

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza

Fascicolo n. 3/2018

IL CONTRIBUTO DELL'UNIONE EUROPEA ALLA *GOVERNANCE* INTERNAZIONALE DEI FLUSSI DI MASSA DI RIFUGIATI E MIGRANTI: SPUNTI PER UNA RILETTURA CRITICA DEI *GLOBAL COMPACTS*

di Daniela Vitiello

Abstract: *Il presente scritto analizza il contributo dell'Unione alla governance internazionale dei flussi di massa di migranti e rifugiati. L'analisi tiene conto sia dell'apporto diretto, offerto dall'Unione ai negoziati, sia dell'apporto indiretto, derivante dall'utilizzo dei modelli cooperativi sviluppati dall'Unione come fonte d'ispirazione per le soluzioni accolte nei Global Compacts. Siffatta disamina restituisce un'immagine dettagliata degli elementi di frizione della nuova governance delle mass migrations con l'obiettivo della Dichiarazione di New York di istituire «a more equitable sharing of the burden and responsibility for hosting and supporting the world's refugees» (par. 68). Al contempo, mostra che i caratteri del nuovo partenariato europeo sulla migrazione si inseriscono in una dinamica globale di riposizionamento dei diritti dello straniero rispetto alla potestà statale di controllo della mobilità umana. Rispetto a tale tendenza, esistono nell'ordinamento giuridico dell'Unione strumenti giuridici idonei a evitare un ulteriore svilimento dei diritti di chi fugge in massa, che possono e devono essere mobilitati affinché il contributo dell'Unione alla governance internazionale dei flussi di massa di migranti e rifugiati sia coerente con i valori, i principi e gli obiettivi del processo di integrazione europea.*

Abstract: *This paper analyses the Union's contribution to the global governance of large flows of migrants and refugees. The analysis considers both the Union's direct involvement in the negotiations and its indirect contribution deriving from the use of EU cooperative models as a source of inspiration for the solutions adopted in the Global Compacts. This appraisal returns a detailed image of the inconsistencies between the new global governance of mass migrations and the goal – set forth in the New York Declaration – to establish «a more equitable sharing of the burden and responsibility for hosting and supporting the world's refugees» (para. 68). At the same time, it shows that the features of the EU partnership framework on migration align with a global trend aimed at repositioning aliens' rights with respect to State control on human mobility. Legal instruments exist in the EU order to avoid further demeaning of the rights of those fleeing en masse. They can and must be mobilised to ensure that the Union's contribution to the global governance of large flows of migrants and refugees is consistent with EU values, principles and objectives.*

IL CONTRIBUTO DELL'UNIONE EUROPEA ALLA *GOVERNANCE* INTERNAZIONALE DEI FLUSSI DI MASSA DI RIFUGIATI E MIGRANTI: SPUNTI PER UNA RILETTURA CRITICA DEI *GLOBAL COMPACTS*

di Daniela Vitiello*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La Dichiarazione di New York del 2016 e i suoi precedenti: un inquadramento sistematico della problematica dicotomia rifugiato-migrante economico. – 3. Il patto globale per una migrazione sicura, ordinata e regolare: tutto cambia affinché nulla cambi? – 4. Il patto globale sui rifugiati: verso una distribuzione più equa delle responsabilità in materia d'asilo? – 5. Le analogie tra la *governance* internazionale ed europea dei flussi di massa di rifugiati e migranti: a) i profili di criticità formale. – 6. (*segue*) b) i profili di criticità sostanziale. – 7. Il recepimento del patto globale sulla migrazione nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea: a) le basi giuridiche di diritto sostanziale. – 8. (*segue*) b) la base giuridica procedurale. – 9. L'Unione europea quale laboratorio per lo sviluppo progressivo dello *ius migrandi*: considerazioni a margine della Risoluzione di Hyderabad. – 10. Conclusioni.

1. Introduzione

Il processo negoziale che ha condotto all'elaborazione dei *Global Compacts* è stato avviato con la Dichiarazione di New York sui rifugiati e i migranti, adottata all'unanimità dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 19 settembre 2016¹. La Dichiarazione opera una ricognizione delle norme di diritto internazionale applicabili ai migranti e ai rifugiati che fuggono in massa (*mass migrants*)², cui seguono due sezioni, che rinviano alla disciplina settoriale dell'immigrazione e dell'asilo, e altrettanti allegati, che definiscono gli strumenti per la realizzazione degli obiettivi settoriali. L'allegato I istituisce un «quadro di risposta globale per i rifugiati» (*comprehensive refugee response framework*) e ne affida lo sviluppo all'Alto Commissariato per i rifugiati (UNHCR), attraverso la redazione di un «patto globale sui rifugiati» (*Global Compact on Refugees*) da presentare all'Assemblea Generale dell'ONU nella relazione annuale per il 2018. L'allegato II è il punto di partenza

* L'autrice è assegnista di ricerca in Diritto dell'Unione europea nel Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Firenze. L'autrice ringrazia Nicole Lazzarini, Andrea Spagnolo e i *referees* per i preziosi consigli.

1. Assemblea Generale ONU, *New York Declaration for Refugees and Migrants*, UN Doc. A/RES/71/1, 19.9.2016 (nel prosieguo: Dichiarazione di New York).

2. Come noto non esiste una definizione giuridica di *mass migrant* nel diritto internazionale. La definizione che emerge dalla Dichiarazione di New York include nel proprio ambito di applicazione *ratione personarum* i rifugiati (come definiti nella Convenzione di Ginevra del 1951 sullo *status* di rifugiato, UNTS 1954, vol. 189, n. 2545, p. 150) e gli altri stranieri che fuggono in massa dal Paese di origine o di residenza abituale. In tal senso, v. già OIM, *Glossary on Migration*, Geneva, 2004, p. 40; M.D. Chamberlain, *The Mass Migration of Refugees and International Law*, in *Fletcher Forum*, 1983, p. 93 ss., pp. 103-104.

del negoziato intergovernativo coordinato dall'Organizzazione internazionale sulle migrazioni (OIM), nella nuova veste istituzionale di agenzia specializzata delle Nazioni Unite³, per la predisposizione di un «patto globale per una migrazione sicura, ordinata e regolare» (*Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration*)⁴, che sarà adottato formalmente durante una conferenza intergovernativa di Marrakech, il 10-11 dicembre 2018⁵.

L'elaborazione dei due patti, avvenuta tra i mesi di gennaio e luglio 2018⁶, ha ricevuto l'apporto di numerosi attori a vario titolo coinvolti nella gestione delle migrazioni di massa. Tra le organizzazioni internazionali che vi hanno partecipato, l'Unione europea ha svolto un ruolo di primo piano⁷, ulteriormente rafforzatosi in seguito all'abbandono del negoziato da parte dell'amministrazione statunitense⁸. Il contributo dell'Unione alla *governance* internazionale delle migrazioni di massa costituisce un ambito di analisi di particolare interesse nel momento presente, in cui la politica comune dell'immigrazione e il sistema comune europeo di asilo (SECA) sono il vero pomo della discordia europea⁹, e la “famigerata” riforma del regolamento di Dublino rappresenta la spada di Damocle del processo di integrazione¹⁰.

Tale contributo è l'oggetto della presente analisi, che considera sia l'apporto *diretto* offerto dall'Unione ai negoziati sia l'influenza che più *indirettamente* hanno esercitato sui

3. Assemblea Generale ONU, *Agreement concerning the Relationship between the United Nations and the International Organization for Migration*, UN Doc. A/RES/70/296, 25.7.2016. In argomento, Parlamento europeo, *Briefing – A Global Compact on Migration. Placing Human Rights at the Heart of Migration Management*, 2017, p. 3 ss. Sul ruolo dell'OIM nel processo negoziale v. *amplius*, C. Carletti, M. Borraccetti, *Il Global Compact sulla migrazione tra scenari internazionali e realtà europea*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2018, p. 7 ss., p. 24 ss.

4. Sulle modalità negoziali cfr. Assemblea Generale ONU, *Modalities for the Intergovernmental Negotiations of the Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration*, UN Doc. A/RES/71/280, 6.4.2017.

5. Assemblea Generale ONU, *Modalities for the Intergovernmental Conference to Adopt the Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration*, UN Doc. A/RES/72/244, 24.12.2017.

6. La prima bozza (c.d. *zero draft*) del patto globale sui rifugiati è stata pubblicata il 31.1.2018, mentre quella del patto globale sui migranti è del 5.2.2018. Per quanto riguarda la bozza finale (c.d. *final draft*), quella del patto globale sui rifugiati è del 26.6.2018, mentre quella del patto globale sui migranti è dell'11.7.2018. Tutti i testi sono accessibili *online*. Nel prosieguo, i testi definitivi dei due patti sono richiamati rispettivamente *Global Compact on Refugees* e *Global Compact on Migration*.

7. Come noto, l'Unione gode dello *status* di osservatore alle Nazioni Unite, come definito nella risoluzione dell'Assemblea Generale ONU, *Participation of the European Union in the Work of the United Nations*, UN Doc. A/RES/65/276, 3.5.2011.

8. *Statement Attributable to the Spokesperson for the President of the General Assembly, Brenden Varma, on the Decision by the United States Government to Disengage from the Process Leading to the Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration*, New York, 2017, accessibile *online*.

9. C. Favilli, *La politica dell'Unione in materia di immigrazione e asilo. Carenze strutturali e antagonismo tra gli Stati membri*, in *Quaderni costituzionali*, 2018, p. 361 ss.

10. C. Favilli, *L'Unione che protegge e l'Unione che respinge. Progressi, contraddizioni e paradossi del sistema europeo di asilo*, in *Questione Giustizia*, 2018, p. 28 ss., p. 37 ss.; D. Thym, *La “crisi dei rifugiati” come sfida per il sistema giuridico e la legittimità istituzionale*, in questa *Rivista*, 1.2017, p. 1 ss.

Global Compacts i modelli cooperativi sviluppati dall'Unione nelle relazioni con i Paesi terzi. L'analisi offre numerosi spunti di riflessione giuridica attorno alle traiettorie e alle priorità della *governance* internazionale delle migrazioni di massa e, al contempo, concorre all'individuazione dei punti di attrito tra i modelli cooperativi proposti dall'Unione in sede internazionale e i principi ordinatori dell'azione interna ed esterna dell'Unione nel settore dell'immigrazione e dell'asilo. L'analisi si conclude con una riflessione attorno alle possibili alternative in grado di consentire una tutela effettiva e sostenibile dei *mass migrants* nell'epoca globale.

2. La Dichiarazione di New York del 2016 e i suoi precedenti: un inquadramento sistematico della problematica dicotomia rifugiato-migrante economico

La Dichiarazione di New York è stata presentata come uno spartiacque nello sviluppo del regime giuridico delle migrazioni internazionali¹¹. In effetti, essa ha posto la “questione migratoria” tra le priorità dell'agenda internazionale, suggellando un indiscusso successo del multilateralismo in sede ONU dopo una serie di vistosi fallimenti.

Gli ingredienti di questo successo – ovvero la natura non vincolante della Dichiarazione e il coordinamento dei negoziati per i *Global Compacts* da parte di organismi di natura tecnica con *expertise* specifica – non sono particolarmente innovativi. Tuttavia, due elementi hanno concorso a rafforzarne l'impatto: la natura ibrida del risultato finale e il tempismo. Quanto al primo elemento, benché i patti globali rientrino nel *soft law*, la previsione della loro adozione formale (nell'un caso attraverso una conferenza intergovernativa, nell'altro in seno all'Assemblea Generale ONU) li rende una sorta di *soft law* “rafforzato”. Quanto al secondo elemento, la presentazione della Dichiarazione di New York come la risposta unitaria della comunità internazionale a una delle più gravi crisi migratorie internazionali¹² ha contribuito a rappresentarla come una manifestazione pregnante dell'*opinio iuris* degli Stati in relazione all'importanza di consolidare la *governance* delle migrazioni di massa.

Al di là dell'importanza simbolica della Dichiarazione, il suo contenuto appare largamente ricognitivo del diritto internazionale vigente e privo di velleità di sviluppo

11. Tra i numerosi documenti che definiscono la Dichiarazione «a turning point», «a milestone» e «a landmark political declaration» cfr. Global Forum on Migration and Development, *A Dialogue on Global Migration Compact*, Bangladesh, 14.11.2016; UNHCR, *The New York Declaration for Refugees and Migrants. Answers to Frequently Asked Questions*, accessibile online; UNHCR, *Towards a Global Compact on Refugees: Key Elements of the Roadmap*, accessibile online.

12. La Dichiarazione è stata elaborata sulla base del rapporto del Segretario Generale ONU, *In Safety and Dignity: Addressing Large Movements of Refugees and Migrants*, su cui cfr. *Resolutions and Decisions adopted by the General Assembly during its Seventieth Session, 15 September – 23 December 2015*, UN Doc. A/70/49 (Vol. II), p. 14.

progressivo della disciplina internazionale delle migrazioni. In particolare, resta impregiudicata la dicotomia tra lo *status* giuridico di rifugiato e la condizione di migrante economico – dicotomia la cui *ratio* logico-giuridica sbiadisce a mano a mano che la migrazione di massa porta alla ribalta i vuoti di tutela in cui incorrono quei *mass migrants* che non integrano i requisiti per il riconoscimento dello *status* di rifugiato o di forme di protezione complementare, quale la protezione sussidiaria a livello europeo¹³. La Dichiarazione di New York non nega rilevanza alla questione: i parr. 52 e 53 prendono espressamente in considerazione la condizione dei migranti che, pur non avendo accesso alla protezione internazionale, non possono essere allontanati in ragione della loro vulnerabilità (elemento soggettivo) ovvero delle condizioni del Paese di provenienza (elemento oggettivo). Tuttavia, si limita ad auspicare lo sviluppo di linee guida non vincolanti, per i primi, e la concessione di forme di protezione temporanea, ai secondi, senza prevedere per questi ultimi alcuna forma di cooperazione internazionale, neppure su base volontaria.

Al contempo, la dicotomia rifugiato-migrante economico viene rafforzata, tanto concettualmente quanto strutturalmente, dalla separazione dei due *Compacts*, la cui complementarità¹⁴ non comporta un avanzamento nella ricostruzione di un diritto individuale alla migrazione in presenza di condizioni che ne rendano l'esercizio indispensabile alla difesa del supremo valore della dignità umana. Al contrario, proprio su questo punto la Dichiarazione riflette l'ampia spaccatura della comunità internazionale, che è alla base della frammentazione della vigente disciplina internazionale delle migrazioni¹⁵. Ne consegue che la protezione dei migranti “in fuga” continui a essere il risultato di un composito mosaico di norme pattizie sui diritti umani, tra le quali si tende a far confluire anche quelle che si occupano dei rifugiati.

Il ricorso al diritto internazionale dei diritti umani per la tutela dei *mass migrants* presenta però due limiti. Il primo riguarda l'ambito di applicazione *essenzialmente* territoriale dei trattati internazionali sui diritti umani¹⁶, che limita la protezione ai migranti che restano “intrappolati” nei Paesi terzi in seguito a intese più o meno

13. In argomento, A. Adinolfi, *Riconoscimento dello status di rifugiato e della protezione sussidiaria: verso un sistema comune europeo?*, in *Riv. dir. intern.*, 2009, p. 669 ss.

14. *Global Compact on Migration*, par. 3.

15. T.A. Aleinikoff, *International Legal Norms on Migration: Substance without Architecture*, in *International Migration Law. Developing Paradigms and Key Challenges*, a cura di R. Cholewinski, R. Perruchoud, E. MacDonald, The Hague, 2007, p. 467 ss.

16. Sulla nozione di «giurisdizione» nei trattati sui diritti umani, cfr. *ex multis*, G. Gaja, *Art. 1. Obbligo di rispettare i diritti dell'uomo*, in *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi, Padova, 2001, p. 23 ss.; P. De Sena, *La nozione di giurisdizione statale nei trattati sui diritti umani*, Torino, 2002.

formalizzate con Stati contraenti, volte a ostacolare l'esercizio del loro diritto di lasciare quel Paese¹⁷. Il secondo concerne il trattamento degli stranieri entro la giurisdizione territoriale dello Stato parte. Infatti, pur basandosi sull'universalismo dei diritti e sul divieto di discriminazione, i trattati sui diritti umani consentono alle parti contraenti – per giustificati motivi e nel rispetto del principio di proporzionalità – di differenziare il trattamento dello straniero in funzione della natura e della solidità del legame che esso vanta con lo Stato ospitante¹⁸.

D'altra parte, in assenza di un trattato generale sulla migrazione di massa, nessuno dei tentativi più o meno recenti di riportare a unità almeno taluni aspetti della frammentaria disciplina delle migrazioni internazionali ha prodotto un impatto soddisfacente a livello universale. Sono andate, ad esempio, disattese le aspettative di adozione di un protocollo addizionale alla Convenzione di Ginevra sullo *status* di rifugiato, volto a disciplinare la “protezione temporanea” per coloro che fuggono da contesti di guerra e violenza generalizzata¹⁹, mentre perdura il *désistement* della comunità internazionale in relazione alla gestione *uti universi* dell'immigrazione regolare per motivi di lavoro²⁰.

Un risultato più tangibile è stato ottenuto con il Progetto di articoli sulla protezione delle persone espulse e in via di espulsione, adottato dall'Assemblea Generale dell'ONU nel 2014, dopo dieci anni di gestazione²¹. Esso codifica in maniera convincente la protezione contro il respingimento nella duplice veste di: a) divieto di allontanamento dello straniero verso territori in cui possa essere perseguitato in ragione delle proprie

17. In argomento, T. Gammeltoft-Hansen, J.C. Hathaway, *Non-Refoulement in a World of Cooperative Deterrence*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, 2015, p. 235 ss., p. 260 ss.

18. Consiglio d'Europa, *The Position of Aliens in Relation to the European Convention of Human Rights*, Human Rights Files 8/2001. Sulla giurisprudenza della Corte EDU, cfr. ad es., *Biao c. Danimarca*, ric. 38590/10, sentenza del 25.3.2014, par. 79. In argomento, U. Villani, *Linee di tendenza della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo relativa agli stranieri*, in *Immigrazione, asilo e cittadinanza universale*, a cura di F. Marcelli, Napoli, 2013, p. 273 ss., p. 274.

19. UNHCR, *Roundtable on Temporary Protection, 19-20 July 2012. Summary Conclusions on Temporary Protection*, San Remo, 20.7.2012, par. 29. Cfr. altresì, Id., *International Protection Considerations with regard to people fleeing the Syrian Arab Republic, Update I*, 2012, par. 5.

20. Si pensi alla Convenzione ONU sulla tutela dei lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie (UN Doc. A/RES/45/158, 18.12.1990), che ha ricevuto un numero assai limitato di ratifiche peraltro provenienti soltanto dai Paesi di origine dei flussi. In argomento, R. Cadin, *Protection “of” or “from” Migrants? The Failure of Western Countries to Ratify the UN Convention on Migrant Workers' Rights*, in *KoreEuropa*, 2014, accessibile online.

21. *Draft Articles on the Expulsion of Aliens, with Commentaries* (nel prosieguo: Progetto di articoli), UN Doc. A/69/10, 2014, par. 45. Un precedente può essere rinvenuto nelle *Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers (Rapporteurs: MM. L.-J.-D. Féraud-Giraud et Ludwig von Bar)*, elaborate dall'Institut de Droit international nella sessione di Ginevra del 1892. In argomento, C. Tomuschat, *Expulsion of Aliens: The International Law Commission Draft Articles*, in *Grenzüberschreitendes Recht — Crossing Frontiers. Festschrift für Kay Hailbronner*, a cura di G. Jochum, W. Fritzemeyer, M. Kau, Müller, 2013, p. 662 ss.

caratteristiche personali²², ovvero b) divieto di allontanamento dello straniero che rischi una condanna a morte²³ o l'esposizione a tortura e/o trattamenti inumani e degradanti²⁴. Meno convincente è la definizione della condizione giuridica del migrante, che oscilla vistosamente tra il paradigma del riconoscimento dei diritti umani universali²⁵ e quello della concessione di taluni benefici agli stranieri, subordinata al “diritto” statale di determinarne le condizioni di ingresso, permanenza e allontanamento²⁶. Per questo motivo, il progetto è stato etichettato dalla dottrina come un esempio di codificazione “al ribasso”²⁷.

