvio è stato posticipato diverse volte a causa dei persistenti problemi legati alla costruzione dei locali, all'acquisto dell'attrezzatura e all'istituzione di procedure efficienti,²⁶ sebbene al momento della stesura del presente articolo il funzionamento appaia migliorato.

Per poter garantire un buon funzionamento degli *hotspot*, Frontex e l'Ufficio europeo di sostegno per l'asilo (EASO) hanno indetto dei bandi congiunti per 1.500 agenti di scorta, 472 agenti per l'asilo e 400 interpreti provenienti da tutta Europa da inviare sulle isole greche a supporto del personale locale.²⁷ Anche solo un rapido sguardo a questi numeri mostra quello che io chiamo il carattere operativo delle politiche di asilo e di controllo delle frontiere. Nella pratica si è rivelato difficoltoso mettere insieme un numero sufficiente di esperti nazionali distaccati e, se pure l'Unione reclutasse abbastanza personale, dovrebbe assicurare modalità di lavoro ben funzionanti tra personale che parla lingue diverse e che proviene da diverse culture amministrative.

Nell'adattare le strutture di *governance* alle peculiarità delle politiche di asilo e controllo delle frontiere, le istituzioni europee potrebbero replicare modelli sviluppati altrove, come ad esempio l'esperienza di Europol relativa allo scambio di informazioni o quella concernente l'attuazione della politica doganale, ma la qualità e la quantità delle esigenze operative richiedono senza dubbio ulteriori innovazioni.

3. Risposte politiche a livello sopranazionale

Le istituzioni di Bruxelles hanno reagito velocemente all'evolversi della crisi dei rifugiati con una serie di misure, combinando interventi a breve termine e riforme di lungo periodo. Non tutte le iniziative si sono rivelate di immediato successo. In ogni caso, nel medio periodo, una combinazione di diverse misure potrebbe idealmente mettere in moto un processo di apprendimento a livello istituzionale e fiducia tra Stati che potrebbe aiutare a far fronte alle carenze strutturali, anche se il successo non è comunque garantito.

3.1 Rafforzamento delle agenzie esistenti

Le recenti proposte politiche dimostrano che le Agenzie per l'asilo e il controllo delle frontiere dovrebbero rivestire una funzione centrale nel fronteggiare le carenze strutturali del SECA. Le nuove denominazioni simboleggiano il livello di ambizione per la nuova Guardia di frontiera e costiera europea²⁸ che sostituisce Frontex e la futura Agenzia

26. Sorprendentemente chiara la comunicazione della Commissione COM(2016) 231 del 20 aprile 2016.

27. V. Commissione Fact Sheet, Memo 16/963 del 19 marzo 2016.

28. Regolamento (UE) 2016/1624, diventato operativo all'inizio di ottobre 2016.

europea per l'asilo,²⁹ che assume le funzioni dell'attuale Ufficio di sostegno a Malta. Non bisogna però confondere i nomi ambiziosi con dei cambiamenti strutturali, poiché le proposte rappresentano un'evoluzione del quadro attuale sul quale si fondano: non intaccano pertanto la responsabilità amministrativa che rimane principalmente in capo agli Stati membri.³⁰

Un aspetto essenziale delle Agenzie potenziate riguarda la vigilanza sovranazionale a sostegno delle riforme nazionali e della pianificazione di emergenza attraverso la formazione, la consulenza gestionale, lo scambio di informazioni e la definizione di standards. Gli Stati membri sono tenuti a designare squadre di riserva di 500 esperti in materia di asilo e 1500 agenti per il controllo delle frontiere, che le Agenzie dovrebbero essere autorizzate a dispiegare con breve preavviso.³¹

Tuttavia l'ambizione è ancora maggiore: le Agenzie dovrebbero ottenere il diritto di intervenire operativamente in caso di carenze persistenti, se necessario contro il volere dello Stato membro interessato.³²

Una competenza centralizzata e obbligatoria di questo tipo rappresenta un passo coraggioso, anche se poi è da verificare se nella pratica possa avere successo.³³ Le Agenzie dovranno essere in grado di acquisire sufficiente autorevolezza, prestigio politico e competenza manageriale per poter intervenire laddove si riscontrino lacune a livello nazionale, nonostante la limitata esperienza delle istituzioni europee nei processi di riforma delle amministrazioni nazionali. Le Agenzie rafforzate potrebbero quindi trovarsi di fronte ad alcune delle difficoltà che hanno compromesso la realizzazione del SECA in passato.

