

L'Associazione Italiana degli Studiosi di Diritto dell'Unione Europea (AISDUE) si propone di approfondire lo studio e di diffondere la conoscenza degli aspetti giuridici del processo di integrazione europea, nonché di favorire la collaborazione scientifica e la rappresentanza accademica degli studiosi del diritto dell'Unione europea presso le istituzioni e gli organismi, nazionali ed europei, competenti. Proprio in funzione di tale obiettivo gli studiosi riuniti nell'Associazione intendono valorizzare le peculiarità proprie del diritto dell'Unione europea, anche con riferimento sia alla formazione accademica e professionale, sia alla valutazione della ricerca e alla selezione dei docenti e dei ricercatori.

in copertina: V.A. Serov, Il Ratto d'Europa, 1910

QUADERNI AISDUE

ES

2  
2021



---

---

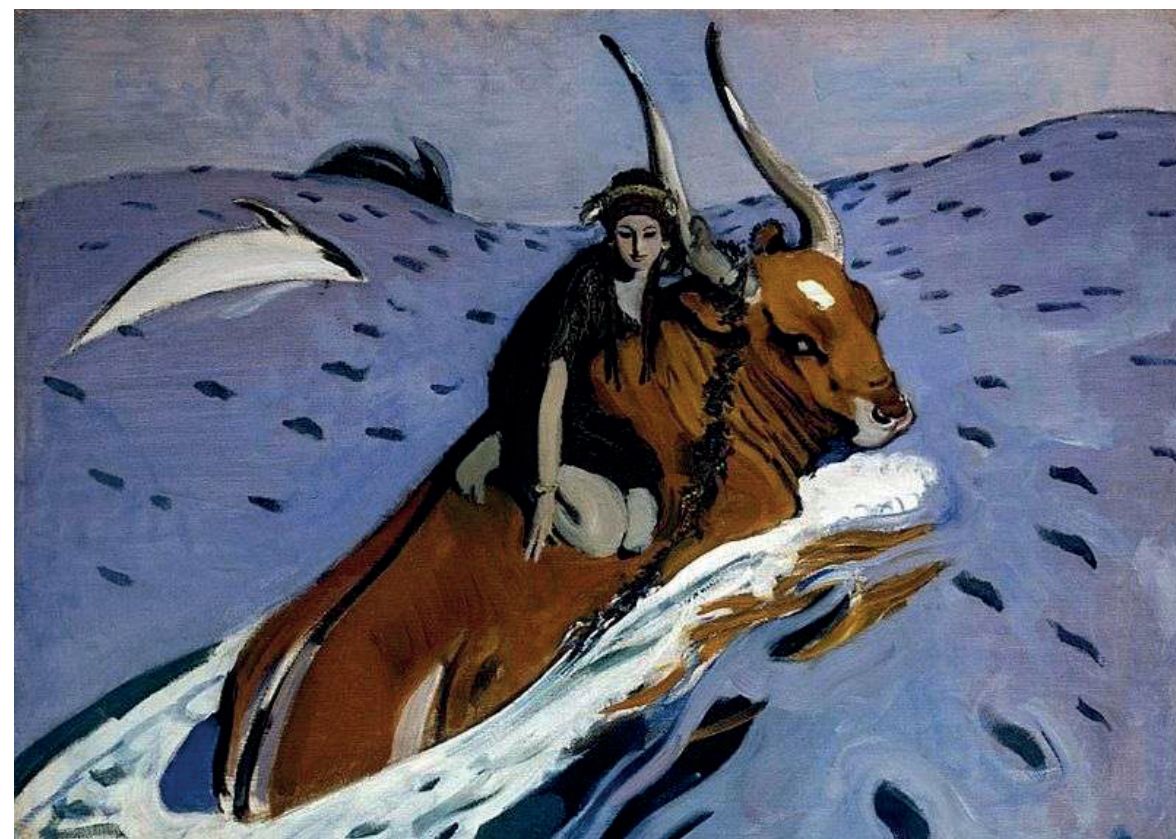
# QUADERNI AISDUE

2/2021

---

---

## Editoriale Scientifica



euro 14,00

ISBN 979-12-5976-258-0



Organi dell'Associazione

*Presidente:* Antonio Tizzano

*Segretario generale:* Patrizia De Pasquale

*Consiglio direttivo:*

Antonio Tizzano (presidente), Patrizia De Pasquale (segretario generale),  
Pietro Manzini, Paola Mori, Francesco Rossi Dal Pozzo,  
Lorenzo Schiano di Pepe, Fabio Spitaleri