Al di là della valutazione dei contenuti del progetto, ai nostri fini esso si pone come precedente per valutare l'apporto dell'Unione europea alla *governance* internazionale delle migrazioni. Tale apporto si è concretizzato, dal punto di vista formale, nell'ostilità dell'Unione all'utilizzo del Progetto di articoli come base di partenza per l'adozione di una convenzione internazionale²⁸. Dal punto di vista sostanziale, il bilanciamento accolto dal Progetto di articoli tra le prerogative statali e le posizioni giuridiche degli stranieri riproduce a grandi linee quello contenuto nella direttiva dell'Unione sui rimpatri²⁹.

L'influenza del diritto dell'Unione ha riguardato soprattutto la configurazione di una potestà di differenziare il regime espulsivo di alcune categorie di migranti³⁰, che trova conforto nell'eccezionalismo della disciplina della mobilità intra-europea dei cittadini dell'Unione³¹ e si riflette nell'ermeneutica del divieto di discriminazione di cui all'art. 18

22. Cfr. il Progetto di articoli, art. 6, lett. b), in rapporto ai rifugiati, e art. 23, par. 1, in rapporto alla più generale categoria degli stranieri.

23. *Ivi*, art. 23, par. 2.

24. *Ivi*, art. 24.

25. Assemblea Generale ONU, *Declaration on the Human Rights of Individuals Who Are Not Nationals of the Country in Which They Live*, UN Doc. A/RES/40/144, 13.12.1985.

26. Progetto di articoli, art. 3.

27. D. Kanstroom, *Deportation as a Global Phenomenon: Reflections on the Draft Articles on the Expulsion of Aliens*, in *Harvard Human Rights Journal ILC Forum Essays*, 2016, p. 1 ss.; W. Kidane, *Missed Opportunities in the International Law Commission's Final Draft Articles on the Expulsion of Aliens*, *ivi*, p. 1 ss.; G.L. Neuman, *Human Rights and the International Law Commission's Draft Articles on the Expulsion of Aliens*, *ivi*, p. 1 ss.

28. In argomento, T. Molnar, *EU Migration Law Shaping International Migration Law in the Field of Expulsion of Aliens: The Empire Strikes Back?*, in *Pécs Journal of International and European Law*, 2017, p. 40 ss.

29. Commissione del diritto internazionale, *Eighth Report on the Expulsion of Aliens*, by Mr Maurice Kamto, *Special Rapporteur*, UN Doc. A/CN.4/651, 22.3.2012, par. 34. Il richiamo è alla dir. 2008/115/CE del 16.12.2008.

30. Si rinvia alla giurisprudenza della Corte giust. in relazione ai casi di espulsione dei lavoratori stranieri che hanno titolo a risiedere in uno Stato membro dell'Unione in base ad accordi di associazione. Cfr. ad es. *Nazli c. Stadt Nürnberg*, causa C-340/97, sentenza del 10.2.2000, ECLI:EU:C:2000:77, punto 29; *Gattoussi c. Stadt Rüsselsheim*, causa C-97/05, sentenza del 14.12.2006, ECLI:EU:C:2006:780, punti 33-34. Sulla funzione del principio di non discriminazione in questo ambito si rinvia a A. Adinolfi, *La libertà di circolazione delle persone e la politica dell'immigrazione*, in *Dir. Un. eur. Parte speciale*, a cura di G. Strozzi, Torino, 2017, p. 64 ss., p. 159 ss.

31. Cfr. ad es. *Topical Summary of the Discussion Held in the Sixth Committee of the General Assembly during its Sixty-Sixth Session*, Prepared by the Secretariat, UN Doc. A/CN.4/650, 20.1.2012, par. 17; *Déclaration de la Commission Européenne à l'Assemblée Générale des Nations Unies, Rapport de la Commission du droit international* –

TFUE³². Siffatta limitazione dell'ambito di applicazione personale del divieto di discriminazione su base nazionale, riconosciuta anche nella giurisprudenza della Corte EDU³³, osta altresì a un'interpretazione evolutiva della clausola generale di non discriminazione di cui all'art. 19 TFUE che includa lo *status* migratorio tra le caratteristiche soggettive suscettibili di tutela³⁴.

D'altra parte, la potestà di differenziare le condizioni di ingresso e di permanenza degli stranieri è uno strumento negoziale chiave dell'azione esterna dell'Unione in materia migratoria, che è preposto, su basi di reciprocità, a migliorare la capacità di controllo dei flussi migratori³⁵.

3. Il patto globale per una migrazione sicura, ordinata e regolare: tutto cambia affinché nulla cambi?

Il patto globale sulla migrazione è definito come «a non-legally binding, cooperative framework that builds on the commitments agreed upon by Member States in the New York Declaration for Refugees and Migrants»³⁶. L'ambizione del patto è quella di rafforzare la cooperazione internazionale nel governo delle migrazioni di massa, al fine di rendere la migrazione più sicura, ordinata e regolare. A tal fine, il patto dispone un catalogo di ventitré obiettivi e altrettante azioni, che delineano cinque macro-settori in cui la cooperazione internazionale appare prioritaria³⁷: lo scambio delle informazioni sulla

l'expulsion des étrangers, 27.10.2009, accessibile *online*. Sul diritto derivato applicabile nell'ordinamento giuridico dell'Unione, cfr. in particolare la dir. 2004/38/CE del 29.4.2004. Cfr. altresì la giurisprudenza della Corte giust. sviluppatasi a partire da *Gerardo Ruiz Zambrano*, causa C-34/09, sentenza del 8.3.2011, ECLI:EU:C:2011:124, punto 42. In argomento, C. Morviducci, *I diritti dei cittadini europei*, Torino, 2017, p. 167 ss.

32. Come noto, nel Trattato di Lisbona la clausola generale di non discriminazione in base alle caratteristiche fisiche dell'individuo, di cui all'art. 19, par. 1, TFUE, trova applicazione anche nei confronti dei cittadini dei Paesi terzi, mentre il divieto di cui all'art. 18 TFUE ha un ambito di applicazione limitato, *ratione personarum*, in funzione della cittadinanza europea. Cfr. ad es. Corte giust., *Vatsouras e Koupatantze*, cause riunite C-22/08 e C-23/08, sentenza del 4.6.2008, ECLI:EU:C:2009:344, punto 52. Sul principio di non discriminazione nel diritto dell'Unione cfr. C. Favilli, *La non discriminazione nell'Unione europea*, Bologna, 2008; C. Favilli, N. Lazzarini, *Discrimination(s) as emerging from petitions received*, European Parliament, 2017.

33. Tra le numerose sentenze rilevanti, cfr. ad es. Corte EDU, *Moustaquim c. Belgio*, ric. 12313/86, sentenza del 18.2.1991, par. 49; *C c. Belgio*, ric. 21794/93, sentenza del 7.8.1996, par. 38.

34. Cfr., a tal proposito, la sentenza della Corte suprema britannica nei casi *Taiwo v Olaijibe and Onu v Akwivu* [2016] UKSC 31, on appeal from [2014] EWCA Civ 279.

35. Si pensi agli accordi sulla facilitazione dei visti e agli altri accordi di associazione e partenariato che garantiscono ai cittadini dei Paesi terzi forme di protezione "rafforzata" contro l'allontanamento, il cui valore negoziale sarebbe azzerato da uno sviluppo progressivo del diritto internazionale che andasse nel senso di liberalizzare la mobilità umana internazionale. In argomento, P. García Andrade, I. Martín, *EU Cooperation with Third Countries in the Field of Migration*, 2015, p. 9 ss., reperibile *online*.

36. *Global Compact on Migration*, par. 7.

37. Accanto a questi obiettivi, ve ne sono poi altri il cui conseguimento dipende prevalentemente dalla dimensione interna delle politiche di immigrazione, come la razionalizzazione delle procedure di determinazione dello *status* delle

migrazione³⁸, la riammissione, il contrasto allo *smuggling* e al *trafficking*³⁹, la gestione integrata, sicura e coordinata delle frontiere esterne⁴⁰, inclusa la predisposizione di forme di coordinamento internazionale delle attività di *search and rescue*⁴¹ e, infine, il mutuo riconoscimento delle qualifiche, il trasferimento delle rimesse e la portabilità dei diritti previdenziali⁴².

Il presupposto della cooperazione internazionale è che nessuno Stato può conseguire in misura sufficiente l'obiettivo di una gestione efficace del fenomeno della *mass migration* che, a motivo della portata e degli effetti, può essere meglio gestito a livello internazionale⁴³, mediante un *whole-of-government-and-society approach*, ovvero un processo decisionale composito e inclusivo di tutte le voci degli *stakeholders* interessati⁴⁴. Al contempo, il rafforzamento della cooperazione internazionale passa attraverso la raccolta e la condivisione di informazioni, dati e buone prassi, necessari a orientare le scelte attraverso la costruzione di un complesso sistema informativo internazionale (c.d. *regulation by information*) che aspira alla prevedibilità delle dinamiche migratorie⁴⁵ e, in ultima istanza, alla completa tracciabilità della mobilità umana⁴⁶.

La condivisione dell'informazione diviene, quindi, la necessaria premessa per lo sviluppo di un «common understanding» del fenomeno migratorio, in grado di cementare l'unità d'intenti della comunità internazionale rispetto alle sfide ad esso legate⁴⁷. Tale unità d'intenti è sorretta dal principio della “responsabilità condivisa” nella gestione delle migrazioni di massa, che appare come uno sviluppo interessante del principio della “responsabilità collettiva” della comunità internazionale per i richiedenti asilo⁴⁸, su cui si tornerà nel paragrafo che segue.

persone migranti, l'accesso al lavoro del migrante e la sua inclusione sociale. Per una disamina esaustiva, si rinvia a C. Carletti, M. Borraccetti, *op. cit.*, p. 19 ss.

38. *Global Compact on Migration*, obiettivi 1 e 3, v. specialmente il par. 17, lett. b).

39. *Ivi*, obiettivi 9 e 10.

40. *Ivi*, obiettivo 11.

41. *Ivi*, obiettivo 8.

42. *Ivi*, obiettivi 18, 19, 20, 22.

43. *Ivi*, par. 11: «No country can address the challenges and opportunities of this global phenomenon on its own. With this comprehensive approach, we aim to facilitate safe, orderly and regular migration, while reducing the incidence and negative impact of irregular migration through international cooperation and a combination of measures put forward in this Global Compact».

44. *Ivi*, par. 15.

45. *Ivi*, parr. 7-15-27.

46. *Ivi*, par. 26, lett. d), i), e j).

47. *Ivi*, parr. 9-15.

48. L'espressione «responsabilità condivisa» è utilizzata, in questa sede, come sinonimo di «responsabilità collettiva» della comunità internazionale per la protezione dei diritti umani e, quindi, in un'accezione preventiva, che va distinta dalla responsabilità internazionale *ex post facto* ai sensi dei progetti di articoli sulla responsabilità internazionale degli Stati (UN Doc. A/56/10, 2001) e delle organizzazioni internazionali (UN Doc. A/CN.4/L.778, 2011). In

La *governance* delle migrazioni di massa viene qualificata alla stregua di un bene pubblico internazionale⁴⁹, da cui discende in capo agli Stati «an overarching obligation to respect, protect and fulfil the human rights of all migrants, regardless of their migration status»⁵⁰. La centralità dell'individuo in movimento e della sua tutela effettiva, indipendente dallo *status* migratorio⁵¹, contribuisce a orientare la cooperazione internazionale verso l'obiettivo di evitare che la migrazione sia un atto disperato⁵², circostanza che è ritenuta responsabile dell'insicurezza, dell'irregolarità e del disordine che caratterizzano le *mass migrations* nell'epoca attuale. In altre parole, la cooperazione internazionale nella gestione della mobilità internazionale di massa ambisce a incidere sui fattori strutturali che sono in grado di accrescere la vulnerabilità del migrante, inducendolo a scelte disperate, ad esempio sui mezzi con cui emigrare.

Ovviamente, nell'obiettivo di minimizzare l'impatto dei «factors that *compel* people to leave»⁵³ è insita la qualificazione della migrazione di massa del Ventunesimo secolo come *prevalentemente* “involontaria”, ovvero non integrante i requisiti tradizionali della migrazione “economica”. Eppure, tale presa d'atto non è parte di uno sforzo teoretico di definizione dello statuto giuridico del *mass migrant*, che vada nel senso del riconoscimento di una forma di protezione “surrogata”⁵⁴ a coloro che sono *costretti* a scappare dal Paese di origine, ma che non integrano i requisiti per il riconoscimento della protezione internazionale. Al contrario, essa si inserisce nel progetto di contenere la mobilità internazionale involontaria mediante la rivitalizzazione della cooperazione allo sviluppo, ossia attraverso investimenti in programmi che accelerino il raggiungimento dei *Sustainable Development Goals*⁵⁵.

argomento, A. Nollkaemper, D. Jacobs, *Shared Responsibility in International Law: A Conceptual framework*, in *Michigan Journal of International Law*, 2013, p. 359 ss., p. 366 ss.

49. Già nel rapporto sullo sviluppo umano del 1994, l'UNDP aveva portato come esempio di minaccia transnazionale a un bene pubblico internazionale – ovvero, la sicurezza umana, presupposto della pace tra le nazioni – la migrazione irregolare e di massa. Nel medesimo rapporto si sottolineava che un'azione efficace di controllo dei flussi migratori non potesse ridursi a forme di cooperazione amministrativa, finalizzate alla prevenzione delle partenze, necessitando un impegno concreto da parte degli Stati destinatari dei flussi nel contrasto ai differenziali di benessere, che costituiscono la prima causa della migrazione incontrollata. In argomento, I. Kaul, I. Grunberg, M.A. Stern, *Defining Global Public Goods*, in *Global Public Goods: International Cooperation in the 21st Century*, a cura di I. Kaul, L. Goulven, M.A. Stern, New York, 1999, pp. 509 ss.

50. *Global Compact on Migration*, par. 11.

51. *Ivi*, par. 15.

52. *Ivi*, par. 13: «Migration should never be an act of desperation».

53. *Ivi*, obiettivo 2 (corsivo aggiunto).

54. Sul c.d. *surrogacy principle*, v. J.C. Hathaway, M. Foster, *The Law of Refugee Status*, Cambridge, 2014, p. 292.

55. Tra essi, il *Global Compact on Migration* richiama: l'eliminazione della povertà, la sicurezza alimentare, la salute, l'istruzione, la crescita economica inclusiva, le infrastrutture, lo sviluppo urbano e rurale, la lotta alla disoccupazione, la lotta alle discriminazioni di genere, la prevenzione dei disastri ambientali, la tutela della *rule of law* e dei diritti umani.

La lotta al sottosviluppo è, quindi, ritenuta lo strumento chiave per assicurare, nel medio-lungo periodo, che «desperation and deteriorating environments do not compel [people] to seek a livelihood elsewhere through *irregular* migration»⁵⁶; mentre, nel breve periodo, la cooperazione si articola nei summenzionati cinque macro-settori prioritari, in cui già esiste una disciplina di diritto internazionale pattizio che ruota attorno ai cardini del contrasto all'immigrazione irregolare e dell'obbligo di riammissione⁵⁷.

Quest'ultimo obbligo diviene cruciale nel *Global Compact on Migration*, che lo rafforza ponendo l'enfasi sul diritto individuale di fare ritorno nel proprio Paese⁵⁸ e sulla responsabilità dello Stato di origine dei flussi di proteggere i propri cittadini⁵⁹. L'enfasi sulla responsabilità di proteggere appare funzionale a un cambiamento di paradigma nella cooperazione in materia di riammissione, inteso a ottenere che siffatta cooperazione non sia assoggettata a condizioni ovvero a “ricatti” negoziali da parte dei Paesi di origine⁶⁰. Al contempo, il patto attribuisce rilevanza internazionale alla condizione di irregolarità amministrativa dei *sans papiers* nel diritto interno⁶¹, favorendo l'affermazione di una presunzione di irregolarità di tutta la migrazione “spontanea”, in quanto *per definizione* non sicura e non ordinata⁶².

In presenza di limitati canali legali di immigrazione e asilo, questo approccio legittima un'ulteriore compressione del diritto di ciascun individuo di lasciare qualsiasi Paese, aggravando l'onere della prova che le motivazioni del viaggio (o della fuga) rientrino tra quelle per cui il diritto internazionale contempla forme di protezione “surrogata”. Da tale impostazione discende altresì la pressoché totale assenza di riferimenti alla cooperazione internazionale in materia di redistribuzione dei *mass migrants*, che pure sarebbe il necessario corollario della responsabilità collettiva della comunità internazionale nei loro

56. *Global Compact on Migration*, par. 18.

57. Sulla natura dell'obbligo dello Stato di riammettere i propri cittadini e sul suo rapporto con il diritto individuale di fare ritorno nel proprio Paese cfr. G. Noll, *Rejected Asylum Seekers: The Problem of Return*, in *International Migration*, 1999, p. 267 ss.

58. *Global Compact on Migration*, par. 37.

59. Sui rapporti tra la responsabilità di proteggere e il diritto dei rifugiati cfr. B. Barbour, B. Gorlick, *Embracing the Responsibility to Protect: A Repertoire of Measures Including Asylum for Potential Victims*, in *International Journal of Refugee Law*, 2008, p. 533 ss.

60. In tal senso, v. EU Statement, *United Nations Global Compact for Migration: General Statement on the Zero Draft*, New York, EEAS Doc. 180307/2, accessibile *online*. In argomento, E. Guild, K.T. Weatherhead, *Tensions as the EU negotiates the Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 6.7.2018, www.eumigrationlawblog.eu.

61. E. Guild, *The UN's Engagement with: Unsafe, Disorderly and Irregular Migration*, in *Migrazioni e diritto internazionale: verso il superamento dell'emergenza? Atti del XXII Convegno SIDI*, a cura di G. Nesi, Napoli, 2018, p. 623 ss., p. 631 ss.

62. V. *amplius*, M. Savino, *L'«amministrativizzazione» della libertà personale e del due process dei migranti: il caso Khlaifia*, in questa *Rivista*, n. 3-4.2015, p. 50 ss.

confronti⁶³. Infatti, la sicurezza della migrazione – in quanto sicurezza “umana” – non può che discendere dalla protezione delle persone in fuga, che dipende a sua volta dell’efficacia della cooperazione internazionale in materia di *burden & responsibility sharing* molto più che dalla natura ordinata e regolare dei flussi.

Prevedere meccanismi atti a garantire forme di redistribuzione dei *mass migrants* avrebbe creato un’osmosi tra la disciplina internazionale delle migrazioni e il regime giuridico della protezione internazionale, attraverso l’estensione *ratione personarum* dell’ambito applicativo del quarto *considerando* del preambolo della Convenzione sullo *status* di rifugiato del 1951⁶⁴. Inoltre, avrebbe valorizzato il riconoscimento, contenuto nel patto, che il successo dell’approccio basato sul principio della responsabilità condivisa riposa «on *mutual trust*, determination and *solidarity* of States to fulfill the objectives and commitments contained in this Global Compact»⁶⁵. Al contrario, l’instaurazione di un nesso logico-giuridico tra il principio della responsabilità condivisa e quelli della fiducia reciproca e di solidarietà – che, meglio di qualsiasi altro elemento del *Global Compact*, testimonia dell’influenza esercitata dal diritto dell’Unione sull’articolazione del patto – pare più un esercizio retorico che un impegno concreto.

D’altra parte, quand’anche vi fosse stata la volontà politica di porre in essere forme di cooperazione internazionale realmente basate sui principi di solidarietà e fiducia reciproca, questi ultimi non avrebbero potuto assolvere alla medesima funzione che svolgono nell’ordinamento giuridico dell’Unione europea. Come noto, infatti, nel diritto dell’Unione, il principio di solidarietà è un principio di applicazione generale nell’ambito delle politiche che governano lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia⁶⁶, che esprime la volontà degli Stati membri di gestire *uti universi* le frontiere esterne dell’Unione e di rispondere *in solido* alle sfide globali⁶⁷. La condivisione delle responsabilità intra-europee nella materia dell’immigrazione e dell’asilo riposa, quindi, sul principio di solidarietà inteso come

63. J. Welsh, *Fortress Europe and the Responsibility to Protect: Framing the Issue*, in *EUI Forum*, 17-18 November 2014, www.eui.eu.