Tutto ciò non implica che sia impossibile per l'Unione riuscire ad istituire nuove strutture amministrative efficaci. È opportuno che le istituzioni tentino tutto ciò che è in loro potere, tenendo anche in considerazione che la scelta di orientarsi verso un autentico Sistema federale avrebbe bisogno di anni di organizzazione e richiederebbe un impegno da parte delle Istituzioni europee di migliaia di funzionari addetti all'asilo e al controllo delle frontiere che possano prendere decisioni in nome dell'UE,³⁴ le quali dovrebbero comunque essere soggette ad un controllo da parte della Corte di giustizia dell'Unione europea o di

29. Proposta della Commissione, COM (2016) 271 del 4 maggio 2016.

30. V. Jorrit Rijpma, *Study for the European Parliament*, doc. PE 556.934 del marzo 2016; e P. De Bruycker, *The European Border and Coast Guard*, European Papers I (2016), pp. 559-569

31. V. art. 20(5) regolamento (UE) 2016/1624; e artt. 17-18 della Proposta (nota 29) per l'asilo.

32. V. art. 18-19 regolamento (UE) 2016/1624; e art. 22(3) della Proposta (nota 29) per l'asilo.

33. A differenza dell'art. 18(1) della proposta della Commissione, l'articolo definitivo 19(1) del regolamento (UE) 2016/1624 affida la decisione al Consiglio.

34. Per relative proposte dalla Germania, v. Hailbronner (nota 11), p. 6; e K. Dörig e C. Langenfeld, *Vollharmonisierung des Flüchtlingsrecht in Europa*, *Neue Juristische Wochenschrift* 2016, pp. 1-5.

Tribunali specializzati di nuova creazione.³⁵ Un simile progetto potrebbe essere perseguito nel lungo periodo e pertanto le riforme in corso si qualificherebbero come un passo in questa direzione. Un'immediata inversione di marcia, in ogni caso, sarebbe troppo rischiosa, tanto più che le Istituzioni europee non hanno ancora dimostrato la loro capacità di istituire e gestire un'amministrazione decentralizzata che coinvolga migliaia di funzionari e giudici in tutta Europa.

3.2. *Revisione del quadro legislativo*

Nella primavera 2016, la Commissione ha dichiarato di voler procedere alla realizzazione di un Sistema europeo comune di asilo autentico³⁶ rafforzando le pertinenti Agenzie e provvedendo ad una riforma legislativa.

Le proposte di modifica sono state presentate nel luglio 2016. Anche in tal caso non si devono confondere progetti ambiziosi con successi certi, anche se si deve sottolineare che l'obiettivo di una politica "comune" non designa la forma più intensa di cooperazione nella terminologia dell'UE.³⁷ In particolare, la scelta di sostituire le esistenti direttive sulle procedure di asilo e sulle qualifiche con due regolamenti non può da sola rappresentare la soluzione ai problemi esistenti.³⁸

I regolamenti sono direttamente applicabili, ma essi stabiliscono standard uniformi solo se nella sostanza contengono prescrizioni dettagliate. Le proposte della Commissione apportano effettivamente vari miglioramenti, ma non armonizzano tutto. Ad esempio per quanto attiene al complesso di diritti spettanti ai beneficiari di protezione internazionale, il futuro "regolamento qualifiche" obbliga gli Stati membri a trattare coloro ai quali è stato riconosciuto lo *status* di rifugiato in modo analogo ai cittadini nazionali, riproponendo in tal modo le differenze esistenti tra i vari livelli di prestazioni sociali nazionali: un rifugiato riceverà un sostegno inferiore in Bulgaria rispetto ad esempio al Belgio.³⁹ Una situazione simile si rinviene anche in relazione alle procedure.⁴⁰

35. Contrariamente alla cooperazione transnazionale rafforzata, la federalizzazione richiederebbe delle modifiche ai Trattati, cfr. Thym, *Legal Framework for Entry and Border Controls*, in: Hailbronner (nota 5), par. 19-21.