*Collegio dei garanti:*

Giandonato Caggiano, Paolo Mengozzi,  
Bruno Nascimbene, Ennio Triggiani

## **Quaderni AISDUE**

### *Comitato scientifico:*

Antonio Tizzano, Patrizia De Pasquale,  
Pietro Manzini, Paola Mori, Francesco Rossi Dal Pozzo,  
Lorenzo Schiano di Pepe, Fabio Spitaleri

### *Comitato editoriale Quaderni AISDUE:*

Patrizia De Pasquale e Fabio Spitaleri (coordinatori),  
Andrea Circolo, Angela Correra, Giulia D'Agnone, Benedetta Minucci

### *Comitato editoriale BlogDUE:*

Patrizia De Pasquale e Fabio Spitaleri (coordinatori),  
Mario Barbano, Andrea Circolo, Erika Colombo, Angela Correra,  
Giulia D'Agnone, Alessandra Favi, Rosario Federico, Federica Ferrari,  
Federico Ferri, Elena Gualco, Sarah Lattanzi, Claudia Massa,  
Benedetta Minucci, Emmanuel Pagano, Martina Previatello,  
Enrico Tinti, Alessia Voinich, Laura Zoboli

# QUADERNI AISDUE

2021/2

Editoriale Scientifica  
Napoli

Proprietà letteraria riservata

© Copyright 2022 Editoriale Scientifica srl  
via San Biagio dei Librai, 39  
80138 Napoli

ISBN 979-12-5976-258-0  
ISSN 2723 9969

## INDICE

<i>Presentazione</i> di ANTONIO TIZZANO	7
 <b><i>Focus “Brexit”</i></b>	
GATTI M., Il diniego dell’immunità diplomatica alla delegazione dell’Unione europea a Londra, 30 gennaio 2021	11
VITIELLO D., L’impatto della <i>Brexit</i> sui diritti dei minori stranieri non accompagnati, 14 aprile 2021	19
 <b><i>Focus “Carta dei diritti fondamentali”</i></b>	
MASTROIANNI R., Il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia tra tutela dei diritti e tenuta del sistema, 1° febbraio 2021	51
 <b><i>Focus “Pandemia, diritto emergenziale e Unione europea”</i></b>	
MANZINI P., Brevi note sulla controversia relativa alla fornitura del vaccino AstraZeneca, 16 aprile 2021	63
 <b><i>Focus “La proposta di Patto su immigrazione e asilo”</i></b>	
DI PASCALE A., L’immigrazione “legale” nel nuovo Patto sulla migrazione e l’asilo, 20 gennaio 2021	77
FRATEA C., La proposta di regolamento concernente le situazioni di crisi e di forza maggiore: un limitato progresso rispetto alla direttiva sulla protezione temporanea, 26 gennaio 2021	101
MARIN L., Una rilettura di alcune misure del Patto sulle migrazioni alla luce della sussidiarietà: il valore aggiunto europeo come utopia?, 18 febbraio 2021	119
 <b><i>Focus “Servizi e piattaforme digitali”</i></b>	
CAGGIANO G., La proposta di <i>Digital Service Act</i> per la regolazione dei servizi e delle piattaforme <i>online</i> nel diritto dell’Unione europea, 18 febbraio 2021	139

CALOPRISCO F., <i>Data Governance Act</i> . Condivisione e “altruismo” dei dati, 5 maggio 2021	169
MANZINI P., Equità e contendibilità nei mercati digitali: la proposta di <i>Digital Market Act</i> , 25 febbraio 2021	189

## UNA RILETTURA DI ALCUNE MISURE DEL PATTO SULLE MIGRAZIONI ALLA LUCE DELLA SUSSIDIARIETÀ: IL VALORE AGGIUNTO EUROPEO COME UTOPIA?