64. Come noto, ai sensi di tale *considerando*, «the grant of asylum may place unduly heavy burdens on certain countries» e il problema dei rifugiati è «international in scope and nature and cannot therefore be achieved without international co-operation».

65. *Global Compact on Migration*, par. 14 (corsivo aggiunto).

66. In questi termini si esprime l’art. 80 TFUE. In argomento, A. Adinolfi, *Commento all’art. 80 TFUE*, in *Commentario breve ai Trattati dell’Unione europea*, a cura di F. Pocar, M.C. Baruffi, Milano, 2014, p. 497 ss.; G. Morgese, *La solidarietà tra gli Stati membri dell’Unione europea in materia di immigrazione e asilo*, Bari, 2018; V. Moreno-Lax, *Solidarity’s Reach: Meaning, Dimensions, and Implications for EU (External) Asylum Policy*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2017, p. 740 ss.; D. Thym, E. Tsourdi, *Searching for solidarity in the EU asylum and border policies: Constitutional and operational dimensions*, *ivi*, p. 605 ss.

67. Comunicazione della Commissione *sul rafforzamento della solidarietà all’interno dell’UE in materia di asilo. Un programma dell’UE per una migliore ripartizione delle responsabilità e maggiore fiducia reciproca*, COM(2011) 835 def., 2.12.2011, p. 1.

espressione e, al contempo, strumento di realizzazione di una forma di federalismo solidale, in un «ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale, a favore del quale gli Stati hanno rinunciato, anche se in settori limitati, ai loro poteri sovrani»⁶⁸. Il consolidamento di questo ordinamento presuppone, a sua volta, la leale cooperazione di tutti gli attori coinvolti nell'attuazione del diritto dell'Unione⁶⁹, accompagnata dalla mutua fiducia circa il rispetto del diritto dell'Unione e, in particolare, dei diritti fondamentali.

La presunzione del rispetto dei diritti fondamentali, che è alla base del mutuo riconoscimento⁷⁰, sorregge l'intera impalcatura dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia⁷¹ come spazio giuridico fondato sulla *rule of law* e protetto da un sistema giurisdizionale diffuso e profondamente integrato⁷². Ne discende che gli Stati membri non possono condizionare la cooperazione intra-europea alla verifica sistematica del rispetto dell'*acquis communautaire* e che solo in presenza di circostanze eccezionali, accertate in sede giurisdizionale come idonee a compromettere i diritti fondamentali delle persone, può essere interrotto il libero fluire delle decisioni amministrative e giudiziarie⁷³. Anche in

68. Corte giust., *van Gend & Loos*, causa 26/62, sentenza del 5.2.1963, ECLI:EU:C:1963:1, punto 23. In argomento, U. Villani, *Una rilettura della sentenza Van Gend en Loos dopo cinquant'anni*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2013, p. 225 ss.

69. Art. 4, par. 3, TUE. Sul principio di leale cooperazione nell'ambito delle politiche europee di immigrazione v. C. Favilli, *L'attuazione della direttiva rimpatri in Italia: dall'inerzia all'urgenza con scarsa leale cooperazione*, in *Riv. dir. intern.*, 2011, p. 693 ss.

70. In argomento, C. Janssens, *The Principle of Mutual Recognition in EU Law*, Oxford, 2013; K. Lenaerts, *The Principle of Mutual Recognition in the Area of Freedom, Security and Justice*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, p. 525 ss.; K. Lenaerts, J.A. Gutierrez-Fons, *The European Union: A Constitutional Perspective*, in *Oxford Principles of European Union Law*, a cura di R. Schütze, T. Tridimas, Oxford, 2018, p. 103 ss.; S. Montaldo, *On a Collision Course! Mutual Recognition, Mutual Trust and the Protection of Fundamental Rights in the Recent Case-law of the Court of Justice*, in *European Papers*, 2016, p. 965 ss.

71. Corte giust., *N. S. e M. E.*, cause riunite C-411/10 e C 493/10, sentenza del 21.12.2011, ECLI:EU:C:2011:865, punto 83; parere 2/13 del 18.12.2014 sull'adesione dell'Unione europea alla CEDU, ECLI:EU:C:2014:2454, punto 181. V. anche Avvocato generale Colomer, *Bourquain*, causa C-297/07, conclusioni dell'8.4.2008, ECLI:EU:C:2008:206, punto 45; Avvocato generale Mengozzi, *Markus Stoß*, cause riunite C-316/07, da C-358/07 a C-360/07, C-409/07 e C-410/07, conclusioni del 3.3.2010, ECLI:EU:C:2010:109, punto 104.

72. Sul rispetto dello stato di diritto cfr. Corte giust., *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, causa C-64/16, sentenza del 27.2.2018, ECLI:EU:C:2018:117, su cui v. M. Parodi, *Il controllo della Corte di giustizia sul rispetto del principio dello Stato di diritto da parte degli Stati membri: alcune riflessioni in margine alla sentenza Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, in *European Papers*, 2018, p. 1 ss. Più in generale, sulla *rule of law* nell'ordinamento giuridico dell'UE, cfr. T. von Danwitz, *The Rule of Law in the Recent Jurisprudence of the ECJ*, in *Fordham International Law Journal*, 2014, p. 1311 ss.; R. Mastroianni, *Stato di diritto o ragion di Stato? La difficile rotta verso un controllo europeo del rispetto dei valori dell'Unione negli Stati membri*, in *Dialoghi con Ugo Villani*, a cura di E. Triggiani, F. Cherubini, I. Ingravallo, E. Nalin, R. Virzo, Bari, 2017, p. 605 ss.

73. Corte giust., *Aranyosi e Căldăraru*, cause riunite C-404/15 e C-659/15 PPU, sentenza del 5.4.2016, ECLI:EU:C:2016:198; *LM*, causa C-216/18 PPU, sentenza del 25.7.2018, ECLI:EU:C:2018:586, punto 75, su cui cfr. A. Frąckowiak-Adamska, *Mutual Trust and Independence of the Judiciary after the CJEU Judgment in LM – New Era or Business as Usual?*, in *EU Law Analysis*, 15.8.2018, www.eu-law-analysis.blogspot.com. Sul bilanciamento tra la tutela effettiva dei diritti fondamentali e il principio di mutua fiducia nel sistema di Dublino, cfr. Corte giust., *C.K., H.F., A.S. c. Repubblica di Slovenia*, causa C-578/16 PPU, sentenza del 16.2.2017, ECLI:EU:C:2017:127, punto 73. In argomento, P. Mengozzi, *L'applicazione del principio di mutua fiducia e il suo bilanciamento con il rispetto dei*

quest'ultimo caso, tuttavia, la solidarietà tra gli Stati membri non dovrebbe venir meno, anzi dovrebbe rafforzarsi in ragione delle difficoltà che impediscono allo Stato membro interessato di ottemperare ai propri obblighi in materia di tutela dei diritti fondamentali⁷⁴.

In altri termini, il principio di solidarietà non è oggetto, nell'ordinamento dell'Unione, di un sinallagma che ne condiziona l'operatività al corretto esercizio delle competenze attribuite al singolo Stato membro⁷⁵; né la sua funzione può essere ridotta a quella della "mutua assistenza" tra gli Stati parti di un'alleanza militare difensiva⁷⁶. Esso si manifesta in tutte le dimensioni della cooperazione intra-europea⁷⁷: in ambito normativo, attraverso l'armonizzazione e il ravvicinamento delle legislazioni nazionali⁷⁸; in ambito finanziario, negli strumenti compensativi dell'onere sostenuto da alcuni Stati membri nell'attuazione delle politiche europee *uti universi*⁷⁹; in ambito operativo, attraverso la delega alle agenzie dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia della funzione di coordinamento degli aspetti tecnici della cooperazione⁸⁰; e, infine, negli strumenti di redistribuzione dei richiedenti asilo e dei migranti⁸¹. Precondizione per l'operazionalizzazione del principio di solidarietà nel diritto dell'Unione è la condivisione dei principi, dei valori e degli obiettivi su cui poggiano le politiche dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

Al contrario, nell'ambito del patto globale sulla migrazione, la precondizione per la rivitalizzazione della cooperazione allo sviluppo è l'intensificazione degli sforzi dei Paesi di origine e transito dei flussi nelle attività di contenimento e diversione delle *mass migrations*. L'assoggettamento del principio di condivisione delle responsabilità a un

diritti fondamentali in relazione allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2017, p. 1 ss.; C. Rizcallah, *The Dublin System: the ECJ Squares the Circle between Mutual Trust and Human Rights Protection?*, in *EU Law and Policy*, 20.2.2017, www.eu-law-analysis.blogspot.com.

74. Si rinvia, ad es., a Corte EDU, *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, ric. 30696/09, sentenza del 21.1.2011, parr. 338-350, che assume i toni di una chiara stigmatizzazione del deficit di solidarietà da parte del Belgio rispetto all'incapacità del sistema d'asilo ellenico di sopportare l'onere dei flussi diretti verso la Grecia.

75. In argomento, P. De Bruycker, E. Tsourdi, *The Bratislava Declaration on migration: European irresponsibility instead of solidarity*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 27.9.2016, www.eumigrationlawblog.eu.

76. Infatti, la clausola di mutua assistenza di cui all'art. 42, par. 7, TUE, è solo una delle espressioni del principio di solidarietà nell'ordinamento giuridico dell'Unione, come chiarito anche dalla previsione della clausola di solidarietà, di cui all'art. 222, par. 1, TFUE. Sulla solidarietà come valore nell'azione esterna dell'Unione in ambito PESC, cfr. C. Morviducci, *I valori dell'azione esterna nella prassi PESC*, in *I valori dell'Unione europea e l'azione esterna*, a cura di E. Seiso, R. Baratta, C. Morviducci, Torino, 2016, p. 53 ss., p. 57 ss. In generale, U. Villani, *Immigrazione e principio di solidarietà*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2017, p. 1 ss.

77. G. Noll, *Negotiating Asylum. The EU Acquis, Extraterritorial Protection and the Common Market of Deflection*, The Hague-Boston-London, 2000, p. 263 ss.

78. T.M. Moschetta, *Il ravvicinamento delle normative nazionali per il mercato interno*, Cacucci, 2018.

79. L. den Hertog, *EU Budgetary Responses to the 'Refugee Crisis'. Reconfiguring the Funding Landscape*, CEPS Paper No. 93/2016.

80. E. Chiti, *Decentralised Implementation: European Agencies*, in *Oxford Principles*, cit., p. 748 ss. Più in generale, J. Alberti, *Le agenzie dell'Unione europea*, Milano, 2018.

81. C. Favilli, *L'Unione che protegge e l'Unione che respinge*, cit., p. 28 ss.

approccio cooperativo basato sulla condizionalità e sul volontarismo svuota di qualsiasi significato il richiamo alla mutua fiducia. Peraltro, l'attuale crisi del processo di integrazione europea ha coinciso proprio con la contestazione sistematica del principio di solidarietà⁸² e non può escludersi che lo sviluppo del quadro cooperativo internazionale indebolisca ulteriormente le premesse giuridiche e politiche della cooperazione intra-europea. Invero, come si argomenterà nelle pagine che seguono, l'azione esterna dell'Unione nell'ambito del principale foro multilaterale a livello universale è stata concepita come strumentale a trovare un punto di bilanciamento *esterno* tra la solidarietà e la responsabilità, nell'impossibilità materiale di consolidare un consenso *interno* sul rapporto tra questi due principi in sede di riforma del sistema di Dublino.

4. Il patto globale sui rifugiati: verso una distribuzione più equa delle responsabilità in materia d'asilo?

A partire dalla Dichiarazione sull'asilo territoriale del 1967⁸³, l'espressione "solidarietà internazionale" è stata costantemente richiamata come fondamento giuridico del principio della responsabilità collettiva della comunità internazionale nei confronti dei rifugiati⁸⁴, di cui la protezione contro il *refoulement* è l'estrinsecazione più tangibile⁸⁵. Come sostenuto da Grahl-Madsen,

«the rule of *non-refoulement* is an expression of the collective responsibility of the community of States, stated already by Grotius and Vattel, that persons seeking asylum shall be able to find an abode somewhere. If a particular State finds that the burden imposed upon it by the influx of asylum-seekers is too heavy to bear alone, the remedy

82. Corte giust., *Repubblica slovacca e Ungheria c. Consiglio*, cause riunite C-643/15 e C-647/15, sentenza del 6.9.2017, ECLI:EU:C:2017:631. In argomento, F. Cherubini, *La Corte di Giustizia in merito alla decisione del Consiglio sulla ricollocazione: riflessioni sulla politica d'asilo dell'UE*, in *Quaderni costituzionali*, 2017, p. 923 ss.; H. Labayle, *Solidarity is not a value: Provisional relocation of asylum seekers confirmed by the Court of Justice (6 September 2017, Joined Cases C-643/15 and C-647/15 Slovakia and Hungary v Council)*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 11.9.2017, www.eumigrationlawblog.eu. In generale, sulla crisi del processo di integrazione europea legata alla crisi migratoria, cfr. *La crisi migratoria tra Italia e Unione europea: diagnosi e prospettive*, a cura di M. Savino, Napoli, 2017.

83. Assemblée Generale ONU, *Declaration on Territorial Asylum*, UN Doc. A/6716, 14.12.1967, art. 3.

84. G.S. Goodwin-Gill, *The 1967 Declaration on Territorial Asylum*, in *United Nations Audiovisual Library of International Law*, 2012, p. 7 ss.

85. Così, *ex multis*, E. Lauterpacht, D. Bethlehem, *The Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement: Opinion*, in *Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection*, a cura di E. Feller, V. Türk, F. Nicholson, Cambridge, 2003, p. 89 ss., p. 119. *Contra*, K. Hailbronner, *Non-Refoulement and "Humanitarian" Refugees: Customary International Law or Wishful Legal Thinking?*, in *Virginia Journal of International Law*, 1986, p. 857 ss.

should not be to turn the asylum-seekers away, but to enlist the cooperation of other States»⁸⁶.

Eppure, il *burden-sharing* non ha ricevuto il necessario sostegno per affermarsi come obbligo giuridico internazionale nel governo dei flussi di massa di rifugiati.

Il *Global Compact on Refugees* pone la condivisione delle responsabilità in materia di asilo al cuore del piano d'azione per la realizzazione del quadro di risposta globale sui rifugiati "di massa". Punto di partenza è il riconoscimento che «[t]he predicament of refugees is a common concern of humankind»⁸⁷ e che i Paesi che ospitano i rifugiati «make an immense contribution from their own limited resources to the *collective good*, and indeed to the cause of humanity»⁸⁸.

Due sono i principi ordinatori della cooperazione in materia di *burden and responsibility-sharing*: il principio di umanità⁸⁹ e quello di solidarietà internazionale⁹⁰. Il primo principio viene riconosciuto come il presupposto assiologico degli obblighi pattizi e consuetudinari in materia di protezione internazionale. Esso è fonte di ispirazione di una «*needs-driven humanitarian assistance*»⁹¹ e di meccanismi di «*group-based protection*» per la gestione degli «international protection *needs*» nel contesto di flussi di massa di rifugiati⁹². Il secondo principio anima le iniziative di supporto ai Paesi particolarmente toccati (c.d. «countries particularly affected»⁹³ o «concerned host countries»⁹⁴) in considerazione della specificità delle sfide poste dai movimenti di massa di rifugiati e, in particolare, dalla natura composita e non omogenea dei flussi⁹⁵.

A questa dichiarazione di intenti segue l'enunciazione degli obiettivi da realizzare attraverso il rafforzamento della cooperazione internazionale che, non senza qualche contraddizione con i principi appena enunciati, si focalizzano sull'espansione del ricorso

86. A. Grahl-Madsen, *Territorial Asylum*, Stockholm-London-New York, 1980, p. 54.

87. *Global Compact on Refugees*, par. 1.

88. *Ivi*, par. 14. Secondo i dati forniti dall'UNHCR, più della metà dei rifugiati mondiali ha trovato accoglienza e protezione in soli dieci Paesi (africani), oltre il novanta per cento del *budget* dell'Agenzia ONU è finanziato da soli dieci Paesi e il novanta per cento delle opportunità di *resettlement* è fornito da soli tre Paesi. Cfr. UNHCR, *Towards a Global Compact on Refugees: Thematic Discussion Two. Introductory Remarks by Daniel Endres*, 17.10.2017.

89. Sul principio di umanità e sulla sua collocazione nel sistema delle fonti di diritto internazionale v. E. Carpanelli, *General Principles of International Law: Struggling with a Slippery Concept*, in *General Principles of Law – The Role of the Judiciary*, a cura di Laura Pineschi, Cham, 2015, p. 46 ss.

90. *Global Compact on Refugees*, par. 5.

91. *Ivi*, par. 32 (corsivo aggiunto).

92. *Ivi*, par. 61 ss. (corsivo aggiunto).

93. *Ivi*, parr. 4, 11, 12, 65.

94. *Ivi*, par. 20 ss.

95. *Ivi*, par. 12, ove si riconosce che «[s]ome may be large movements involving both refugees and others on the move; others may involve refugees and internally displaced persons; and, in certain situations, external forced displacement may result from sudden-onset natural disasters and environmental degradation».

alle presunzioni di sicurezza dei Paesi terzi e sul rientro volontario assistito dei rifugiati⁹⁶. Infine, per quanto riguarda le modalità di raggiungimento dei suddetti obiettivi, il *Global Compact on Refugees* prevede che essi siano resi operativi mediante contributi volontari, la determinazione del *quantum* essendo lasciata a «*each State and relevant stakeholder, taking into account their national realities, capacities and levels of development, and respecting national policies and priorities*»⁹⁷.

Muovendo da queste premesse, il *Global Compact on Refugees* individua i meccanismi di livello universale e regionale in grado di stimolare la solidarietà internazionale nella gestione dei flussi di massa di rifugiati. A livello universale, si prevede l'istituzionalizzazione del dialogo sul *burden-sharing*, attraverso l'organizzazione, da parte dell'UNHCR, e d'intesa con uno o più Stati, di un *Global Refugee Forum*⁹⁸. Il primo *forum* è previsto per il 2019 e i successivi avranno luogo a cadenza quadriennale; in quella sede, saranno concordati gli impegni degli Stati per quanto riguarda le quote di *resettlement*⁹⁹, l'assistenza finanziaria, tecnica e materiale ai Paesi particolarmente interessati e rese note le politiche adottate dagli Stati a livello nazionale per dare attuazione al patto globale. Si tratterà, naturalmente, di impegni assunti *su base volontaria*; tuttavia è plausibile che il monitoraggio del contributo offerto dai singoli Stati funga da deterrente rispetto a condotte non cooperative (c.d. *naming and shaming*).

Il *Compact* prevede altresì l'instaurazione di intese – bilaterali o multilaterali – volte a fornire supporto in situazioni specifiche di afflusso massiccio di rifugiati o di sfollamento protratto¹⁰⁰. In questi casi, gli Stati che ospitano i rifugiati potranno chiedere l'attivazione di una piattaforma di supporto (*Support Platform*), ovvero di un *forum* diretto dall'UNHCR che vedrà la partecipazione dei rifugiati e degli Stati coinvolti¹⁰¹. Tra le opzioni previste nell'ambito della piattaforma di supporto vi è l'organizzazione di una conferenza di solidarietà (*Solidarity Conference*), volta a cementare il sostegno

96. *Ivi*, par. 7. Si noti che gli obiettivi della prima bozza erano ben più ambiziosi, riguardando, il rafforzamento dei meccanismi internazionali di condivisione delle responsabilità, nonché dei sistemi di asilo nazionali e della risposta globale al problema dei rifugiati; l'avanzamento delle condizioni socio-economiche dei rifugiati e delle comunità di accoglienza, e infine, la condivisione degli sforzi per risolvere le situazioni di sfollamento prolungato.

97. *Global Compact on Refugees*, par. 4 (corsivo aggiunto).

98. *Ivi*, parr. 17-19.