36. Comunicazione della Commissione, COM (2016) 197 del 6 aprile 2016 p. 10.

37. Si pensi al mercato *comune* (istituito nel 1968) e alla successiva evoluzione in mercato *unico* (realizzato nel 1992); similmente l'Europa aveva una politica monetaria comune prima di introdurre una valuta unica.

38. V. proposta per un regolamento procedure, COM(2016) 467 del 13 luglio 2016, e un regolamento qualifiche, COM(2016) 466 del 13 luglio 2016.

39. V. art. 34 Proposta *ibid.*

40. Art. 16(2), (6) della proposta per una direttiva sulle Condizioni di accoglienza dei richiedenti asilo, COM(2016) 465 del 13 luglio 2016 sono in gran parte identici all'art. 17(2), (5) direttiva 2013/33/UE.

3.3. *La riforma del Regolamento Dublino III*

Alla luce dei problemi strutturali di cui si è parlato, è evidente la necessità di una sostanziale revisione del regolamento Dublino. Senza un meccanismo funzionante che dia attuazione alla solidarietà europea e di coordinamento orizzontale, il SECA, presto o tardi, collasserà, con conseguenze potenzialmente fatali per l'area Schengen. La Commissione, il 4 maggio 2016, ha presentato una proposta di riforma con tre elementi che meritano un'analisi attenta, poiché tentano di offrire una risposta alle carenze strutturali precedentemente descritte.

Innanzitutto, la proposta cerca di affrontare il deficit di solidarietà attraverso un meccanismo correttivo che si innescerebbe automaticamente ogniqualevolta il numero delle richieste di asilo in un determinato Stato membro superi una soglia predefinita,⁴¹ anche se il criterio del primo ingresso continuerebbe ad essere il criterio residuale per la determinazione dello Stato competente. Questa soluzione promuove una riforma progressiva, evitando nuovi accordi istitutivi di schemi di distribuzione che assegnano ogni richiedente asilo ad uno Stato membro al momento dell'ingresso.⁴² La Commissione spera, apparentemente, di facilitare il raggiungimento di un accordo politico optando per una soluzione meno radicale.

In secondo luogo, il Sistema Dublino, fino ad ora, ha fatto affidamento su una complessa procedura di consegna, essenzialmente fondata sulla risposta degli Stati membri, che comporta, altresì, l'obbligo dello Stato ospitante di accettare la competenza in caso di insuccesso della procedura di presa in carico.⁴³ Questo implica che uno dei due obiettivi perseguiti dal legislatore durante la stesura del regolamento Dublino III e delle norme precedenti ha sistematicamente prevalso sull'altro: evitare i "rifugiati in orbita"⁴⁴ si è imposto sull'intenzione di evitare il c.d. "forum shopping".⁴⁵ La Commissione vuole ora perpetuare il risultato del riparto di competenza: il fallimento della richiesta di presa in carico non dovrebbe più comportare un trasferimento di responsabilità.⁴⁶ Si prevede quindi che i rifugiati ritornino nello Stato membro competente in base ai criteri definiti nel regolamento.

41. V. artt. 34-44 della proposta della Commissione, COM (2016) 270 del 4 maggio 2016.

42. Comunicazione della Commissione (nota 36), pp. 7-9 ha preso in considerazione questa soluzione alternativa.

43. V. art. 29(2) regolamento (UE) n. 604/2013 e, indirettamente, Corte di giustizia, *Cimade & GISTI*, c-179/11, UE:c:2012:594, par. 51-61.

44. Su questo obiettivo v. Considerando n. 4 della Convenzione di Dublino originale (nota 4); e Corte di giustizia, *Kastrati*, C-620/10, EU:C:2012:265, par.42.

45. Corte di giustizia, *N.S et al.*, C-411/10 & C-493/10, EU:C:2011:865, par. 79; e Corte di giustizia, *Mirza*, C-695/15 PPU, EU:C:2016:188, par. 52.