LUISA MARIN\*

SOMMARIO: 1. Il nuovo Patto sulle migrazioni e l'asilo nel suo contesto: verso una progressiva diluizione del significato giuridico dello Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia? – 2. Le proposte della Commissione: lo *screening* preliminare all'ingresso. – 3. La nuova proposta di regolamento sulle procedure di frontiera, tra ambizione e realtà. – 4. La sponsorizzazione dei rimpatri ed il miraggio della solidarietà inter-statale: uscita dalla porta, potrà davvero rientrare dalla finestra? – 5. Le misure del Patto ed il loro valore aggiunto (europeo): è necessaria la rianimazione per la sussidiarietà?

1. Nel presentare il suo nuovo Patto sulle migrazioni e l'asilo del 23 settembre 2020, la Commissione ne ha sottolineato gli elementi di novità<sup>1</sup>: nonostante vi siano effettivamente dei tentativi di creare uno sblocco a situazioni di stallo politico, sono in verità preponderanti gli elementi di continuità rispetto al passato<sup>2</sup>, e di consolidamento di *trend* esistenti e già in atto<sup>3</sup>: è il caso delle politiche di esternalizzazione dei controlli sui confini e sulle migrazioni<sup>4</sup>.

\* Marie Skłodowska-Curie Individual Fellow, Istituto Universitario europeo. Questo scritto si sviluppa all'interno di un progetto che ha ricevuto un finanziamento dal programma Horizon 2020 dell'UE, Marie Skłodowska-Curie grant agreement N. 891762. Esso rappresenta unicamente le opinioni dell'Autore e non esprime in alcun modo la posizione dell'Istituzione finanziatrice. Una bozza di questo lavoro è stata presentata alla Commissione XIV – Politiche sull'Unione europea - del Senato della Repubblica, durante un *webinar* tenutosi nel dicembre 2020 ed organizzato insieme alla Prof.ssa E. Pistoia, con interventi dei Prof. M. Borraccetti, B. Boschetti, E. Pistoia, M. Savino e della sottoscritta.

<sup>1</sup> European Commission, A fresh start on migration: Building confidence and striking a new balance between responsibility and solidarity, Press Release, 23 September 2020, [ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP\\_20\\_1706](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_20_1706) ;

<sup>2</sup> D. THYM, *European Realpolitik: Legislative Uncertainties and Operational Pitfalls of the 'New' Pact on Migration and Asylum*, in *EU Immigration and Asylum Law Blog*, 28 September 2020.

<sup>3</sup> Il consolidamento delle tendenze in corso riguarda l'esternalizzazione delle pratiche di controllo delle migrazioni e delle frontiere, il ricorso alle tecnologie nei sistemi di controllo (ulteriore sviluppo di Eurodac, completamento del percorso verso la piena interoperabilità tra i sistemi e database), ed anche il rafforzamento del ruolo dell'esecutivo europeo, attraverso una maggiore gestione congiunta delle politiche grazie al coinvolgimento delle agenzie europee: queste sono tutte politiche che trovano nel Patto un consolidamento.

<sup>4</sup> J.-P. CASSARINO, L. MARIN, *The New Pact on Migration and Asylum: Turning Euro-*



Su questo fronte il nuovo Patto non solo riprende le politiche di esternalizzazione<sup>5</sup>, ma in qualche modo le sviluppa verso l'interno dell'Unione, proprio sul territorio dell'UE, andando a proporre diverse misure che sembrano rispondere ad un disegno finale mirante ad 'alleggerire' di significato (giuridico) l'ingresso nel territorio europeo dei migranti e dei richiedenti protezione internazionale.

Questo avviene in vari modi: in primis, consolidando e sviluppando la già esistente finzione di non ingresso, che è stata potenziata, tra gli altri, dalla Germania in risposta alla crisi dei rifugiati del 2015-2016<sup>6</sup>; in secondo luogo, scollegando dalla presenza sul territorio il godimento di diritti procedurali e di accesso ad un sistema dell'asilo, che ora dovrà essere filtrato al momento dell'ingresso, alle frontiere.