99. Come noto, la procedura di “reinsediamento” o di “trasferimento diretto” (c.d. “*resettlement*” o “*third-country settlement*”) è qualificata alla stregua di una soluzione durevole (c.d. “*durable solution*”) di tipo straordinario, coordinata dall'UNHCR ai sensi dell'art. 9 del proprio Statuto, in base alla quale i rifugiati *prima facie* vengono trasferiti dallo Stato di prima accoglienza a uno Stato terzo, che ne accetta la responsabilità su base volontaria. Le altre due soluzioni durevoli identificate dall'UNHCR sono il rientro volontario (“*voluntary repatriation*”) e l'integrazione nel Paese di accoglienza (“*local integration*”). Cfr. UNHCR, *Resettlement Handbook*, Geneva, 2011, p. 28 ss.; *Global Compact on Refugees*, par. 85 ss.

100. *Ivi*, parr. 20-21.

101. *Ivi*, parr. 22-26.

internazionale attraverso il *fund raising* e la pianificazione della risposta umanitaria alla crisi¹⁰².

Questi strumenti sembrano ispirati all'esperienza della gestione della crisi indocinese del 1989, che vide l'adozione di un piano d'azione (*Comprehensive Plan of Action*) nell'ambito del quale i rifugiati più vulnerabili ottenevano una corsia preferenziale per il *resettlement*, in modo da evitare la formazione di ingorghi o "code" di persone in attesa di essere redistribuite tra gli Stati che si erano resi disponibili ad accoglierli¹⁰³.

In generale, il *Global Compact* si presenta come un valido strumento di *stocktaking* delle buone pratiche e delle esperienze pregresse. Il problema è che le condizioni politiche internazionali appaiono assai diverse rispetto al passato, anche recente, sicché potrebbe trattarsi di un bagaglio di modelli cooperativi non più pienamente fruibile¹⁰⁴. Una presa d'atto della fluidità della situazione attuale traspare dall'enfasi sulla necessità di costruire un quadro fattuale *condiviso*, attraverso la raccolta sistematica di dati, statistiche e informazioni sui rifugiati, inclusa la predisposizione di studi volti a determinare l'onere relativo dell'asilo per i Paesi interessati dai flussi¹⁰⁵. La creazione di un *common understanding* del fenomeno che si intende regolare è, invero, la necessaria premessa per il corretto funzionamento del principio di condivisione delle responsabilità in materia di asilo. Tuttavia, il *common understanding* che il patto globale intende costruire contraddice vistosamente i principi ordinatori di umanità e di solidarietà internazionale, che presiedono alla sua elaborazione.

Una lettura sistematica del *Compact* suggerisce che il patto operi un riposizionamento dei diritti dei rifugiati rispetto alla potestà statale di controllo della mobilità umana, che passa attraverso un'ulteriore marginalizzazione del *resettlement* a scapito della cooperazione allo sviluppo volta a *prevenire* la fuga di massa e a favorire il rientro volontario dei rifugiati.

Per quanto riguarda il rapporto tra la sovranità statale e i diritti dei rifugiati, l'elemento che desta maggiore preoccupazione è l'affermazione di una *narrativa dei*

102. *Ivi*, par. 27.

103. L'accordo fu concluso tra alcuni Paesi occidentali e i Paesi del sud-est asiatico alla fine della guerra del Vietnam. La selezione dei rifugiati avveniva attraverso una sorta di "triage" che consentiva una costante rivalutazione dei bisogni dei beneficiari della procedura di *resettlement*. In argomento, A. Betts, *To Deal with the Refugee Crisis You Need to Understand the Cause*, in *The Conversation*, 23 April 2015, www.theconversation.com; J. McAdam, *Australia and Asylum Seekers*, in *International Journal of Refugee Law*, 2013, p. 435 ss.; M. Ineli-Ciger, *An Examination of the Comprehensive Plan of Action as a Response to Mass Influx of 'Boat People': Lessons Learnt for a Comprehensive Approach to Migration by Sea*, in *'Boat Refugees' and Migrants at Sea: A Comprehensive Approach*, a cura di V. Moreno-Lax, E. Papastavridis, Leiden, 2016, p. 408 ss.

104. In argomento, M. Ineli-Ciger, *Will the Global Compact on Refugees Address the Gap in International Refugee Law Concerning Burden Sharing?*, in *EJIL: Talk!*, 20.6.2018, www.ejiltalk.org.

105. *Global Compact on Refugees*, parr. 45 ss.

bisogni, che non riguarda soltanto i gruppi particolarmente vulnerabili, ovvero portatori di bisogni differenziati, in funzione additiva, ovvero di tutela “rafforzata”¹⁰⁶. Al contrario, la *narrativa dei bisogni* diviene funzionale a declassificare i diritti dei rifugiati a posizioni giuridiche il cui godimento dipende dalle condizioni della fuga, ovvero dalla circostanza che la fuga riguardi una collettività di persone in luogo del singolo individuo¹⁰⁷. Si tratta, dunque, di un approccio diametralmente opposto rispetto a quello portato avanti dalla Corte EDU nel caso *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, in cui la Corte aveva definito i richiedenti asilo come “gruppo vulnerabile”, invocando una protezione rafforzata “generalizzata” a tutto il gruppo¹⁰⁸. Nel patto, invece, la nozione di vulnerabilità sviluppata dal contenzioso internazionale sui diritti umani viene utilizzata per individuare i gruppi di rifugiati i cui diritti non dovrebbero essere soggetti al bilanciamento con la tenuta dello Stato di fronte agli afflussi di massa¹⁰⁹.

Altro elemento del patto globale che sembrerebbe avallare una ridefinizione a ribasso degli *standard* di protezione internazionale dei rifugiati di massa è il richiamo alla complementarità tra la protezione internazionale e la difesa della sicurezza nazionale da parte degli Stati¹¹⁰, cui segue il pieno riconoscimento delle «legitimate security concerns of host States» e la predisposizione di forme di cooperazione volte a filtrare alla frontiera i rifugiati sospettati di minacciare la sicurezza nazionale. Quest’ultima, da limite alla protezione internazionale, soggetto a interpretazione restrittiva¹¹¹, diviene il principio-guida delle politiche di asilo.

La complementarità tra protezione internazionale e sicurezza nazionale riflette il definitivo passaggio a un approccio contenitivo dei flussi di massa di rifugiati, come

106. In argomento, F. Ippolito, *La vulnerabilità come criterio emergente per una maggiore tutela del migrante nel contenzioso internazionale*, in *Migrazioni e diritto internazionale*, cit., p. 447 ss.

107. Esemplificativo di questo approccio è il *favor* del patto globale per strumenti di identificazione “di gruppo” dei rifugiati, che vanno necessariamente a scapito del diritto a un esame individuale della situazione dei componenti del gruppo. Cfr. *Global Compact on Refugees*, par. 61. L’identificazione “di gruppo”, se utilizzata come preludio per un *revival* dell’asilo “su base nazionale” riporterebbe in auge concezioni desuete dell’asilo, come quelle dominanti all’epoca della Società delle Nazioni, che limitavano il beneficio della protezione a determinate nazionalità. Ciò sarebbe particolarmente grave nelle attuali condizioni storiche di estrema fluidità dei fattori di crisi a livello internazionale. Sull’asilo al tempo della Società delle Nazioni, cfr. C.M. Skran, *Historical Development of International Refugee Law*, in *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary – Part One*, a cura di A. Zimmermann, Oxford, 2011, p. 3 ss.

108. Corte EDU, *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, cit., par. 263.

109. Emblematico è il caso della detenzione dei minori stranieri non accompagnati, che è regolarmente prevista dal patto globale, benché se ne auspichi il ricorso solo come *ultima ratio*. Cfr. *Global Compact on Refugees*, par. 60.

110. *Global Compact on Refugees*, par. 56.

111. Cfr. l’art. 3, par. 2, della Dichiarazione sull’asilo territoriale, cit., ove si consentiva di limitare l’applicazione del principio di *non-refoulement* soltanto «for overriding reasons of national security or in order to safeguard the population, as in the case of a mass influx of persons» (corsivo aggiunto). In argomento, A. Grahl-Madsen, *op. cit.*, p. 61.

confermato peraltro dall'enfasi che il patto dedica al *diritto* di rientro dei rifugiati nel Paese di origine. Il patto invita la comunità internazionale ad attivarsi per promuovere l'effettivo godimento di questo diritto nel rispetto dell'obbligo di *non-refoulement*, la cui funzione viene ridotta a garanzia dell'accesso all'informazione e a condizioni dignitose di allontanamento¹¹².

Al sostanziale svilimento della funzione del divieto di respingimento nell'ambito della procedura di rientro volontario dei rifugiati fa da contraltare il silenzio del patto globale in relazione al diritto umano di lasciare qualsiasi Paese, anche il proprio, che è il necessario corollario del diritto umano a tornare nel proprio Paese. In una prospettiva di sviluppo progressivo dello *ius migrandi*, il modello che il patto propone è quello di un diritto debole in uscita – non essendo la cooperazione internazionale orientata a rendere effettivo un “diritto alla fuga” dalla persecuzione o dai maltrattamenti¹¹³ – e forte in entrata, ovvero in rapporto al rientro del rifugiato.

Nella misura in cui il rientro volontario diviene la principale soluzione al problema dei rifugiati, si modificano i rapporti tra gli Stati “produttori” di rifugiati e i Paesi di destinazione.

Infatti, nel paradigma della Convenzione di Ginevra, la protezione offerta dalla comunità internazionale è qualificata come “surrogata” e “umanitaria”, nel senso che essa trova applicazione allorché l'individuo non possa ricevere protezione da parte dello Stato di cittadinanza (o di residenza abituale, per gli apolidi)¹¹⁴. Al contempo, la responsabilità collettiva della comunità internazionale nei confronti dei rifugiati prescinde dall'accertamento della responsabilità dello Stato produttore dei flussi per la violazione del dovere di protezione dei propri cittadini¹¹⁵, concretizzandosi nella facoltà di opporre agli altri Stati la decisione di concedere l'asilo e nel divieto di collaborare con il Paese che perseguita il rifugiato¹¹⁶.

112. *Global Compact on Refugees*, par. 87.

113. Sulla configurabilità di un diritto alla fuga, derivante dal diritto di lasciare il proprio Paese e dall'obbligo di *non-refoulement* in capo allo Stato di destinazione dei flussi, cfr. V. Moreno-Lax, *Accessing Asylum in Europe*, Oxford, 2017, p. 341 ss.

114. V. Chetail, *Are Refugee Rights Human Rights? An Unorthodox Questioning of the Relations between Refugee Law and Human Rights Law*, in *Human Rights and Immigration*, a cura di R. Rubio-Marín, Oxford, 2014, p. 19 ss., p. 24 ss.

115. In argomento, V. Gowlland-Debbas, *La responsabilité internationale de l'Etat d'origine pour des flux de réfugiés*, *Droit d'asile et des réfugiés*, in *Droit d'asile et des réfugiés*, a cura di A. Pedone, Paris, 1997, p. 93 ss.; R. Hofmann, *Refugee-Generating Policies and the Law of State Responsibility*, in *Zeitschrift für Ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1985, p. 694 ss.; W. Czaplinski, P. Sturma, *La responsabilité des Etats pour les flux de réfugiés provoqués par eux*, in *Annuaire Français de Droit International*, 1994, p. 156 ss.; L.T. Lee, *The Right to Compensation: Refugees and Countries of Asylum*, in *American Journal of International Law*, 1986, p. 532 ss.

116. In tal senso si esprimono il preambolo e l'art. 1 della Dichiarazione sull'asilo territoriale, cit.

Nel paradigma declinato dal *Global Compact*, invece, si invita la comunità internazionale ad adoperarsi per cooperare con il Paese dal quale il rifugiato fugge al fine di rimuovere i fattori strutturali che ne ostacolano il rientro volontario. In questo modo, viene posta in secondo piano la responsabilità collettiva della comunità internazionale verso i rifugiati, con il conseguente rischio di ampliare lo iato tra l'enunciazione teorica del principio di solidarietà internazionale e la prassi. Tale rischio emerge chiaramente dalla disciplina dei rapporti tra la comunità internazionale e i Paesi “particolarmente toccati” dai flussi, espressione che non è definita nel patto globale, ma che pare riferibile ai Paesi di accoglienza limitrofi ai focolai di produzione dei flussi di massa. Rispetto a questi Paesi, gli altri Stati sono responsabili per la predisposizione di forme di *burden-sharing* più incisive; eppure, la solidarietà rimane su di un piano di pura volontarietà, *in funzione delle capacità e delle risorse dei Paesi che la offrono*.

L'insistenza sulla natura volontaria della solidarietà internazionale nei confronti dei Paesi particolarmente interessati dai flussi è probabilmente legata al rilievo che la prassi di tali Paesi assume nella formazione della consuetudine internazionale¹¹⁷ e pare intesa a escludere che il patto globale dia luogo a forme avanzate di *burden sharing*, che vadano al di là dell'aspetto meramente finanziario. D'altra parte, il *favor* del patto per un approccio al *burden-sharing* che concentri la solidarietà sull'aspetto finanziario rischia di incoraggiare una “ghettizzazione” dei rifugiati nel sud del mondo, in aperta contraddizione con la concettualizzazione della protezione internazionale come bene pubblico globale¹¹⁸.

5. Le analogie tra la *governance* internazionale ed europea dei flussi di massa di rifugiati e migranti: a) i profili di criticità formale

L'Unione europea ha giocato un ruolo di primo piano nel processo negoziale che ha condotto all'adozione del testo definitivo del patto globale sulla migrazione e offerto un contributo fattivo alle consultazioni coordinate dall'Alto Commissariato per il patto globale sui rifugiati. L'influenza europea si è dispiegata a due livelli: in primo luogo, sulla formazione di una “coscienza politica” della necessità di una presa di posizione unitaria a

117. Cfr. Corte int. giust., *North Sea Continental Shelf Cases*, sentenza del 20.2.1969, *ICJ Reports 1969*, p. 3 ss., par. 73, dove si sottolinea l'importanza della prassi degli Stati “maggiormente toccati” nella formazione della consuetudine. Analogamente, cfr. Corte int. giust., *Fisheries Case, (Regno Unito c. Norvegia)*, sentenza del 18.12.1951, *ICJ Reports 1951*, p. 116 ss., p. 138. In argomento, E. Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, Cambridge, 1982, p. 368; J.-M. Henckaerts, L. Doswaldbeck, *Customary International Humanitarian Law*, vol. I, Cambridge, 2005.

118. E.R. Thielemann, T. Dewan, *The Myth of Free-Riding: Refugee Protection and Implicit Burden-Sharing*, in *West European Politics*, 2006, p. 351 ss.

livello universale per una *governance* più efficiente dei flussi di massa di rifugiati e migranti; in secondo luogo, sulla definizione formale e contenutistica dei *Global Compacts*.

Per quanto riguarda l'opportunità di adottare i *Global Compacts*, la rappresentante speciale dell'ONU per le migrazioni internazionali non ha fatto mistero di come la "crisi" migratoria europea abbia contribuito a catalizzare un ampio consenso in seno all'Assemblea Generale dell'ONU sull'urgenza di una *governance* coordinata del fenomeno delle migrazioni di massa¹¹⁹, che opponga al proliferare delle istanze sovraniste e xenofobe la riaffermazione solenne dei diritti dei migranti e dei rifugiati, ma anche delle prerogative e delle responsabilità statali nel controllo delle frontiere esterne.

Per quanto concerne la forma e i contenuti dei *Global Compacts*, essi presentano vistose analogie con gli strumenti cooperativi adottati dall'Unione in attuazione dell'agenda europea sulla migrazione¹²⁰. Tali analogie riguardano, in primo luogo, il *nomen*. L'espressione "*Global Compact*" non è, invero, sconosciuta alla prassi delle Nazioni Unite, essendo stata utilizzata, ad esempio, per qualificare l'iniziativa onusiana di un partenariato tra le grandi multinazionali in materia di responsabilità sociale d'impresa¹²¹. Il suo impiego in relazione al prodotto finale di un processo negoziale a livello principalmente intergovernativo appare, invece, una novità. Un precedente è chiaramente individuabile, invece, a livello regionale europeo, dove la proposta italiana di un *Migration Compact*¹²² ha avuto immediato seguito con l'adozione da parte dell'Unione europea di un quadro di partenariato per la migrazione¹²³.

Questo nuovo quadro è costruito attorno al "prototipo" della Dichiarazione UE-Turchia¹²⁴, intesa quale laboratorio sperimentale di «nuovi modi per mettere ordine nei

119. A. Rasper, *Louise Arbour: European Migrant Crisis 'Generated a Consciousness'*, in *DM – Made for Minds*, 13.7.2018, www.dw.com.

120. Cfr. le due ultime relazioni della Commissione sullo stato di attuazione dell'agenda europea sulla migrazione, COM(2018) 250 final, 14.3.2018 e COM(2018) 301 final, 16.5.2018. In termini simili, G. Almeida, K. Bamberg, *The UN Summit for Refugees and Migrants: A Mirror of the Current EU Migration Policy?*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 24.11.2016, www.eumigrationlawblog.eu.

121. L'idea fu lanciata nel 1999 dall'allora Segretario Generale ONU, Kofi Annan, che propose un patto globale tra l'organizzazione universale e le imprese presenti al World Economic Forum di Davos sulla responsabilità sociale d'impresa. Cfr. *Secretary-General Proposes Global Compact on Human Rights, Labour, Environment, in Address to World Economic Forum in Davos*, Press Release SG/SM/6881, 1999. V. anche Assemblea Generale ONU, *Towards Global Partnerships: A Principle-Based Approach to Enhanced Cooperation between the United Nations and All Relevant Partners*, UN Doc. A/RES/68/234, 20.12.2013.

122. *Italian Non-Paper – Migration Compact. Contribution to an EU Strategy for External Action on Migration*, 15.4.2016, reperibile online.

123. Comunicazione della Commissione, *sulla creazione di un nuovo quadro di partenariato con i paesi terzi nell'ambito dell'agenda europea sulla migrazione*, COM(2016) 385 final, 7.6.2016 (nel prosieguo: "quadro di partenariato UE"). I Paesi terzi individuati ai fini della conclusione di questi patti sono indicati nella quinta relazione sui progressi compiuti relativamente al quadro di partenariato, COM(2017) 471 final, 6.9.2017.

124. Sulla Dichiarazione UE-Turchia, cfr. *ex multis*, C. Favilli, *La cooperazione UE-Turchia per contenere il flusso dei migranti e richiedenti asilo: obiettivo riuscito?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, p. 405 ss.; M.

flussi migratori e salvare vite, producendo effetti immediati»¹²⁵. Esso ambisce all'istituzione di partenariati solidi e affidabili con i Paesi terzi di origine e di transito dei flussi, basati sulla fiducia reciproca e sulla condivisione delle responsabilità¹²⁶. Tali partenariati prevedono la conclusione di patti “su misura” (“*compacts*”), nonché «l'uso di mezzi di pressione»¹²⁷ e la mobilitazione di «elementi di competenza degli Stati membri» a sostegno dell'approccio europeo¹²⁸.

Nella prassi, i *compacts* sinora conclusi dall'Unione si presentano come allegati a decisioni dei consigli di associazione istituiti da accordi internazionali conclusi dall'Unione europea nel quadro dell'approccio globale dell'Unione alla migrazione e alla mobilità (GAMM)¹²⁹. Ad essi la nuova strategia europea associa la conclusione di intese politiche, come le “agende comuni sulla migrazione e la mobilità”¹³⁰, i “comunicati congiunti” nell'ambito del dialogo di alto livello sulla migrazione¹³¹, gli “accordi operativi” tra

Marchegiani, L. Marotti, *L'accordo tra l'Unione europea e la Turchia per la gestione dei flussi migratori: cronaca di una morte annunciata?*, in questa *Rivista*, 1-2.2016, p. 59 ss.

125. Quadro di partenariato UE, p. 2.

126. In questi termini si esprime la Dichiarazione di Malta che funge altresì da anello di congiunzione tra il quadro di partenariato sulla migrazione e il piano d'azione di La Valletta del 2015, che istituisce il fondo fiduciario per l'Africa. Cfr. *Malta Declaration by the Members of the European Council on the External Aspects of Migration: Addressing the Central Mediterranean Route*, Statements and Remarks 43/17, punti 4 e 7.

127. Quadro di partenariato UE, p. 6.

128. Conclusioni del Consiglio europeo del 28 giugno 2016, EUCO 26/16, p. 2. In argomento, ci sia consentito rinviare al nostro articolo in questa *Rivista*, *L'azione esterna dell'Unione europea in materia di immigrazione e asilo: linee di tendenza e proposte per il futuro*, 3-4.2016, p. 9 ss.