46. V. artt. 19, 30(1) della Proposta (nota 41).

Terzo aspetto, il regolamento Dublino III è sempre stato criticato poiché non fornisce ai richiedenti asilo adeguati incentivi al rispetto delle norme, ad esempio tenendo in conto le preferenze dell'individuo.⁴⁷ La proposta tenta di affrontare questa criticità, ma lo fa in maniera controversa, attraverso incentivi negativi intesi a sanzionare i movimenti secondari, ad esempio attraverso una netta riduzione delle prestazioni sociali spettanti durante la procedura di presa in carico.⁴⁸ Queste modifiche possono in qualche modo ridurre l'entità dei movimenti secondari, ma sembra improbabile che possano arrestarli, giacché la proposta non può in ogni caso eliminare le persistenti divergenze tra Stati membri in materia di condizioni di accoglienza e più in generale di attrattività economica, come in precedenza descritto.

4. Legittimazione del processo decisionale sopranazionale

Si è già accennato al fatto che il processo di integrazione ha tradizionalmente combinato una forte connotazione normativa sovranazionale con un'integrazione politica limitata. Questo aspetto centrale ben si adatta alla struttura costituzionale europea, il cui esecutivo politico non è conosciuto per produrre risultati veloci, poiché normalmente ambisce a un processo decisionale consensuale. Questa organizzazione costituzionale è stata messa alla prova dalla crisi dei rifugiati e rimane incerto se sia in grado di superare la sfida.

4.1. Le basi costituzionali della politica di asilo europea

L'idea alla base di questo paragrafo è più facilmente spiegabile attraverso un confronto con l'unione economica e monetaria.⁴⁹ La risposta istituzionale alla crisi dell'euro è stata oggetto di critiche diffuse in quanto la politica economica sovranazionale si ingerisce intensamente nei conflitti sociali su aspetti cruciali con conseguenze redistributive,⁵⁰ sebbene la struttura istituzionale dell'Unione non sia adeguata per affrontare i contrasti che ne derivano, poiché inizialmente era stata istituita per mitigare i conflitti tra Stati.⁵¹ Al contrario, le politiche di asilo e di controllo delle frontiere hanno poche conseguenze redistributive dirette e non necessariamente interessano questioni

47. V. den Heijer et al. (nota 3), pp. 608-614; B. Nascimbene, *Refugee, the European Union and the "Dublin System"*, *European Papers* 1 (2016), p. 101 ss. e specialmente pp. 110-111.

48. V. art. 5(1), (3) della Proposta (nota 41); art 17a direttiva sulle condizioni di accoglienza (nota 40).

49. Per un'analisi più approfondita, v. Thym (nota 21), paragrafo 5.

50. Cfr. D. Chalmers, *The European Redistributive State and a European Law of Struggle*, *ELJ* 18 (2012), pp. 667-693.

51. V. M. Dani, *Rehabilitating Social Conflicts in European Public Law*, *ELJ* 18 (2012), 621, a pp. 628-632.

fondamentali nel contesto democratico, dato che il sentimento anti-immigrazione non si collega direttamente alle norme tecniche su aspetti quali i controlli in entrata, le competenze in materia di asilo o il rinnovo di permessi di soggiorno. Gli elettori sono preoccupati, piuttosto, di quello che essi percepiscono, correttamente o erroneamente, come effetti dell'immigrazione sulla coesione sociale o sul mercato del lavoro; inoltre, l'immigrazione spesso serve come ambito di proiezione di un disagio più ampio per gli effetti della globalizzazione.⁵²

Le norme europee su immigrazione e asilo lasciano ampia discrezionalità agli Stati membri nel regolare questioni con potenziali effetti identitari o ridistributivi in ambiti quali quelli legati allo *status* di gruppi religiosi o alla struttura dello stato sociale.⁵³ Questa interpretazione restrittiva delle politiche europee in materia di asilo non è necessariamente contraddetta dalle criticità politiche suscitate dalla reazione delle Istituzioni europee alla crisi dei rifugiati, poiché esse potrebbero essere il risultato dell'effettivo crollo del SECA lungo la rotta dei Balcani occidentali.⁵⁴ Senza un certo grado di controllo sugli eventi concreti l'opinione pubblica non si fiderà dei responsabili decisionali.