129. Questo è il caso dei *compacts* conclusi dall'Unione con i paesi limitrofi alla Siria, ovvero il Libano e la Giordania, che assieme alla Turchia sopportano l'onere maggiore dell'accoglienza dei profughi siriani. Cfr. la dec. 1/2016 del Consiglio di associazione UE-Libano dell'11.11.2016, adottata sulla base dell'art. 76 dell'accordo euromediterraneo tra l'Unione europea e il Libano del 17.6.2002, al fine di fissare le *Partnership Priorities* nell'attuazione dell'accordo, UE-RL 3001/16. V. anche dec. 2016/2310/UE del 17.10.2016 relativa alla posizione da adottare a nome dell'Unione europea in sede di Consiglio di associazione istituito dall'accordo euromediterraneo che istituisce un'associazione tra le Comunità europee e i loro Stati membri, da una parte, e il Regno hascemita di Giordania, dall'altra, in merito all'adozione delle priorità del partenariato UE-Giordania. In argomento, M. Panizzon, *Trade and Migration: A Typology of the Linkage in EU Trade and Association Agreements?*, in *Pathways Towards Legal Migration Into the EU: Reappraising Concepts*, a cura di A. Geddes, E. Guild, S. Carrera, M. Stephan, Brussels, 2017, p. 128 ss.

130. È il caso di Nigeria ed Etiopia, Paesi con i quali sono state concluse *Common Agendas on Migration and Mobility* nel 2015 e che in seguito all'adozione del quadro di partenariato sono stati individuati come Paesi “pilota” in ragione della relativa stabilità interna e dell'importanza di tali Paesi dal punto di vista dei flussi che vi transitano (nel primo caso) ovvero della “produzione” netta di rifugiati (nel secondo caso). Sugli sviluppi della cooperazione cfr. i *Factsheets: Nigeria, Action and Progress Under the Migration Partnership Framework, June 2016-June 2017; Ethiopia, Action and Progress Under the Migration Partnership Framework, June 2016-June 2017*, entrambi accessibili online. In argomento, C. Castillejo, *The EU Migration Partnership Framework. Time for a Rethink?*, Deutsches Institut für Entwicklungspolitik Discussion Paper 28/2017, p. 24 ss.

131. Si pensi ai comunicati congiunti adottati nel 2016 dall'Unione europea con il Mali e l'Afghanistan, che in nulla si distinguono da accordi internazionali per contenuti e forma, ma le cui modalità di negoziato e conclusione sono assimilabili a quelle della Dichiarazione UE-Turchia. A differenza della Dichiarazione UE-Turchia, però, in ambo i casi le istituzioni dell'Unione hanno riconosciuto l'imputabilità all'Unione stessa dei comunicati congiunti, pur negando agli stessi valore giuridico vincolante. Cfr. Mali-EU Joint Communiqué on the High Level Dialogue on Migration, as part of

l’Agenzia Frontex e le autorità competenti dei Paesi terzi di transito per il distacco di ufficiali di collegamento¹³² e i “piani d’azione” per il sostegno (essenzialmente finanziario) alla cooperazione tra gli Stati membri frontalieri e Paesi terzi di transito con cui l’Unione non può o non vuole intrattenere forme dirette di cooperazione istituzionalizzata¹³³.

Questi strumenti “atipici” di partenariato prendono il posto dei classici accordi di riammissione o di facilitazione del visto. Molti di essi condividono con i *Global Compacts* l’espressa qualificazione di atti formalmente non vincolanti e quindi in grado di bypassare l’iter procedurale per l’adozione degli accordi internazionali. Al contempo, si atteggiavano ad atti integrativi o di dettaglio di norme contenute in accordi internazionali ovvero sono

the follow-up to the Valletta Summit, Bamako, 15.4.2016; Joint Way Forward on Migration Issues, 2.10.2016. Sugli sviluppi della cooperazione col Mali, cfr. il *Factsheet: Mali, Action and Progress Under the Migration Partnership Framework, June 2016-June 2017*, accessibile online. La cooperazione con l’Afghanistan, invece, si inserisce nella strategia dell’Unione per i paesi situati sulla via della seta, tra cui anche il Bangladesh (con cui esistono forme stabili di cooperazione operativa), il Pakistan (che intrattiene relazioni bilaterali con numerosi Stati membri) e l’Egitto (che è legato all’Unione da un accordo di associazione). In argomento, L. Limone, *EU-Afghanistan “Joint Way Forward on Migration Issues”: Another “Surrealist” EU Legal Text?*, in *European Area of Freedom Security & Justice*, 11 April 2017, www.free-group.eu; N. Koenig, M.W. Franke, *One Year On: What Lessons from the EU-Turkey “Deal”?*, in *Jacques Delors Institut Blog*, 17.3.2017, www.delorsinstitut.de. Più in generale, sull’impatto dell’azione esterna dell’Unione in materia di immigrazione, cfr. F. Trauner, S. Deimel, *The Impact of EU Migration Policies on African Countries: The Case of Mali*, in *International Migration*, 2013, p. 20 ss.

132. È il caso del Niger, già integrato nel dispositivo europeo di sicurezza attraverso l’operazione civile *EUCAP Sahel Niger* e la costruzione di un Centro polifunzionale ad Agadez per il controllo e la gestione dei flussi migratori, che ha ricevuto di recente gli ufficiali di collegamento di Frontex. È altresì il caso del Senegal, ove è stata istituita una cellula di analisi dei rischi della comunità di *intelligence* Africa-Frontex nell’ambito della cooperazione con l’Agenzia. In argomento, A. Stocchiero *et al.*, *Partnership or Conditionality? Monitoring the Migration Compacts and EU Trust Fund for Africa*, Concord Italy, 2018; C. Bauloz, *The EU Migration Partnership Framework: an External Solution to the Crisis?*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 31.1.2017, www.eumigrationlawblog.eu.

133. È il caso della Libia e della Tunisia, Paesi che intrattengono stabili relazioni bilaterali con l’Italia e con i quali l’Unione collabora attraverso il supporto offerto a tale Stato membro. Per quanto riguarda la Libia, cfr. il par. 4 delle conclusioni del Consiglio europeo sugli aspetti esterni della migrazione del 15 dicembre 2016, la lett. i) della già citata Dichiarazione di Malta e il piano d’azione sulle misure a sostegno dell’Italia e per ridurre la pressione sulla rotta del Mediterraneo centrale e aumentare la solidarietà, SEC(2017) 339, 4.7.2017. V. anche il *Factsheet: EU - Libya Relations*, accessibile online. Per quanto riguarda la Tunisia, v. il par. 4.6 della comunicazione della Commissione e dell’Alto Rappresentante, *Intensificare il sostegno dell’UE alla Tunisia*, JOIN(2016) 47 final, 29.9.2016. Si noti che la Dichiarazione UE-Turchia ha fatto da apripista anche rispetto a questo modello di cooperazione “mediata” tra l’Unione e i Paesi terzi di importanza strategica per la difesa delle frontiere europee, attraverso la pressione esercitata dall’Unione sulla Grecia al fine di addivenire a una modifica della propria legislazione interna funzionale a rendere più spedita l’attuazione della Dichiarazione. Rispetto alla Dichiarazione, nei casi suesposti, peraltro, la “mediazione” avviene per il tramite della cooperazione bilaterale dello Stato membro in assenza di un *engagement* formale dell’Unione o della collettività degli Stati membri, come la Dichiarazione UE-Turchia. In questo modo, la mobilitazione di «elementi di competenza degli Stati membri» a sostegno del quadro di partenariato consente all’Unione di aggirare più facilmente la responsabilità internazionale derivante dalla cooperazione con Stati terzi in cui la tutela dei diritti fondamentali è ben al di sotto degli *standard* europei. Il principio di leale cooperazione, quindi, da limite all’azione esterna degli Stati membri dell’Unione negli ambiti di competenza concorrente, viene riconfigurato come presupposto per l’assunzione da parte di questi ultimi di impegni internazionali funzionali alla realizzazione delle politiche dell’Unione laddove vincoli “costituzionali” o limiti “politici” ostacolano un’azione diretta dell’Unione.

redatti in modo da esprimere un chiaro *animus contrahendi* o ancora – soprattutto nell’ambito della cooperazione operativa – delineano la cornice giuridica all’interno della quale possono essere dispiegate attività fortemente intrusive dei diritti fondamentali dei migranti e dei rifugiati. Lo iato tra la pretesa natura *soft* di questi strumenti e la crescente incidenza che essi sono in grado di dispiegare sui diritti fondamentali rende più gravosa l’incertezza sulla loro qualificazione giuridica, mettendo in luce il crescente *deficit* di *accountability* nell’azione esterna dell’Unione in materia di immigrazione e asilo.

D’altra parte, l’espansione della “zona grigia”, sottratta al controllo politico e giurisdizionale, non è il prodotto casuale di un’eterogenesi dei fini. La *ratio* del nuovo approccio europeo al partenariato in materia di immigrazione e asilo è, infatti, proprio quella di accrescere l’*efficacia* della cooperazione con i Paesi terzi volta al contenimento dei flussi di massa, dando «priorità assoluta alla realizzazione di rimpatri rapidi e operativi»¹³⁴ ed evitando «il rischio che l’attuazione pratica venga ritardata da negoziati tecnici per un accordo formale a tutto tondo»¹³⁵.

L’enfasi sull’efficacia della cooperazione, e sulla necessità che essa produca risultati tangibili ed immediati, caratterizza anche il contributo dell’Unione ai *Global Compacts*, pensati come «Programme[s] of Action of result-oriented commitments»¹³⁶, in grado di superare i limiti della cooperazione “tradizionale” sulle migrazioni¹³⁷. La natura *soft* dei *Global Compacts* viene, quindi, presentata come un valore aggiunto¹³⁸ nella prospettiva del passaggio dalla mera “gestione” *uti singuli* a una più ambiziosa “governance” *uti universi* della migrazione di massa¹³⁹. L’ambizione, tuttavia, non è quella dello sviluppo progressivo dello *ius migrandi* internazionale¹⁴⁰ – nel qual caso si sarebbe evidentemente optato per un

134. Quadro di partenariato UE, p. 8.

135. Comunicazione della Commissione, *prima relazione sui progressi compiuti relativamente al nuovo quadro di partenariato con i paesi terzi nell’ambito dell’agenda europea sulla migrazione*, COM(2016) 700 final, 18.10.2016, p. 3.

136. *EU Input to the UN Secretary-General’s Report on the Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration, Making Migration Work for All*, UN Doc. A/72/643, 12.12.2017, p. 1.

137. *Ibidem*: «The future Global Compact on Migration should be a non-legally binding document resulting from an intergovernmental process, at the same time going beyond the declaratory nature of the New York Declaration by setting forth specific priorities and actions/chapters and linking them to a follow-up and monitoring mechanism».

138. In tal senso, *EU Priorities at the United Nations and the 73rd United Nations General Assembly (September 2018 – September 2019)*, Doc. 10056/18, 25.6.2018, p. 3.

139. Sui concetti di “gestione” e “governance” migratoria cfr. Global Migration Group, *Input to the Secretary-General’s Issue Brief. Issue Brief #3, International Cooperation and Governance of Migration in All Its Dimensions Including at Borders, On Transit, Entry, Return, Readmission, Integration and Reintegration*, accessibile online (nel prosieguo: “Issue Brief #3”).

140. Ciò trova conferma nella dichiarazione resa dal rappresentante dell’Unione durante la terza consultazione formale per il patto globale sui rifugiati: «In line with the non-binding nature of the Compact, it is clear that no legal obligations can arise from it, neither for host countries, nor for donors, resettlement countries or other actors. The Compact seeks to foster comprehensive responses through a cooperative framework and an improved system of burden- and responsibility-sharing». Cfr. *Global Compact on Refugees – 3rd Formal Consultations on Draft 1*, Doc.180416/3,

progetto di articoli, alla stregua di quello sulla protezione dei diritti umani delle persone espulse o in via di espulsione¹⁴¹ – bensì dell’avanzamento di forme fluide e de-proceduralizzate di cooperazione tra attori statuali, organizzazioni internazionali e altri enti non statuali, sovente privi di legittimazione democratica eppur dotati di incisivi poteri di fatto¹⁴².

Questo processo di de-formalizzazione della cooperazione internazionale è il vero tratto distintivo della nuova *governance* internazionale ed europea delle migrazioni di massa. Esso è stato avallato, a livello universale, come soluzione all'*impasse* del multilateralismo tradizionale, ovvero di «situations where a large number of states are unable to reach agreement through formal processes»¹⁴³, e, a livello europeo, come strategia di ottimizzazione del GAMM, basata sulla conclusione di intese “leggere”, caratterizzate dalla commistione degli obiettivi e degli strumenti d’azione¹⁴⁴.

Questa commistione – anche nota come approccio “integrato” o “intersectoriale”¹⁴⁵ – mira a superare gli steccati giuridici delle diverse forme di cooperazione che (direttamente o indirettamente) sono in grado di influenzare il governo dei flussi migratori attraverso strumenti atipici, ibridi o di natura tecnica, che sfuggono ai “lacci e laccioli” che imbrigliano le forme di cooperazione tradizionale. L’assenza di forma diviene, quindi, una precisa opzione politica, funzionale a portare avanti una “de-giurisdizionalizzazione” delle procedure di tutela dei diritti dei migranti¹⁴⁶ e dei rifugiati, tanto a livello regionale quanto a livello universale.

6. (segue) b) i profili di criticità sostanziale

Le analogie tra gli strumenti cooperativi adottati dall’Unione in attuazione dell’agenda europea sulla migrazione e i *Global Compacts* non si esauriscono agli aspetti formali. Invero, possono enuclearsi cinque ambiti nei quali l’approccio “integrato” europeo ha

11.4.2018; *EU Remarks – United Nations: UNHCR Briefing on the Global Compact on Refugees*, Doc. 180413/13, 13.4.2018.

141. V. *supra*, par. 2.

142. A. Algostino, *L’esternalizzazione soft delle frontiere e il naufragio della Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, 2017, p. 139 ss., www.costituzionalismo.it.

143. Issue Brief #3, p. 3.

144. In argomento, R.A. Wessel, ‘Soft’ *International Agreements in EU External Relations: Pragmatism over Principles?*, Draft paper, presented at the ECPR SGEU Conference, Paris 13-15.6.2018, accessibile *online*; P. García Andrade, *The Distribution of Powers Between EU Institutions for Conducting External Affairs through Non-Binding Instruments*, in *European Papers*, 2016, p. 115 ss.

145. V. ad es. la comunicazione della Commissione, *agenda europea sulla sicurezza*, COM(2015) 185 final, 28.4.2015, p. 4.

146. In questi termini, G. Cataldi, *La distinzione tra rifugiato e migrante economico: una dicotomia da superare*, in *Migrazioni e diritto internazionale*, cit., p. 585 ss., p. 600.

rappresentato la pietra di paragone nell'elaborazione delle proposte e delle soluzioni contenute nei due patti globali.

Il primo ambito è quello dell'informazione, che assurge a principale strumento di governo e di contenimento delle migrazioni di massa. L'ambizione della completa tracciabilità della mobilità umana attraverso le moderne tecniche di raccolta e condivisione delle informazioni appare centrale in entrambi i *Compacts* e si pone in piena continuità con la costruzione dei c.d. “*smart borders*” a livello europeo, oltre che con l'elaborazione giuridica del concetto di interoperabilità¹⁴⁷.

Il secondo ambito è quello della cooperazione operativa volta alla prevenzione e alla deterrenza degli attraversamenti non autorizzati alle frontiere esterne. Come noto, nel diritto dell'Unione, tale cooperazione mira alla «istituzione progressiva di un sistema integrato di gestione delle frontiere esterne»¹⁴⁸, il cui funzionamento riposa sulla «responsabilità condivisa dell'Agenzia e delle autorità nazionali preposte alla gestione delle frontiere»¹⁴⁹. Tanto il concetto di gestione integrata delle frontiere esterne quanto quello di responsabilità condivisa sono trasposti *de plano* nel testo del patto globale sulla migrazione¹⁵⁰ e messi al servizio dell'approccio preventivo al contrasto dell'immigrazione irregolare. La cooperazione internazionale per una gestione integrata dei confini viene presentata come «an important element of security for States»¹⁵¹, che rafforza la potestà statale di *prevenire* gli attraversamenti non autorizzati delle frontiere esterne¹⁵² e di *limitare* l'accesso dei rifugiati alle procedure di riconoscimento dello *status* «subject to the safeguard that they will have access to, and enjoyment of, protection elsewhere»¹⁵³. L'efficacia della gestione integrata delle frontiere si lega, quindi, a doppio filo alla ricerca di forme di “protezione altrove”, che facciano salvo – almeno formalmente – il divieto di *refoulement*¹⁵⁴.

147. High-Level Expert Group on Information Systems and Interoperability, Final Report, May 2017, Ref. Ares(2017)2412067, 11.05.2017.

148. Articolo 77 TFUE, su cui A. Adinolfi, *Commento all'art. 77 TFUE*, in *Commentario breve ai Trattati*, cit., p. 474 ss.

149. Reg. 2016/1624/UE del 14.9.2016, *cons.* 6 e art. 5.

150. Sul concetto di *Integrated Border Management* v. Commissione europea, *Thematic Global Evaluation of the European Union's Support to Integrated Border Management and Fight Against Organised Crime. Final Report*, vol. I, 2013, p. 13 ss.

151. Dichiarazione di New York, par. 24.

152. *Ibid.*: «We reaffirm that, in line with the principle of non-refoulement, individuals must not be returned at borders. We acknowledge also that, while upholding these obligations and principles, States are entitled to take measures to prevent irregular border crossings».

153. *Ivi*, par. 70.

154. Sui tentativi di relativizzare il principio anche a livello europeo, peraltro, cfr. Parlamento europeo, *Situazione dei migranti in Libia, intervento dell'on. Barbara Spinelli, a nome del gruppo GUE/NGL*, discussione n. 16, 12.12.2017.

Il terzo ambito riguarda la cooperazione internazionale nella prevenzione e nel contrasto allo *smuggling* e al *trafficking*, che assume un rilievo del tutto primario tra le forme di cooperazione considerate nel patto globale sulla migrazione¹⁵⁵, cui fa da contraltare l'indebolimento dell'impegno collettivo alla creazione di percorsi migratori sicuri e legali¹⁵⁶. Il paradosso è, quindi, quello di un *Compact* in cui l'obiettivo di una mobilità umana "sicura, ordinata e regolare" non è perseguito in via principale attraverso la creazione di canali regolari d'immigrazione, bensì per il tramite della lotta contro le reti criminali transnazionali che proliferano proprio grazie all'assenza di canali regolari. Il fine dichiarato della lotta è quello di distruggere il modello di *business* di queste reti, a causa del quale «refugees and migrants in large movements are at greater risk»¹⁵⁷. Il pericolo in cui incorrono i migranti nell'affidarsi ai trafficanti e ai facilitatori per giungere nei Paesi di destinazione è quindi esorcizzato ingaggiando una vera e propria "*war on smuggling*", sul modello di quella lanciata dall'Unione con l'operazione *EUNAVFOR Med (Sophia)*¹⁵⁸. L'enfasi sulla prevenzione e il contrasto dello *smuggling* e del *trafficking* viene, quindi, presentata come una "risposta umanitaria" agli afflussi massicci¹⁵⁹ e, nondimeno, contribuisce a spostare il *focus* dalla sicurezza umana alla sicurezza delle frontiere.

Il quarto ambito è quello della cooperazione allo sviluppo, che viene subordinata alle finalità della *governance* delle migrazioni di massa, in particolare alla riammissione dei migranti, al rientro volontario dei rifugiati e al rafforzamento dei controlli alle frontiere esterne dei Paesi di transito dei flussi¹⁶⁰. Tale subordinazione è descritta, in uno dei documenti con cui l'Unione ha contribuito alle consultazioni per il patto globale sui rifugiati, come parte di «a new development-oriented approach to forced displacement and protracted crises, with a focus on reducing aid-dependence and fostering self-reliance»¹⁶¹. Questo approccio, che guarda alle cause profonde delle migrazioni e mira a intervenire sui

155. *Ivi*, par. 36: «We welcome reinforced technical cooperation, on a regional and bilateral basis, between countries of origin, transit and destination on the prevention of human trafficking and migrant smuggling and the prosecution of traffickers and smugglers».