Di conseguenza, l'UE potrebbe forse evitare le insidie di un processo decisionale controverso sui temi legati alle migrazioni, proprio perché si limita a regolare il quadro normativo generale, mentre le decisioni su aspetti cruciali che influiscono sulla percezione che una società ha di sé e definiscono come noi riconfiguriamo la cittadinanza in risposta alla migrazione, sono poi assunte a livello nazionale.⁵⁵ Nel campo dell'asilo, questo presupporrebbe, comunque, che l'Unione riuscisse a superare le carenze strutturali del SECA e che i governi e i cittadini, inoltre, raggiungessero un'intesa condivisa sul ruolo dell'UE. Un'intesa così fondamentale non sarebbe mutevole in base alle scelte e potrebbe pertanto essere gestita dall'Unione senza la necessità di un'ampia legittimazione democratica.⁵⁶ Questo ci lascia con una domanda finale: ma l'Unione è in grado di costruire un tale consenso?

52. Riconoscere l'elemento di proiezione non elimina l'effetto politico; v. anche S. Castles et al. *The Age of Migration*, 5 ed. (Palgrave, 2013), pp. 307-312.

53. Questo argomento è sviluppato in Daniel Thym, "*Citizens*" and "*Foreigners*" in *EU law*, ELJ 22 (2016), p. 296 ss. e specialmente pp. 307-309.

54. "L'Immigrazione" come tema più importante che l'UE deve affrontare, ha visto un aumento sostanziale, dal 38% al 58%; v. Standard Eurobarometer 84, Novembre 2015.

55. V. anche C. Joppke, *Citizenship and Immigration* (Polity Press, 2010), cap.4; e Thym (nota 53), pp. 314-315.

56. Cfr. W. Sadurski, *Supranational Public Reason*, GlobCon 4 (2015), p. 396 ss. e specialmente pp. 402-410.

4.2. La sfida populista alla politica europea di asilo

In generale, sarebbe troppo semplice presupporre che i Trattati europei anticipino i risultati delle scelte politiche. Certamente l'art. 78 (1) TFUE e la legislazione attuata su questa base chiariscono che il SECA «si basa sulla piena e completa applicazione della Convenzione di Ginevra»,⁵⁷ ma questo non conclude la nostra indagine, poiché la disciplina internazionale in materia di rifugiati non elimina la discrezionalità degli Stati quando i rifugiati viaggiano attraverso diversi Paesi: i rifugiati possono cercare protezione in qualsiasi Stato, ma l'ultimo ha l'autorità di rinviare i richiedenti asilo in un altro Paese, dove sono protetti, secondo una serie di condizioni sostanziali.⁵⁸ È vero che le norme costituzionali possono orientare le decisioni politiche anche in assenza di prescrizioni dottrinali, ma una così ampia funzione normativa come uno spirito guida non nasce dal nulla.⁵⁹ Ha bisogno di evolversi sulla base del dibattito politico che racchiude il valore costituzionale in questione nell'identità sociale e costituzionale.⁶⁰ È proprio questo fondamentale consenso che manca alla politica europea di asilo in questo momento.

Quali fattori possono spiegare l'assenza di un profondo consenso normativo sull'asilo? Per molti anni, i tradizionali Paesi di destinazione dell'Europa settentrionale ed occidentale hanno dominato il processo decisionale, mentre gli Stati dell'Europa meridionale mostravano minor interesse⁶¹ e i nuovi membri dell'Europa centrale ed orientale percepivano l'*acquis* sovranazionale come parte del processo di adattamento prima e dopo l'allargamento.⁶² Gli eventi degli ultimi anni potrebbero aver cambiato stabilmente questa situazione. Gli Stati membri, che negli anni passati hanno preferito seguire in modo passivo il processo decisionale, hanno iniziato a manifestare un interesse più accentuato, come evidenzia l'attivismo del gruppo di Visegrad.⁶³ Per il SECA il momento attuale rappresenta una sorta di momento costitutivo nel quale le fondamenta

57. Corte di giustizia, *Alo & Osso*, C-443/14 & C-444/14, EU:C:2016:127, par. 30

58. V. Hathaway, *The rights of refugees under international law* (CUP, 2005), pp. 307-335; e UNHCR Executive Committee, Res. N. 58 (XL) del 13 ottobre 1989.

59. Gli accademici che lavorano sui temi dall'asilo postulano spesso che lo "spirito" dell'art. 78 (1) TFUE autorizza uno specifico disegno politico senza, comunque, discutere i fattori costituzionali che potrebbero facilitare tale funzione; cfr, ad esempio, V. Moreno-Lax, *Life after Lisbon*, in: D. Acosta Arcarazo e C.C. Murphy (eds), *EU Security and Justice Law* (Hart, 2014), p. 146.