156. Sul punto, il linguaggio usato dalla Dichiarazione di New York è particolarmente evanescente, riferendosi genericamente a «well-managed migration policies [which] may include the creation and expansion of safe, regular pathways for migration» (*ivi*, Annex II, par. III.8).

157. *Ivi*, par. 35.

158. Cfr. la dec. 2015/778/PESC del 18.5.2015 relativa a un'operazione militare dell'Unione europea nel Mediterraneo centro-meridionale (*EUNAVFOR Med*). In argomento, F. De Vittor, *I risultati del Consiglio europeo straordinario sull'emergenza umanitaria nel Mediterraneo: repressione del traffico di migranti o contrasto all'immigrazione irregolare?*, in *SIDI Blog*, 27.4.2015, www.sidiblog.org.

159. V. Moreno-Lax, *The EU Humanitarian Border and the Securitization of Human Rights: The 'Rescue-Through-Interdiction/Rescue-Without-Protection' Paradigm*, in *Journal of Common Market Studies*, 2017, p. 1 ss.

160. *Global Compact on Migration*, obiettivo 21.

161. *Global Compact on Refugees, Fifth Thematic Session, Third Panel: In What Ways Can Regional Institutions Contribute to Comprehensive Refugee Responses?*, Doc. 171115/11, 15.11.2017, p. 3.

push factors attraverso la cooperazione allo sviluppo, incorre tuttavia nel limite di un impiego massiccio della condizionalità (c.d. “*more for more principle*”) per esigenze di contenimento e diversione dei flussi di massa di migranti e rifugiati.

Anche nei *compacts* negoziati dall’Unione europea nell’ambito del quadro di partenariato sulla migrazione l’uso della condizionalità “migratoria” travalica i confini degli strumenti tradizionali, come la politica dei visti¹⁶². La condizionalità si estende all’aiuto allo sviluppo e finanche alla politica commerciale, che divengono funzionali a garantire l’effettività della cooperazione dei Paesi terzi nel contenimento delle partenze dei rifugiati¹⁶³. Di conseguenza, l’obiettivo primo e principale della cooperazione europea per lo sviluppo sostenibile dei Paesi di origine e di transito dei flussi migratori finisce per traslare dalla riduzione della povertà¹⁶⁴ alla immobilizzazione dei rifugiati di massa nel Paese di transito. Lo “sviamento” della cooperazione allo sviluppo è dunque particolarmente pernicioso, non solo in quanto si pone in contrasto con il fine assegnato a tale cooperazione dal Trattato di Lisbona¹⁶⁵, ma anche perché lo sostituisce con un fine che appare in netto contrasto con un diritto umano di fondamentale rilevanza nella *governance* delle *mass migrations*: quello di lasciare qualsiasi Paese¹⁶⁶.

Infine, l’ultimo ambito è quello degli strumenti di condivisione dell’onere migratorio e dell’asilo. I *Global Compacts* riaffermano con solennità i principi di mutua fiducia, responsabilità condivisa e di solidarietà¹⁶⁷ e, al contempo, non ne offrono una definizione giuridicamente rilevante, né delimitano l’ambito di operatività degli stessi, ad esempio, in relazione a quelli che il patto globale sui rifugiati definisce come «[a]rrangements for burden- and responsibility-sharing»¹⁶⁸. Emblematicamente, il patto globale sui rifugiati propone la conclusione di accordi tra l’UNHCR e gli Stati “particolarmente toccati”, intesi a favorire il ritorno volontario dei rifugiati¹⁶⁹, ma non introduce alcun meccanismo,

162. Sulla riforma del sistema dei visti, volta a introdurre «stricter conditions for processing visas when a partner country does not cooperate sufficiently on the readmission of irregular migrants», cfr. *Remarks by Commissioner Avramopoulos on the Reform of the EU Visa Policy. Progress Made on Migration and the Facility for Refugees in Turkey*, SPEECH/18/2001, 14.3.2018.

163. Parlamento europeo, *Briefing – Growing Impact of EU Migration Policy on Development Cooperation*, 2017.

164. V. gli artt. 3, par. 5, TUE; 21, par. 2, lett. d), TUE; 208, par. 1, TFUE.

165. Sul problema della coerenza di queste intese con il diritto dell’Unione cfr. A. Adinolfi, *Alcune riflessioni sulla reazione dell’Unione europea alle violazioni dei diritti umani in Turchia e sui possibili strumenti di contrasto*, in *Dialoghi con Ugo Villani*, cit., p. 223 ss., p. 227.

166. N. Markard, *The Right to Leave by Sea: Legal Limits on EU Migration Control by Third Countries*, in *European Journal of International Law*, 2016, p. 591 ss. In generale, V. Chetail, *The Transnational Movement of Persons Under General International Law – Mapping the Customary Law Foundations of International Migration Law*, in *Research Handbook on International Law and Migration*, a cura di V. Chetail, C. Bauloz, Cheltenham, 2014, p. 1 ss.

167. Dichiarazione di New York, par. 11: «We acknowledge a shared responsibility to manage large movements of refugees and migrants in a humane, sensitive, compassionate and people-centred manner».

168. *Global Compact on Refugees*, p. 4.

169. *Ivi*, par. 88.

neppure di emergenza, per il *resettlement* dei rifugiati¹⁷⁰; anzi, prevede che «all efforts under the global compact will align with the existing multilateral resettlement architecture» e ridimensiona le aspettative sulla possibilità di rinvigorire la solidarietà internazionale nella condivisione dell'onere dell'asilo¹⁷¹.

Analogamente, nelle nuove forme di partenariato in materia di asilo sviluppate dall'Unione europea a partire dalla Dichiarazione UE-Turchia, i principi di mutua fiducia e responsabilità condivisa vengono “esternalizzati”¹⁷² al fine di legittimare un utilizzo strumentale del principio di solidarietà, dietro cui si cela la dismissione delle responsabilità europee in materia di asilo. Emblematica di questo approccio è la “riconversione” della funzione del *resettlement*, che da espressione tipica della solidarietà internazionale diviene – nella Dichiarazione UE-Turchia – strumento di deterrenza e contenimento dell'arrivo spontaneo di richiedenti asilo in Europa.

La cifra del contributo dell'Unione all'elaborazione dei patti globali passa, dunque, attraverso un atteggiamento fortemente conservativo rispetto ad alcuni elementi della precedente gestione delle migrazioni di massa – come la dicotomia tra rifugiato e migrante economico e l'obbligo di riammissione – cui si accosta l'esportazione sul piano internazionale dei principi che regolano la cooperazione intra-europea in materia di immigrazione e asilo¹⁷³.

Tuttavia, in questo passaggio i principi ordinatori dell'azione “interna” dell'Unione in materia di immigrazione e asilo perdono la funzione assoluta nell'ordinamento giuridico dell'Unione. Così, il principio solidarietà – da norma-base di un ordinamento quasi-

170. Principale elemento di rilievo è l'elaborazione di una strategia triennale da parte dell'UNHCR per cercare di espandere le quote del *resettlement* (*ivi*, par. 91).

171. *Ivi*, par. 90.

172. In tal senso, la quota di richiedenti che gli Stati membri si erano originariamente impegnati ad accogliere a beneficio all'Ungheria nell'ambito del programma di *relocation* intra-UE è stata ridestinata, a seguito del rifiuto ungherese di beneficiare di tale programma, al *resettlement* dei rifugiati dalla Turchia all'UE, con conseguente “esternalizzazione” di un meccanismo di solidarietà emergenziale basato sull'art. 78, par. 3, TFUE e preposto alla cooperazione tra gli Stati membri. Cfr. S. Peers, *Relocation of Asylum-Seekers in the EU: Law and Policy*, in *EU Law Analysis*, 24.9.2015, www.eulawanalysis.blogspot.com.

173. Eloquente sul punto è la Dichiarazione conclusiva del *summit* UE-Africa 2017, che appare come l'esempio perfetto della schizofrenia di un dispositivo sanzionatorio delle migrazioni di massa fondato su modelli avanzati di delega delle responsabilità, malcelati dalla logica delle “responsabilità condivise”. Cfr. *Remarks by President Donald Trump opening the 5th African Union-European Union Summit in Abidjan*, Statements and Remarks 708/2017, 29.11.2017; African Union-European Union Summit 2017, *Declaration: Investing in Youth for Accelerated Inclusive Growth and Sustainable Development*, Doc. AU-EU/Decl. 1(V), 29-30.11.2017. Cfr. in particolare il par. 10, che contiene un chiaro richiamo terminologico al patto globale sulla migrazione e all'importanza di «effectively managing irregular migration in a spirit of genuine partnership and shared responsibility, in full respect of national law» (corsivo aggiunto); il par. 15, ove la cooperazione UE-UA in materia migratoria viene direttamente collegata alla strategia globale per la politica estera e di sicurezza dell'Unione europea; i parr. 69-75, che delineano le priorità della cooperazione in materia migratoria: preservazione della vita umana dei migranti attraverso la c.d. “*war on smuggling*” e la prevenzione dei flussi e protezione dei migranti *manifestamente vulnerabili*.

federale – si riduce a forma di assistenza volontaria perlopiù finanziaria ai Paesi specialmente toccati, fornita sulla base di condizionalità in materia di riammissione, controllo dei confini e prevenzione delle partenze; il principio di responsabilità condivisa, da norma cardine nell’articolazione di una risposta *uti universi* alle sfide globali, diviene funzionale al *burden-shifting*; infine, il principio di fiducia reciproca, da strumento di realizzazione della leale cooperazione tra tutti gli attori coinvolti nell’attuazione delle politiche europee, diviene il lasciapassare per l’affermazione di presunzioni generalizzate di sicurezza dei Paesi terzi ai fini dell’esternalizzazione dell’asilo¹⁷⁴. Le ripercussioni di questo processo di “esternalizzazione” dei principi ordinatori dell’azione “interna” dell’Unione in materia di immigrazione e asilo rischiano, però, di ricadere drammaticamente sulla cooperazione intra-europea, contribuendo all’affermazione del paradigma della solidarietà volontaria, differenziata e condizionata, anche nei rapporti tra gli Stati membri dell’Unione¹⁷⁵.

7. Il recepimento del patto globale sulla migrazione nell’ordinamento giuridico dell’Unione europea: a) le basi giuridiche di diritto sostanziale

L’esternalizzazione dei principi ordinatori dell’azione “interna” dell’Unione in materia di immigrazione e asilo potrebbe essere il prezzo da pagare per l’assenza di un consenso europeo in ordine alla relazione tra solidarietà e responsabilità. D’altra parte, la partecipazione attiva dell’Unione europea al processo negoziale relativo all’adozione dei patti globali non risponde alla sola volontà politica di contribuire alla riforma della

174. Quest’affermazione merita una precisazione. Come noto, infatti, nel diritto dell’Unione, le presunzioni di sicurezza dei Paesi terzi ai fini dell’asilo svolgono una funzione endo-procedurale, ossia che si esaurisce nell’ambito delle procedure di determinazione dello *status* dei cittadini di Paesi terzi. Si tratta, peraltro, di presunzioni relative, la cui applicabilità al caso di specie deve essere valutata nell’ambito dell’esame individuale delle domande d’asilo. Di conseguenza, ad es., la circostanza che la Turchia sia considerata un “Paese terzo sicuro” non osta alla decisione che, nel singolo caso di specie, vi siano fondati motivi per ritenere che un richiedente asilo non possa essere rimandato in Turchia. Questo non può avvenire, invece, nell’ambito delle forme di partenariato che mirano a interdire le partenze dei richiedenti asilo, come la Dichiarazione UE-Turchia (cfr. *ivi*: «Turkey will take any necessary measures to prevent new sea or land routes for illegal migration opening from Turkey to the EU»). In tal caso, la presunzione di sicurezza del paese terzo si assottiglia, in quanto svolge una funzione eso-procedurale, con effetti *ipso facto* indiscriminati e, quindi, incompatibili con il diritto dell’Unione. Né la natura *soft* dell’intesa può essere addotta per aggirare gli obblighi in capo all’Unione e agli Stati membri in materia di rispetto dei diritti fondamentali. Come sottolineato dal Mediatore europeo proprio in relazione alla Dichiarazione UE-Turchia, infatti, la legittimità di qualsiasi forma di partenariato deve essere valutata *ex ante* alla luce di un’analisi d’impatto sui diritti fondamentali. Cfr. *Decision of 18.1.2017 in the joint inquiry into complaints 506-509-674-784-927-1381/2016/MHZ against the European Commission concerning a human rights impact assessment in the context of the EU-Turkey Agreement*, par. 25.

175. Cfr. in particolare J.C. Juncker, *The State of the Union 2016: Towards a Better Europe – A Europe that Protects, Empowers and Defends*, 14 September 2016, ove la solidarietà intra-europea è ridotta a mero dovere morale che sprigiona «from the heart» e «cannot be forced». In argomento, A. Michailidou, H.-J. Trenz, *European Solidarity in Times of Crisis: Towards Differentiated Integration*, ARENA Working Paper 5/2018, p. 7 ss.

governance internazionale delle *mass migrations*. Essa va contestualizzata in una fase storica di aperta contestazione delle politiche europee di immigrazione e asilo¹⁷⁶, i cui rischi sono ben evidenziati dalle conclusioni del Consiglio europeo del 28 giugno 2018¹⁷⁷, dalla diffusa tendenza alla criminalizzazione dell'assistenza umanitaria¹⁷⁸ e dalla chiusura dei porti italiani alle imbarcazioni – private ma anche statali – che trasportano migranti e rifugiati soccorsi in mare nel corso di operazioni di *search and rescue*¹⁷⁹.

In relazione al patto globale sulla migrazione, questi rischi si sono concretizzati allorquando l'Ungheria ha abbandonato il negoziato con la motivazione dell'inconciliabilità delle posizioni ungheresi sull'immigrazione con quelle espresse nel *Compact*¹⁸⁰. Alla decisione ungherese la Commissione ha reagito con il deferimento di tale Paese alla Corte di giustizia per violazione del diritto dell'Unione in materia di rimpatrio e protezione internazionale, nell'ambito di una procedura di infrazione avviata nel dicembre 2015¹⁸¹. Più in generale, a fronte del rischio di frammentazione dell'unità della rappresentanza

176. M. Savino, *La crisi dei migranti: l'Europa oltre gli Stati-nazione?*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2015, p. 729 ss.

177. Conclusioni del Consiglio europeo del 28 giugno 2018, Press Release 421/18, 29.06.2018. In argomento, M. Di Filippo, *Unione europea e flussi migratori, o del tramonto dello spirito comunitario: considerazioni a margine del Consiglio europeo del 28-29 giugno 2018*, in *SIDI Blog*, 9.7.2018, www.sidiblog.org.

178. In argomento, L. Fekete, *Migrants, Borders and the Criminalisation of Solidarity in the EU*, in *Race & Class*, 2018, p. 65 ss. Contro la criminalizzazione della solidarietà si segnala l'iniziativa dei cittadini europei "Welcoming Europe" (ECI(2018)000001), presentata il 15.2.2018 e sostenuta dai cittadini di sedici Stati membri.

179. J.C. Hathaway, *Refugees in Orbit – again!*, in *Verfassungsblog*, 11.6.2018, www.verfassungsblog.de; M. Savino, *The Diciotti Affair: beyond the Populist Farce*, *ivi*, 2.9.2018; F. Vassallo Paleologo, *Un mare di abusi, il consenso contro le leggi, prima la salvaguardia della persona*, in *Blog dell'Associazione Diritti e Frontiere (ADIF)*, 23.8.2018, www.a-dif.org.

180. M. Specia, *Hungary Pulls Out of U.N. Global Migration Agreement*, in *The New York Times*, 18.7.2018, www.nytimes.com. Sulla reazione istituzionale a livello europeo, cfr. *Speech by High Representative/Vice-President, Federica Mogherini, at the European Parliament plenary session on the Progress on the UN Global Compact for safe, regular and orderly migration and UN Global Compact on refugees*, Doc. 180313/20, 13.03.2018.

181. *Migration and Asylum: Commission Takes Further Steps in Infringement Procedures against Hungary*, IP/18/4522, 19.7.2018. Si noti che la procedura riguarda numerosi profili della vigente legislazione ungherese in materia di immigrazione e asilo. Quanto all'abbandono del negoziato in sede ONU, in base alla giurisprudenza di Lussemburgo potrebbe dedursi una violazione del diritto dell'Unione (in particolare dei principi di unità della rappresentanza internazionale dell'Unione e di coerenza), derivante dal mancato rispetto, da parte dell'Ungheria, del principio di leale cooperazione. In particolare, la giurisprudenza della Corte ha ricavato da tale principio un dovere di stretta collaborazione tra Stati membri e istituzioni, che pone in capo agli Stati membri obblighi procedurali di informazione e consultazione con la Commissione *prima* di procedere all'esercizio dell'azione esterna. Cfr. ad es. Corte giust., parere 2/91 del 19.3.1993, ECLI:EU:C:1993:106, punti 36 ss.; *Commissione c. Irlanda (MOX Plant)*, causa C-459/03, sentenza del 30.5.2006, ECLI:EU:C:2006:345, punto 182; *Commissione c. Lussemburgo*, causa C-266/03, sentenza del 2.6.2005, ECLI:EU:C:2005:341, punti 57-58, 63; *Commissione c. Germania*, causa C-433/03, sentenza del 14.7.2005, ECLI:EU:C:2005:462, punti 63-64, 71. Più in generale, sulla situazione in Ungheria v. da ultimo Parlamento europeo, *Resolution of 12.9.2018 on a proposal calling on the Council to determine, pursuant to Article 7(1) of the Treaty on European Union, the existence of a clear risk of a serious breach by Hungary of the values on which the Union is founded (2017/2131(INL))*, P8_TA-PROV(2018)0340.

esterna dell'Unione¹⁸², conseguente al *disengagement* ungherese, le modalità di recepimento del patto globale sulla migrazione nell'ordinamento europeo possono essere lette come un riflesso dell'esigenza di ripristinare un approccio unitario e condiviso alle politiche europee di immigrazione e asilo, nel tentativo di ingabbiare le spinte centrifughe di alcuni Stati membri rispetto a una gestione *uti universi* delle *mass migrations*¹⁸³.

A tal fine, la Commissione non ha mancato di sottolineare che l'«approccio unificato dell'UE ha portato a un progetto di patto globale sulla migrazione che tiene ampiamente conto dell'*acquis* e della politica dell'UE e rispecchia il suo obiettivo di promuovere soluzioni multilaterali ai problemi comuni, in particolare nell'ambito delle Nazioni Unite»¹⁸⁴. Di conseguenza, «è di fondamentale importanza preservare l'unitarietà della posizione dell'UE per garantire che il testo definitivo del patto globale sulla migrazione sia in linea con l'*acquis* e con la politica dell'UE»¹⁸⁵.

Dunque, benché il patto sia qualificato alla stregua di uno strumento che «non crea né intende creare obblighi giuridici ai sensi del diritto nazionale o internazionale»¹⁸⁶, la Commissione ha ritenuto opportuno presentare «eccezionalmente» due proposte di decisione contenenti l'autorizzazione del Consiglio ad approvare, per conto dell'Unione, il patto globale sulla migrazione al termine del processo negoziale.

La *ratio* della proposta di due decisioni per l'adozione dello stesso patto riposa sull'applicazione differenziata delle norme del titolo V TFUE rispetto a Regno Unito, Irlanda e Danimarca¹⁸⁷. Dal momento che la base giuridica delle proposte di decisione è rappresentata dall'art. 16 TUE, in combinato disposto con gli artt. 79 e 209 TFUE, gli Stati sopra richiamati parteciperanno all'adozione della decisione fondata sugli artt. 16 TUE e 209 TFUE, ma non a quella basata sugli artt. 16 TUE e 79 TFUE.

Al di là delle questioni legate all'integrazione differenziata, l'adozione di due distinte decisioni, con distinte basi giuridiche di diritto sostanziale, è auspicabile per garantire l'autonomia alla politica dell'Unione nel settore della cooperazione allo sviluppo e

182. Corte giust., *Commissione c. Svezia (PFOS)*, causa C-246/07, sentenza del 20.4.2010, ECLI:EU:C:2010:203, punti 71-73.