60. V.M. Rosenfeld, *The identity of the Constitutional Subject* (Routledge, 2010), cap. 1-2; e A. Williams, *The Ethos of Europe* (CUP, 2011)

61. V.A. Geddes, *The Politics of Migration and Immigration in Europe* (Sage, 2003), cap. 6; e N. Zaun, *Why EU Asylum Standards Exceed the Lowest Common Denominator*, *Journal of European Public Policy* 23 (2016), pp. 136-154.

62. Cfr. Byrne et al. (nota 6).

63. www.visegradgroup.eu/.

concettuali sono esposte e riconfigurate coerentemente con uno dei significati greci originali del termine “crisi”, che fa riferimento a un punto di svolta o decisione.

È nella natura di una ridefinizione radicale che l'esito non sia predeterminato. L'attuale dibattito può concludersi portando ad una vera intesa europea sulla politica d'asilo, una sorta di identità costituzionale per il SECA, anche se è ancora incerto a cosa assomiglierebbe questa identità: potrebbe contenere alcuni elementi della c.d. “cultura dell'accoglienza” incarnata dalla politica iniziale del governo Merkel, ma potrebbe anche reiterare un approccio più restrittivo simbolizzato dalla chiusura della rotta dei Balcani occidentali. A questo proposito, il supporto della società civile ai rifugiati, le barriere ai confini, i programmi di reinsediamento e gli accordi con la Turchia posso essere percepiti come elementi costitutivi della futura politica europea d'asilo in costruzione.

Quale ruolo avranno le Istituzioni europee in questo dibattito? Un fattore cruciale sembrerebbe essere la politicizzazione. Non sarà sufficiente presentare proposte con un linguaggio manageriale descrivendo la direzione presa con un approccio quasi scientifico, come la Commissione ha talvolta fatto in passato.⁶⁴ Per sviluppare una risposta alla crisi dei rifugiati è necessaria una leadership e la Commissione Juncker dovrà dimostrare di saper attuare gli orientamenti politici indicati all'inizio. L'esito non dipenderà comunque solamente dalle dinamiche *inter*-istituzionali. Un fattore essenziale sarà rappresentato dalla capacità del SECA di evitare le insidie di un procedimento decisionale controverso, in linea con le osservazioni esposte in precedenza.

Se così fosse, la sfida centrale sarebbe quella di superare le disparità fra gli Stati membri, cosa che le istituzioni dell'Unione hanno dimostrato di saper fare abbastanza bene nel medio periodo. La situazione sarebbe molto più complessa, comunque, se l'attività decisionale su norme europee tecniche sul controllo delle frontiere, asilo e immigrazione venisse travolta nei dibattiti che sono cruciali nel contesto politico.

A questo proposito, la progressiva affermazione di partiti populistici in tutta Europa potrebbe essere un'avvisaglia di contrasti prolungati. Per molti anni, la struttura dei sistemi politici nazionali e i relativi dibattiti politici sulla migrazione autorizzavano i governi e le organizzazioni internazionali a sostenere politiche moderatamente liberali nonostante lo scetticismo dell'opinione pubblica.⁶⁵ Questo non è più possibile a causa dell'alto livello di politicizzazione che hanno assunto, in questo momento, i temi

64. V. Florian Trauner, *Asylum Policy*, *Journal of European Integration* 38 (2016), p. 311 ss. e specialmente pp. 319-322; e, in generale, M. Geiger e A. Pécout, *Introduction* in: *ibid.* (eds.), *The Politics of International Migration Management* (Palgrave Macmillan, 2010), pp. 1-20.

65. V. Gray P. Freeman, *Models of Immigration Politics in the Liberal Democratic State*, *IM Rev.* 29 (1995), pp. 861-897; e T. Hammar, *Comparative Analysis*, in: *ibid.* (ed) *European Immigration Policy* (CUP, 1985), p. 239 a pp. 277-287.

dell'immigrazione (come riaffermato dal dibattito precedente al referendum sulla Brexit). In un contesto più politicizzato i dibattiti non seguiranno uno stile quasi accademico di ragionamento razionale, poiché è nella natura dei dibattiti politici che questioni simboliche assumano vita propria, superando la rilevanza empirica della materia.