183. Per simili rilievi, C. Carletti, M. Borraccetti, *op. cit.*, p. 33 ss.

184. Proposta di decisione del Consiglio che autorizza la Commissione ad approvare, a nome dell'Unione, il patto globale per una migrazione sicura, ordinata e regolare nell'ambito della cooperazione allo sviluppo, COM(2018) 167 final, 2018/0079 (NLE), 21.3.2018, *cons.* 11.

185. Proposta di decisione del Consiglio che autorizza la Commissione ad approvare, a nome dell'Unione, il patto globale per una migrazione sicura, ordinata e regolare nell'ambito della politica relativa all'immigrazione, COM(2018) 168 final, 2018/0078 (NLE), 21.3.2018, *cons.* 12.

186. Cfr. p. 3 di ambo le proposte citate alle due note che precedono.

187. Cfr. i protocolli 21 e 22 allegati al Trattato di Lisbona. In argomento, E. Pistoia, *Limiti all'integrazione differenziata dell'Unione europea*, Bari, 2018. Sulla possibilità di *opt in* da parte del Regno Unito, cfr. House of Commons, *Documents considered by the Committee on European Scrutiny on 4 July 2018, item 8, EU approval of the Global Compact on Migration*, accessibile online.

rimettere al centro il suo obiettivo principale, ovvero «la riduzione e, a termine, l'eliminazione della povertà»¹⁸⁸. Come si è visto, infatti, una delle conseguenze del nuovo approccio “integrato” al partenariato con i Paesi terzi basato sui *compacts* è l'aperta strumentalizzazione della cooperazione allo sviluppo ai fini del contenimento dei flussi migratori¹⁸⁹. Tale deriva potrebbe essere contenuta proprio grazie alla netta separazione, in fase di recepimento del patto globale, degli impegni relativi alla cooperazione allo sviluppo, volta a contrastare le cause profonde delle migrazioni, da quelli più propriamente inquadrabili nell'ambito della cooperazione internazionale per il controllo dei flussi migratori. Mantenere gli steccati giuridici elevati dai Trattati tra questi due ambiti dell'azione esterna dell'Unione¹⁹⁰, evitando di cedere alla chimera di un approccio “olistico”, sarebbe peraltro perfettamente coerente con la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione. In particolare, non osterebbe a un approccio “settoriale” la decisione della Corte relativa alla controversia tra Commissione e Consiglio sulla base giuridica dell'accordo UE-Filippine, laddove si afferma che «la migrazione, compresa la lotta contro l'immigrazione clandestina, [...] sono integrati nella politica di sviluppo definita nel consenso europeo»¹⁹¹. Invero, nelle motivazioni della sentenza si chiarisce che la relazione tra sviluppo e politiche migratorie è tale per cui le seconde devono contribuire alla realizzazione del primo, ossia, *in primis*, alla riduzione della povertà, vista come «la più efficace risposta a lungo termine alla migrazione forzata e clandestina»¹⁹². D'altra parte, la giurisprudenza di Lussemburgo non ha mancato di sottolineare che la qualificazione di un accordo come «accordo di cooperazione allo sviluppo» prescinde dalla presenza nell'accordo di clausole riguardanti materie specifiche, come quella migratoria, «purché tali clausole non comportino obblighi di una tale portata [da costituire] scopi distinti da quelli della cooperazione allo sviluppo»¹⁹³.

188. Articolo 208 TFUE.

189. Tale approccio è definito nel «consenso europeo in materia di sviluppo», contenuto nella dichiarazione comune del Consiglio e dei rappresentanti dei governi degli Stati membri riuniti in sede di Consiglio, del Parlamento europeo e della Commissione europea (2017/C 210/01), il cui par. 40 afferma: «L'UE e i suoi Stati membri adotteranno un approccio più coordinato, olistico e strutturato alla migrazione, massimizzando le sinergie e applicando il necessario effetto leva tramite l'uso di tutti gli strumenti, i mezzi e le politiche pertinenti dell'UE, tra cui lo sviluppo e il commercio».

190. Come noto, la cooperazione allo sviluppo è espressamente regolata nella parte V (azione esterna), titolo III, TFUE, mentre l'ambito dell'azione esterna dell'Unione in materia di immigrazione e asilo è disciplinato in maniera espressa (come nel caso dell'art. 79, par. 3, e dell'art. 78, par. 2, lett. g), TFUE) o implicitamente derivabile dalle norme della parte III (politiche e azioni interne dell'Unione), titolo V TFUE.

191. Corte giust., *Commissione c. Consiglio*, causa C-377/12, sentenza dell'11.6.2014, ECLI:EU:C:2014:1903, punto 49.

192. *Ibidem*.

193. Corte giust., *Portogallo c. Consiglio*, causa C-268/94, sentenza del 3.12.1996, ECLI:EU:C:1996:461, punto 39; *Commissione c. Consiglio*, causa C-91/05, sentenza del 20.5.2008, ECLI:EU:C:2014:1903, punto 72. In

La vera sfida nell'attuazione del *Global Compact* da parte dell'Unione sarà, quindi, quella di assicurare la coerenza¹⁹⁴ e la compatibilità del nuovo modello "integrato" di cooperazione allo sviluppo con le disposizioni dei Trattati che lo regolano: *in primis*, con gli artt. 208 e 209 TFUE e, più in generale, con i principi ordinatori dell'azione esterna dell'Unione¹⁹⁵. Solo in questo modo l'Unione potrà offrire un contributo fattivo alla realizzazione degli obiettivi di sviluppo sostenibile figuranti nell'agenda 2030¹⁹⁶.

8. (*segue*) b) la base giuridica procedurale

Passando dal profilo dei contenuti a quello della procedura per il recepimento del patto globale, occorre sottolineare che il richiamo alla base giuridica di cui all'art. 16 TUE è giustificato dalla natura non vincolante del *Global Compact*, che esclude il ricorso al procedimento di cui all'art. 218 TFUE¹⁹⁷. Invero, quest'ultimo rappresenta una specifica applicazione, nell'ambito della conclusione degli accordi internazionali dell'Unione, del principio dell'equilibrio istituzionale¹⁹⁸ riflesso nelle disposizioni del titolo III TUE, che assegna al Consiglio la «funzione di definizione e il coordinamento delle politiche» (art. 16 TUE) e alla Commissione quella di assicurare «la rappresentanza esterna dell'Unione, fatta eccezione per la politica estera e di sicurezza comune e per gli altri casi previsti dai trattati» (art. 17, par. 1, TUE). E, difatti, le modalità prescelte per il recepimento del *Global Compact* sono coerenti con quelle previste per l'esercizio del *treaty-making power* da parte dell'Unione, dal momento che la procedura descritta nelle due proposte di decisione del Consiglio riflette *mutatis mutandis* quella di cui al par. 7 dell'art. 218 TFUE, sulle modifiche a un accordo internazionale adottate con procedura semplificata.

Il problema della modalità di recepimento del patto globale si pone tuttavia in relazione al rispetto delle prerogative del Parlamento europeo nell'azione esterna dell'Unione. Infatti, pur privo di effetti giuridici vincolanti, il patto globale riguarda settori ai quali si applica la procedura legislativa ordinaria ed è idoneo a incidere sul quadro istituzionale della cooperazione allo sviluppo dell'Unione, la cui attuazione ben può presentare ripercussioni finanziarie considerevoli per l'Unione¹⁹⁹. Orbene, se si fosse

argomento, G. Gaja, A. Adinolfi, *Introduzione al diritto dell'Unione europea*, Roma-Bari, 2010, p. 133 ss.; P. Mengozzi, C. Morviducci, *Istituzioni di diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2018, p. 376 ss.

194. Sul principio di coerenza cfr. l'art. 21 TUE e l'art. 7 TFUE. In argomento, A. Mignolli, *L'azione esterna dell'Unione europea e il principio della coerenza*, Napoli, 2009.

195. Cfr. l'art. 3, par. 5, TUE e l'art. 21 TUE, soprattutto il par. 2, lett. b), d) e h).

196. Assemblea Generale ONU, *Transforming Our World: The 2030 Agenda for Sustainable Development*, UN Doc. A/RES/70/1, 25.9.2015, in particolare l'obiettivo 10.7.

197. In questi termini, C. Carletti, M. Borraccetti, *op. cit.*, p. 36 ss.

198. Articolo 13, par. 2, TUE.

199. Articolo 218, par. 6, punti iii), iv), v), TFUE.

trattato di un accordo internazionale, il rispetto delle norme interne sulla competenza a stipulare avrebbe richiesto l'*approvazione* (e non la mera consultazione) del Parlamento europeo ai fini della formazione della volontà dell'Unione, escludendo l'ipotesi di conclusione dell'accordo in forma semplificata. C'è da chiedersi, dunque, se il rispetto delle norme interne sulla competenza a stipulare accordi internazionali, che sono il riflesso dell'equilibrio istituzionale europeo, non imponga particolari cautele procedurali all'atto dell'adozione di strumenti di *soft law* negli ambiti materiali in cui la procedura dell'art. 218 TFUE richiede l'approvazione parlamentare²⁰⁰.

Sul punto, si rileva in via preliminare che nell'ordinamento dell'Unione il rispetto delle forme assume una rilevanza costituzionale²⁰¹. Occorre, quindi, guardare alla relazione che intercorre tra il procedimento di cui all'art. 218 TFUE e i principi strutturali che regolano i rapporti inter-istituzionali nell'ordinamento giuridico europeo, primo fra tutti il principio dell'equilibrio istituzionale. Come chiarito dalla giurisprudenza della Corte di giustizia relativa alla conclusione di accordi *soft* o "amministrativi" da parte della Commissione²⁰², il procedimento di cui all'art. 218 TFUE riflette, sul piano esterno, la distribuzione dei poteri tra le istituzioni europee, che regola l'esercizio delle competenze normative sul piano interno. Di conseguenza, benché l'ambito di applicazione di tale procedimento sia limitato alla conclusione di accordi giuridici vincolanti dell'Unione²⁰³, il riparto dei poteri delle istituzioni dell'Unione in relazione alla conclusione degli stessi deve trovare applicazione anche per la cooperazione in ambito *soft*. Questo perché la natura di *soft law* o di *hard law* degli impegni internazionali assunti dall'Unione non incide sulla competenza a stipulare, né sulla titolarità e sul riparto dei poteri tra le istituzioni e gli Stati membri²⁰⁴.

Nel silenzio dei trattati, quindi, la procedura da seguire per la conclusione di atti internazionali di natura *soft* deve essere tale da garantire l'integrale rispetto dei principi strutturali e degli obiettivi dell'ordinamento giuridico dell'Unione²⁰⁵. Nella misura in cui la

200. In argomento, P. García Andrade, *The Role of the European Parliament in the Adoption of Non-Legally Binding Agreements with Third Countries*, in *The Democratization of EU International Relations Through EU Law*, a cura di J.S. Vara, S.R. Sánchez-Tabernero, London, 2018, p. 115 ss.

201. Cfr. ad es. Avvocato generale Mengozzi, *Gestoras Pro Amnistía e Segi c. Consiglio*, cause riunite C-354/04 P e C-355/04 P, conclusioni del 26.10.2006, punto 101. In argomento, *ex multis*, E. Cannizzaro, *Disintegration through Law?*, in *European Papers*, 2016, p. 3 ss.

202. Corte giust., *Francia c. Commissione*, causa C-233/02, sentenza del 23.3.2004, ECLI:EU:C:2004:173, punto 40; *Consiglio c. Commissione*, causa C-409/13, sentenza del 14.4.2015, ECLI:EU:C:2015:217, punto 64.

203. Cfr. l'art. 216, par. 2, TFUE.

204. Cfr. Avvocato generale Alber, *Francia c. Commissione*, causa C-233/02, conclusioni del 25.9.2003, ECLI:EU:C:2003:503, punto 66; Avvocato generale Tesaurò, *Francia c. Commissione*, causa C-327/91, conclusioni del 16.12.1993, ECLI:EU:C:1993:941, punti 22-33-34.

205. In particolare, deve contribuire a «consolidare e sostenere la democrazia, lo Stato di diritto, i diritti dell'uomo e i principi del diritto internazionale» e «promuovere un sistema internazionale basato su una cooperazione multilaterale rafforzata e il buon governo mondiale» (cfr. l'art. 21, par. 2, lett. b), e h), TUE), il che impedisce, in linea di principio, la

rappresentanza esterna dell'Unione è ancorata al riparto delle competenze sul piano interno e al criterio di delimitazione materiale tra *ex pilastris*, gli artt. 16 e 17 TUE devono essere interpretati riflettendo questi presupposti²⁰⁶. Analogamente, il ruolo di co-legislatore e co-decisore del Parlamento europeo, nell'ambito rispettivamente della procedura legislativa ordinaria e del procedimento ordinario di conclusione degli accordi internazionali dell'Unione, deve condurre a una valorizzazione della funzione di controllo politico di cui all'art. 14 TUE al fine di garantire l'effettivo rispetto dell'equilibrio istituzionale esterno in relazione alla conclusione di intese politiche non vincolanti con i Paesi terzi.

In quest'ottica, la circostanza che il Parlamento abbia trovato il modo di esprimersi sui patti globali (peraltro, in maniera generale, e su entrambi) mediante una risoluzione dell'aprile 2018²⁰⁷ non pare di per sé sufficiente a sanare il *deficit* di partecipazione democratica nel procedimento di adozione del patto globale sulla migrazione. Anzi, l'insistenza dell'Unione, nella fase del negoziato, sulla natura non vincolante del patto globale sulla migrazione, associata alle modalità del suo recepimento nell'ordinamento interno, paiono riflettere proprio quella tendenza a un uso abusivo del diritto morbido con l'intento di ridurre l'*accountability* della *governance* delle *mass migrations*.

I rischi insiti nella c.d. "*softication*"²⁰⁸ delle relazioni esterne dell'Unione sono stati sviscerati dalla dottrina, soprattutto in relazione alla cooperazione tra l'Unione europea e la Turchia, lanciata con la Dichiarazione del marzo 2016²⁰⁹. Ciò non è stato sufficiente, tuttavia, a indurre la Corte di giustizia a una pronuncia di merito sulla legittimità della Dichiarazione, nell'ambito dei ricorsi di impugnazione dell'ordinanza del Tribunale del 28

conclusione di intese con paesi terzi governati da regimi dittatoriali che compiono violazioni sistematiche dei diritti fondamentali. Cfr. in tal senso, Tribunale, *Fronte Polisario c. Consiglio*, causa T-512/12, sentenza del 10.12.2015, punto 241, ove si stabilisce un dovere di preventiva valutazione d'impatto sui diritti fondamentali dell'azione esterna dell'Unione – questione lasciata impregiudicata dalla successiva giurisprudenza della Corte giust. che ribalta la decisione del Tribunale.

206. In questo senso, cfr. la nota del servizio giuridico del Consiglio, *Procedure to be followed for the conclusion by the EU of Memoranda of Understanding, Joint Statements and other texts containing policy commitments, with third countries and international organisations*, LIMITE 5707/13, 1.2.2013.

207. Parlamento europeo, risoluzione del 18.4.2018 sui progressi relativi ai patti mondiali delle Nazioni Unite sui rifugiati e per una migrazione sicura, ordinata e regolare (2018/2642(RSP)), P8_TA-PROV(2018)0118.

208. T. Gammeltoft-Hansen, E. Guild, V. Moreno-Lax, M. Panizzon, I. Roele, *What Is a Compact? Migrants' Rights and State Responsibilities Regarding the Design of the UN Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration*, Raoul Wallenberg Institute of Human Rights and Humanitarian Law, 2017, pp. 9 e 32.

209. V. *ex multis*, M. den Heijer, T. Spijkerboer, *Is the EU Turkey Refugee and Migration Deal a Treaty?*, in *EU Law Analysis*, 7.4.2016, www.eulawanalysis.blogspot.com; M. Gatti, *La Dichiarazione UE-Turchia sulla Migrazione: Un Trattato Concluso in Violazione delle Prerogative del Parlamento?*, in *Eurojus.it*, 20.4.2016, www.rivista.eurojus.it; O. Corten, M. Dony, *Accord Politique ou Juridique: Quelle Est la Nature du "Machin" Conclu entre l'UE et la Turquie en Matière d'asile?*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 10.6.2016, www.eumigrationlawblog.eu.

febbraio 2017²¹⁰. Al contrario, l'ordinanza con cui ha dichiarato inammissibili i ricorsi mostra chiaramente la rinuncia della Corte a giocare un ruolo di primo piano nel contrasto alla de-formalizzazione dell'azione esterna dell'Unione e, al contempo, la volontà di arroccarsi nella *turris eburnea* di uno strumentale formalismo per evitare di ingerirsi in dibattiti dal pregnante sapore politico²¹¹.

Tuttavia, neppure il formalismo della Corte può servire a negare che anche forme di partenariato *soft* possono incidere sui principi strutturali dell'Unione e sui diritti fondamentali. Invero, la qualificazione di un'intesa internazionale come atto "politico", non vincolante sul piano internazionale, non implica che essa non sia produttiva di effetti giuridici nell'ordinamento dell'Unione, ben potendo incidere in modo determinante sul contenuto della normativa adottata dal legislatore europeo in relazione all'ambito materiale dell'intesa internazionale²¹². Ciò trova conferma nella stessa giurisprudenza della Corte di giustizia e, in particolare, nella sentenza resa sul ricorso di annullamento del Consiglio contro la decisione della Commissione relativa alla firma di un *addendum* al *memorandum of understanding* tra l'Unione e la Svizzera, volto a regolare la partecipazione di tale Stato al mercato interno "allargato"²¹³. La Commissione aveva adottato la decisione senza essere a ciò previamente autorizzata dal Consiglio, quest'ultimo avendo meramente autorizzato la prima a negoziare. La Commissione aveva agito sulla base della considerazione che la firma di un *addendum* non vincolante costituisse un mero atto di rappresentanza esterna dell'Unione che non richiedeva, quindi, l'autorizzazione²¹⁴. La Corte annullò la decisione della Commissione, rilevando che il principio dell'equilibrio istituzionale non potesse essere disatteso in ragione della natura non vincolante dell'*addendum*, ovvero soddisfatto dalla sussistenza del mandato a negoziare²¹⁵.

210. Impugnazione proposta il 21.4.2017 da NF, NG, NM avverso le ordinanze del Tribunale del 28.2.2017, cause T-192/16 (ECLI:EU:T:2017:128), T-193/16 (ECLI:EU:T:2017:129), T-257/16 (ECLI:EU:T:2017:130). Sulle ordinanze del Tribunale, cfr. T. Spijkerboer, *Bifurcation of Mobility, Bifurcation of Law. Externalization of migration policy before the EU Court of Justice*, in *Journal of Refugee Studies*, 2017, p. 216 ss.

211. Corte giust., NF, NG, NM c. Consiglio europeo, cause riunite da C-208/17 P a C-210/17 P, ord. del 12.9.2018, ECLI:EU:C:2018:705. In argomento, P.-A. Van Malleghem, *C.J.U.E., Aff. jointes C-208/17 P à C-210/17 P, ordonnance du 12 septembre 2018, NF, NG et NM*, ECLI:EU:C:2018:705, in *Centre Charles De Visscher pour le droit international et européen*, 4.10.2018, www.uclouvain.be.

212. Avvocato generale Sharpston, *Consiglio c. Commissione*, causa C-660/13, conclusioni del 26.11.2015, ECLI:EU:C:2015:787, punto 61. Si vedano anche i punti 62 ss., ove l'Avvocato generale sottolinea che, indipendentemente dalla natura dell'intesa, se l'atto con cui è adottata è viziato di incompetenza allora sarà produttivo di effetti giuridici e quindi impugnabile ai sensi dell'art. 263 TFUE.

213. Corte giust., *Consiglio c. Commissione*, causa C-660/13, sentenza del 28.7.2016, ECLI:EU:C:2016:616.

214. *Ivi*, punto 35.

215. *Ivi*, punti 36-46.