La politicizzazione delle politiche di immigrazione può assumere qualsiasi forma. In tal senso i fenomeni di populismo nei vari Stati membri ne rappresentano un'espressione estrema. Una caratteristica dello stile argomentativo populista sono gli attacchi contro l'élite e il ricorso simbolico a una supposta omogenea volontà popolare.⁶⁶

L'immigrazione rappresenta un tema classico per esprimere questo messaggio, così come lo è l'Unione europea. Porre le politiche migratorie sovranazionali al centro del dibattito politico, seguendo l'esempio dei referendum in Ungheria e Gran Bretagna, rappresenta una perfetta strategia di mobilitazione, non solo per i partiti populistici.⁶⁷ Se così fosse anche la legislazione tecnica sul controllo delle frontiere e sull'asilo potrebbe rientrare nel dibattito politico, favorendo lo sviluppo di un consenso attorno alla necessità di politiche più restrittive. Tutto ciò fornirebbe elementi importanti per il dibattito agli attori politici, che dovrebbero affrontare le preoccupazioni sottostanti, senza lasciare, però, ai populistici la possibilità di costruire il discorso e di impostare le basi normative,⁶⁸ evitando in tal modo il tranello del capro espiatorio connaturato ad ogni dibattito sulla migrazione.

5. Conclusioni

Gli eventi del 2015 e inizio 2016 hanno rivelato le carenze strutturali al cuore del SECA. Le risposte politiche a livello sovranazionale dovranno affrontare le criticità del quadro normativo e le perduranti carenze applicative ovvero: l'impasse concettuale del Sistema Dublino, i limiti fattuali alla capacità degli Stati di controllare i movimenti, il dilemma ideale delle Istituzioni dell'Unione che tradizionalmente si sono concentrate sull'abolizione dei confini invece di ripristinarli, così come le continue disparità tra i diversi Sistemi di asilo nazionali in termini di livelli di protezione e attrattività economica. Su un piano di analisi più astratto, queste carenze possono essere spiegate dalle peculiarità che distinguono il SECA dal mercato interno. L'asilo e le politiche di controllo dei confini sono definite da una dimensione operativa rafforzata che in molti casi può comportarne

66. V. Jan-Werner Müller, *Was ist Populismus? Ein Essay* (Suhrkamp, 2016); e C. Pinelli, *The populist challenge to constitutional Democracy*, *EuConst* 7 (2011) p. 5 ss. e specialmente pp. 8-14.

67. Sulle strategie di mobilitazione, v. E. Grande e S. Hutter, *Introduction*, in: *ibid* e H. Kriesi (eds), *Politicising Europe* (CUP, 2016), p. 3 ss. e specialmente pp. 22-26

68. Si veda, v. Müller (nota 66), cap. 3.

l'attuazione in contrasto con le aspirazioni degli individui. Per rispondere a queste particolarità, le Istituzioni europee devono continuare a sviluppare ulteriormente le tecniche normative che caratterizzano il tradizionale metodo di integrazione. Le descritte proposte di riforma del regolamento Dublino e delle Agenzie nei settori dell'asilo e delle frontiere mettono in luce che sono in atto tentativi per raggiungere tale obiettivo.

Nel medio periodo, le strutture costituzionali possono facilitare la riforma del SECA. Le norme dell'Unione europea sull'asilo e sul controllo delle frontiere sono piuttosto tecniche e riguardano solo in misura limitata aspetti rilevanti per l'opinione pubblica; hanno poche conseguenze ridistributive e toccano solo indirettamente l'auto-percezione della società. Per questo motivo le Istituzioni europee potrebbero probabilmente sviluppare il SECA senza richiedere un alto grado di legittimazione democratica. In ogni caso, l'esito non è garantito. Gli eventi degli ultimi mesi hanno dimostrato che all'Unione manca un consenso fondamentale sull'asilo. Lo scenario attuale presenta, inoltre, un momento costituzionale nel quale le fondamenta concettuali sono esposte e riconfigurate. Il risultato di questo processo può essere complicato dal cambiamento del panorama politico in molti Stati membri, con l'emergere di contestazioni populiste che potrebbero condizionare il processo decisionale, impedendo così all'Unione di realizzare le riforme necessarie per superare le carenze strutturali del SECA.