9. L'Unione europea quale laboratorio per lo sviluppo progressivo dello *ius migrandi*: considerazioni a margine della Risoluzione di Hyderabad

Due sono i nodi giuridici che impediscono ai *Global Compacts* di costituire un genuino punto di partenza per lo sviluppo progressivo dello *ius migrandi* internazionale. Il primo è rappresentato da un retaggio del passato, ovvero la dicotomia rifugiato-migrante economico; il secondo concerne uno sviluppo recente, che incide sull'ermeneutica tradizionale del rapporto tra solidarietà e responsabilità nell'ambito del *burden-sharing*.

Per quanto riguarda la prima questione, si è detto che, nonostante l'ambizione sistematica degli estensori della Dichiarazione di New York, i *Global Compacts* mantengono e rafforzano la dicotomia tra lo *status* giuridico di rifugiato e la condizione di migrante economico. Tale dicotomia risulta superata da una realtà in cui le cause dello sfollamento internazionale sono tali e tante da sfuggire alle maglie larghe del paradigma della "protezione surrogata" come elaborato negli anni Cinquanta del secolo scorso, e spesso anche alle forme di protezione complementare²¹⁶. Eppure, l'introduzione nel gergo della cooperazione internazionale della nozione di "*mass migrants*" non assume alcun rilievo in relazione alla ridefinizione degli *status* giuridici delle persone che compongono il gruppo dei *mass migrants*.

Assume rilievo, invece, in relazione alle priorità della cooperazione internazionale volta al governo dei flussi di massa, che sono quelle tipiche delle politiche migratorie e di controllo dei confini. Vi è, quindi, il rischio che i patti globali rafforzino la tendenza, già ampiamente in atto, a "gestire" i flussi di massa – che includono anche i rifugiati – con gli strumenti tipici del diritto migratorio, al fine di perseguire obiettivi tipici delle politiche di controllo e contrasto all'immigrazione irregolare²¹⁷. Un tale sviluppo non solo non

216. Si può riportare l'esempio della protezione sussidiaria nel diritto dell'Unione, che come noto è regolata dalla dir. 2011/95/UE del 13.12.2011. Benché tale *status* sia riconosciuto ai cittadini di Paesi terzi che, se allontanati, possano subire un danno grave derivante da violazioni qualificate dei propri diritti fondamentali, esso non copre tutte le ipotesi in cui può trovare applicazione la protezione contro il *refoulement*. Vi sono, quindi, casi in cui può prospettarsi un'interdizione dal respingimento di individui che non integrano le condizioni per il riconoscimento di nessuno dei due *status* di protezione internazionale e la cui presenza nel territorio di uno Stato membro è meramente "tollerata". La legittimità di tale condizione, nell'ordinamento giuridico dell'Unione, è stata recentemente confermata dalla Corte giust., *MP c. Secretary of State for the Home Department*, causa C-353/16, sentenza del 24.4.2018, ECLI:EU:C:2018:276, riguardante un cittadino dello Sri Lanka vittima di *stress* post-traumatico da tortura, che non poteva essere allontanato per il conseguente rischio di acutizzazione della malattia, ma non era neppure eleggibile alla protezione sussidiaria, non sussistendo un rischio reale e attuale che potesse subire nuovamente tortura nel Paese di origine. Peraltro, il diritto dell'Unione lascia agli Stati membri la facoltà di escludere tali stranieri, la cui presenza è meramente tollerata, dall'ambito di applicazione delle direttive in materia di contrasto all'immigrazione irregolare (cfr. ad es. la dir. 2009/52/CE del 18.6.2009, art. 3, par. 3).

217. Eloquente in proposito è la dichiarazione del rappresentante dell'Unione europea sulla prima bozza del patto globale sulla migrazione, secondo cui: «since the aim of the Global Compact is to enhance international cooperation on safe, orderly and regular migration and reduce irregular migration – and the negative implications it has for countries of origin, transit, and destination as well as for migrants themselves – , the text should better distinguish between

porterebbe a una razionalizzazione dell’“eclettismo normativo” dell’attuale disciplina internazionale delle migrazioni, ma finirebbe per legittimare approcci selettivi alla tutela dei rifugiati in virtù della dimensione dei flussi e della tenuta degli Stati di accoglienza. Ciò potrebbe condurre nel lungo periodo alla “de-giuridicizzazione” della protezione internazionale, mediante la trasformazione dei diritti individuali in bisogni e degli obblighi internazionali in doveri morali. In questo processo, il principio di *non-refoulement* verrebbe fatto oggetto di bilanciamento con la sovranità statale e – svuotato della sua funzione di norma abilitante al godimento dell’asilo – diverrebbe un vacuo baluardo retorico dietro cui si stagliano poderose le nuove forme di cooperazione internazionale per il contenimento dei flussi.

Il diritto dell’Unione ha in sé gli strumenti per opporsi a questi foschi presagi e, al contempo, condizionare positivamente gli sviluppi internazionali. Ciò non perché, al netto delle difficoltà politiche, non vi siano ostacoli giuridici interni. Invero, la persistenza della dicotomia rifugiato-migrante economico nella *governance* delle *mass migrations* e, al contempo, la proliferazione di forme di cooperazione internazionale volte alla prevenzione dei flussi di massa, connota anche il diritto dell’Unione. Anzi, è da qui che parte la sperimentazione dei modelli cooperativi che ispirano le soluzioni accolte nei *Global Compacts* e che ambiscono a realizzare una delega integrale delle responsabilità in materia di immigrazione e asilo²¹⁸.

Tuttavia, l’ordinamento dell’Unione è anche quello in cui trovano spazio gli strumenti più avanzati di protezione internazionale²¹⁹, che temperano l’asimmetria tra il diritto di uscita e quello di ingresso e permanenza dello straniero “in fuga”. La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione, infatti, sancisce solennemente il diritto soggettivo all’asilo²²⁰, corredato dalla protezione contro il respingimento e dal divieto assoluto di espulsioni collettive²²¹. Letti in combinato con il principio di effettività della tutela, questi diritti fanno scaturire obblighi positivi in capo agli Stati membri, che sono tenuti a garantirne l’effettivo godimento da parte dei titolari. Da ciò derivano una serie di garanzie definite dal diritto secondario, tra le quali il “diritto di rimanere” nelle more della procedura di

regular and irregular migrants. *It should avoid any language that might be interpreted as justification or even an incentive for irregular migration*». Cfr. EU Statement, cit. (corsivo aggiunto).

218. G. Carella, *Il sonno della ragione genera politiche migratorie*, in *SIDIBlog*, 11.9.2017, www.sidiblog.org.

219. C. Favilli, *L’Unione che protegge e l’Unione che respinge*, cit., p. 30, ove il diritto dell’Unione in materia d’asilo viene rappresentato come uno “sviluppo progressivo” della disciplina internazionale.

220. Articolo 18 della Carta dei diritti fondamentali. In argomento, A. Adinolfi, *Commento all’art. 18 della Carta dei diritti fondamentali*, in *Commentario breve ai Trattati*, cit., p. 1714 ss.

221. Articolo 19 della Carta dei diritti fondamentali. In argomento, A. Adinolfi, *Commento all’art. 19 della Carta dei diritti fondamentali*, in *F Commentario breve ai Trattati*, cit., p. 1717 ss.

determinazione dello *status*²²². Inoltre, il principio di effettività della tutela implica, in principio, l'estensione della protezione contro il *refoulement* a tutti coloro che fuggono da una situazione che lede qualsiasi diritto umano, nella misura in cui la gravità della lesione raggiunga la soglia minima del "trattamento degradante". Infine, dall'applicazione del principio all'azione esterna dell'Unione discende l'obbligo di considerare l'impatto sui diritti fondamentali delle forme di partenariato con i Paesi terzi volte al governo dei flussi²²³.

Ne consegue che le forme di cooperazione internazionale che limitano l'arrivo spontaneo dei richiedenti asilo, in funzione del contenimento delle *mass migrations*, si pongono *ipso facto* in contrasto con il diritto di *cercare* asilo, inteso come il presupposto per il godimento *effettivo* della protezione internazionale²²⁴. Naturalmente, la ricerca dell'asilo attraverso il percorso migratorio che consente all'individuo di varcare una frontiera internazionale è già uno degli elementi qualificanti lo *status* di rifugiato in base alla Convenzione di Ginevra²²⁵; ma è soltanto nello spazio giuridico europeo che la sua tutela può essere garantita da un sistema giurisdizionale multilivello, basato sul principio di effettività.

È quindi opportuno che la Corte di giustizia dismetta il *self-restraint* sinora dimostrato, in relazione all'interpretazione dell'art. 18 della Carta²²⁶ e delle garanzie

222. Dir. 2013/32/UE del 26.6.2013, art. 9. In argomento, M. Savino, *The Right to Stay as A Fundamental Freedom? The Demise of Automatic Expulsion in Europe*, in *Transnational Legal Theory*, 2016, p. 1 ss.

223. V. *supra*, nota 205.

224. Corte EDU, *N.D. e N.T. c. Spagna*, ric. 8675/15 e 8697/15, sentenza del 3.10.2017, par. 120-122, su cui G. Cellamare, *Note in margine alla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nell'affare N.D. e N.T. c. Spagna*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2018, p. 153 ss.

225. Institute de Droit International, Session de Bath – 1950, *L'asile en droit international public (à l'exclusion de l'asile neutre)*, Rapporteurs MM. Arnold Raestad et Tomaso Perassi, 11.9.1950, art. 1, ove l'istituto dell'asilo viene definito come «la protection qu'un Etat accorde sur son territoire ou dans un autre endroit relevant de certains de ses organes à un individu *qui est venu la rechercher*» (corsivo aggiunto). Analogamente, v. l'art. 14, par. 1, della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, UN Doc. A/810, 10.12.1948, e l'art. 31 della Convenzione di Ginevra sullo *status* di rifugiato, su cui G.S. Goodwin-Gill, *Article 31 of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees: Non-penalization, Detention and Protection, A paper prepared at the request of the Department of International Protection for the UNHCR*, Global Consultations, 2001.

226. Cfr. ad es., Corte giust., *Ferooz Qurbani*, causa C-481/13, sentenza del 17.7.2014, ECLI:EU:C:2014:2101, punti 24-25, ove la Corte si è dichiarata incompetente a interpretare l'art. 31 della Convenzione di Ginevra del 1951 nel diritto dell'Unione, nonostante il rinvio operato dal diritto primario e il richiamo alle sue disposizioni da parte delle norme di diritto derivato dell'Unione. V. anche Corte giust., *X e X c. Belgio*, causa C-638/16 PPU, sentenza del 7.3.2017, ECLI:EU:C:2017:173, punti 48-49, ove si esclude dall'ambito di applicazione del diritto dell'Unione una domanda di visto di breve durata presentata presso la rappresentanza di uno Stato membro in un Paese terzo al fine di accedere alla protezione internazionale nello Stato membro summenzionato. Per una diversa visione, cfr. Avvocato generale Mengozzi, *X e X c. Belgio*, conclusioni del 7.2.2017, ECLI:EU:C:2017:93, punti 49-70 e 76-88. In argomento, N. Lazzarini, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. I limiti di applicazione*, Milano, 2018, p. 178 ss.

procedurali nell'ambito dell'esame accelerato delle domande d'asilo²²⁷, per abbracciare un'ermeneutica della protezione internazionale che sia più in linea con il principio di effettività della tutela. Al contempo, non debbono attribuirsi alla Corte le responsabilità del legislatore europeo; sicché la riforma del SECA, attualmente in corso, dovrebbe ambire a colmare quei vuoti di tutela che creano situazioni di limbo giuridico, il cui costo economico, politico e sociale non è più sostenibile.

Una fonte di ispirazione, per il legislatore europeo, potrebbe provenire dalla recente Risoluzione dell'Institut de droit international sulla questione degli esodi di massa, che pare un interessante punto di partenza per il superamento della dicotomia rifugiato-migrante economico²²⁸. La Risoluzione adotta una definizione di *mass migration* che aggira siffatta dicotomia spostando il fuoco dall'elemento soggettivo della scelta migratoria (la fuga dalla persecuzione *versus* la ricerca di migliori opportunità lavorative) all'elemento oggettivo delle *modalità* migratorie (ovvero alla dimensione collettiva e quantitativa del fenomeno)²²⁹.

Ciò consente, in primo luogo, di individuare con una certa chiarezza il contenuto e i limiti della libertà di circolazione dei migranti in massa, che discendono dal diritto di lasciare qualsiasi Paese, anche il proprio, e di farvi ritorno²³⁰. A tale diritto non può che corrispondere il dovere degli Stati di non ostacolarne il godimento mediante forme di cooperazione volte a contenere le partenze.

In secondo luogo, viene in evidenza il divieto di *refoulement*, nella duplice veste proposta dal Progetto di articoli in materia di espulsione, ovvero di norma applicabile ai soli rifugiati ai sensi del diritto di Ginevra²³¹ e di norma che vieta l'allontanamento di tutti i *mass migrants* verso territori ove sussista un rischio reale di una lesione "qualificata" di un qualsivoglia diritto umano, ovvero di una lesione che raggiunga la soglia minima di gravità²³².

227. Cfr. ad es. Corte giust., *Moussa Sacko*, causa C-348/16, sentenza del 26.7.2017, ECLI:EU:C:2017:591, su cui v. C. Favilli, *L'Unione che protegge e l'Unione che respinge*, cit., p. 35.

228. Institute de Droit International, Session de Hyderabad – 2017, *Mass Migration*, Rapporteur M. Maurice Kamto, 9.9.2017 (nel prosieguo: Risoluzione di Hyderabad), art. 22. Il fulcro della Risoluzione è proprio la disciplina del percorso migratorio attraverso la ricostruzione degli obblighi dello Stato di origine, del paese di transito, di quello di destinazione e di quello in cui il migrante ottiene effettivamente l'asilo o altra forma di protezione (cfr. *ivi*, art. 2).

229. *Ivi*, art. 3: «For the purposes of the present draft Resolution, the following definitions shall apply: (a) "Mass migrants", persons who collectively, in large number, leave their country for refuge or settlement in another country».

230. *Ivi*, artt. 4-5.

231. *Ivi*, art. 6.

232. *Ivi*, art. 14.

Vengono, quindi, richiamati gli obblighi (positivi) che sono espressione del principio di umanità²³³, tra cui: il dovere di rendere assistenza ai migranti in viaggio, in particolar modo a coloro che si trovino in pericolo in mare; la protezione rafforzata dei soggetti vulnerabili; il divieto di espulsione collettiva dei *mass migrants*, da cui discende l'obbligo di esame della situazione individuale di ciascun migrante, e, infine, il diritto di accesso all'istruzione e alla formazione in attesa della determinazione dello *status*.

La Risoluzione dell'Institut de droit international, peraltro, offre spunti interessanti anche in relazione alla seconda questione posta in apertura di questo paragrafo, ovvero quella del rapporto tra solidarietà e responsabilità nell'ambito della *governance* delle *mass migrations*. Nella prassi attuale dell'Unione europea, che trova riscontro nei *Global Compacts*, tale rapporto è viziato da un approccio strumentale alla solidarietà, teso alla dismissione delle responsabilità degli Stati destinatari dei flussi, nei confronti degli stranieri in fuga. Nella Risoluzione dell'Institut de droit international, invece, la relazione tra solidarietà e responsabilità è articolata in modo da realizzare al contempo l'obiettivo della tutela dei *mass migrants* e quello di una più equa redistribuzione delle responsabilità in materia di esodi di massa²³⁴.

Ai sensi della Risoluzione, l'allocazione delle responsabilità in materia di esodi di massa dovrebbe dipendere dal grado di coinvolgimento nella "produzione" del flusso di massa, allorché sia chiaramente individuabile un nesso tra l'esodo e la violazione di norme di diritto internazionale²³⁵. Dalla responsabilità internazionale dello Stato di origine per l'esodo causato da un illecito internazionale discenderebbe, quindi, un obbligo di compensazione nei confronti della comunità internazionale²³⁶. A tale obbligo, però, dovrebbe fare da corollario un dovere di solidarietà della comunità internazionale nei confronti dello Stato che ospita il flusso di massa²³⁷, che trovi espressione nella conclusione di accordi per la redistribuzione dei *mass migrants*²³⁸ e per la riammissione "organizzata" dei migranti che non abbiano titolo per restare²³⁹.

233. *Ivi*, artt. 7-15. V. anche il *cons.* 6 del preambolo, secondo cui le situazioni di afflusso massiccio devono essere trattate «in accordance with elementary considerations of humanity». Sul ricorso al principio di umanità per estendere l'ambito di applicazione personale del diritto internazionale dei rifugiati, cfr. già UNHCR, *Note on International Protection (submitted by the High Commissioner)*, UN Doc. A/AC.96/777, 9.9.1991, par. 56: «even where situations are not specifically covered by international refugee conventions, refugees, asylum-seekers and displaced persons are, nevertheless, protected by the general principles of international law, the humanitarian practices of international organizations, the principle of humanity, and guarantees of fundamental human rights».

234. Risoluzione di Hyderabad, art. 17.

235. *Ivi*, art. 19.

236. *Ivi*, *cons.* 9.

237. *Ivi*, art. 18.

238. *Ivi*, art. 16, in base al quale la determinazione della sicurezza di un Paese dovrebbe essere lasciata a un organismo internazionale indipendente, operante in base a criteri prestabiliti.

239. *Ivi*, art. 21.

Al di là delle difficoltà cui si andrebbe incontro nella verifica della sussistenza di un nesso di causalità tra l'esodo e la condotta dello Stato di origine ai fini dell'attribuzione della responsabilità internazionale per mancata protezione delle persone²⁴⁰, ad avviso di chi scrive, l'interesse primario per questa impostazione deriva piuttosto dal superamento della logica della solidarietà "volontaria" e "condizionata", su cui si fonda l'attuale cooperazione internazionale tra il nord e il sud del mondo, nonché dalla riaffermazione della responsabilità collettiva degli Stati nei confronti dei *mass migrants*.

10. Conclusioni

Nelle pagine che precedono il contributo diretto e indiretto dell'Unione europea ai *Global Compacts* è stato analizzato mettendo in evidenza l'esistenza di ampi spazi di *cross-fertilisation*, ma anche il rischio che la retorica della *governance* globale dei movimenti di massa di migranti e rifugiati produca un effetto "*boomerang*" nell'ordinamento giuridico dell'Unione. Affinché i *Global Compacts* non si trasformino nell'ennesima occasione mancata sarà necessario valorizzare, in sede di attuazione, la circostanza straordinaria che per la prima volta una larghissima maggioranza degli Stati della comunità internazionale abbia convenuto le regole di cooperazione per la gestione delle migrazioni di massa.

In tal senso, il contesto giuridico dell'Unione si presenta come un naturale laboratorio per sperimentare nuovi modelli cooperativi che attualizzino il contributo potenziale dei patti e, al contempo, minimizzino il rischio che la loro adozione si trasformi in un'occasione politica per rinegoziare al ribasso gli *standard* di protezione internazionale vigenti nell'Unione europea. Ciò è particolarmente auspicabile in quanto una rinegoziazione di tal fatta travolgerebbe necessariamente alcuni dei principi strutturali dell'ordinamento giuridico dell'Unione, il cui snaturarsi comprometterebbe irreparabilmente il carattere di specialità e unicità del processo di integrazione europea.

Due sono, in particolare, i punti su cui la "sperimentazione" giuridica dovrebbe insistere per garantire che la gestione delle *mass migration* sia politicamente e materialmente sostenibile e, allo stesso tempo, sia coerente con i principi fondamentali e i presupposti assiologici dell'Unione europea. La prima questione ruota attorno alla dicotomia rifugiato-migrante economico, mentre la seconda concerne l'ermeneutica del rapporto tra solidarietà e responsabilità. Su queste questioni, alcuni spunti di riflessione possono essere tratti da una lettura critica della Risoluzione di Hyderabad dell'Institut de droit international, che offre un punto di bilanciamento interessante tra l'obiettivo della

240. In argomento, G. Vicini, *Illecito internazionale e diritto dei rifugiati: la responsabilità dei paesi di origine e dei paesi di asilo*, in *La responsabilità degli Stati e delle organizzazioni internazionali*, a cura di A. Spagnolo, S. Saluzzo, Milano, 2017, p. 89 ss., p. 93 ss.

tutela dei *mass migrants* e quello di una più equa redistribuzione delle responsabilità in materia di esodi di massa.