Nel Patto, le frontiere degli Stati membri vengono caricate di nuovi significati e funzioni, nel tentativo di creare un sistema di controllo delle migrazioni più efficiente, e di attribuire ai confini, oltre ad una funzione di blocco, anche un ruolo di filtro e di creazione di diverse categorie di migranti, che poi dovranno essere incanalati ed indirizzati verso regimi giuridici diversi e con diverse garanzie procedurali.

Questo *post* si concentra sulle seguenti misure: le proposte di regolamento di *screening* pre-ingresso<sup>7</sup>, quella sulle nuove procedure di frontiera<sup>8</sup> e, in misura limitata, sul meccanismo della sponsorizzazione dei rimpatri<sup>9</sup>.

*pean Union Territory into a non-Territory*, in *EuLawAnalysis*, 30.11.2020, eulawanalysis.blogspot.com/2020/11/the-new-pact-on-migration-and-asylum.html.

<sup>5</sup> B. RYAN, V. MITSILEGAS (eds.), *Extraterritorial Immigration Control. Legal Challenges*, Brill, 2010; see also M. CREMONA, J. MONAR, S. POLI, *The External Dimension of the Area of Freedom, Security and Justice*, Bruxelles, 2011; E. GUILD, S. CARRERA, T. BALZACQ, *The Changing Dynamics of Security in an Enlarged European Union*, CEPS Challenge Programme, Research Paper n. 12, 2008.

<sup>6</sup> K. SODERSTROM, *Flexible borders: The fiction of non-entry and asylum seekers in Germany*, in *The Comparative Network on Refugee Externalisation Policies (CONREP) blog*, 17 luglio 2019.

<sup>7</sup> Commissione europea, proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che introduce accertamenti nei confronti dei cittadini di paesi terzi alle frontiere esterne e modifica i regolamenti (CE) n. 767/2008, (UE) 2017/2226, (UE) 2018/1240 e (UE) 2019/817 (di seguito: proposta di regolamento sullo screening), COM (2020) 612 fin., del 23 settembre 2020.

<sup>8</sup> Commissione europea, proposta modificata di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce una procedura comune di protezione internazionale nell'Unione e abroga la direttiva 2013/32/UE (di seguito: proposta modificata di regolamento procedure), COM (2020) 611 fin., 23 settembre 2020.

<sup>9</sup> Commissione europea, proposta modificata di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sulla gestione dell'asilo e della migrazione e che modifica la direttiva 2003/109/CE del Consiglio e la proposta di regolamento (UE) XXX/XXX [Fondo Asilo e migrazione] (di seguito: proposta regolamento gestione asilo e migrazione), COM (2020) 610 fin., del 23 settembre 2020.

Queste misure, come si avrà modo di sviluppare nel corso del *post*, vanno nella direzione di consolidare lo scardinamento del significato tipico della presenza fisica della persona migrante sul territorio dello stato: accesso ad un sistema giuridico governato dalla *rule of law*, sistema nel quale la persona soggetta al controllo delle autorità pubbliche sia garantita dal diritto nell'interazione con le stesse.

Il diritto dell'UE da sempre riconosce una certa discrezionalità agli Stati, sia nell'ambito del controllo delle frontiere che nel contesto delle procedure di asilo. Si pensi, ad esempio, alla nozione di ordine pubblico e di sicurezza interna, *ex art. 72 TFUE*, che la Corte di giustizia ha interpretato in modo non univoco, con riferimento ai cittadini di Paesi terzi<sup>10</sup>. Si pensi altresì al diritto ad un ricorso giurisdizionale effettivo, che la Corte di giustizia interpreta in modo più restrittivo nel contesto del diritto di asilo<sup>11</sup>. È pertanto legittimo sostenere che il diritto europeo protegga l'individuo in modo diverso a seconda delle sue "caratteristiche giuridiche", immaginando un cerchio concentrico nel quale il cittadino europeo sta al centro dello stesso<sup>12</sup>.

Tuttavia, nonostante queste doverose contestualizzazioni, deve essere sottolineato che con le proposte del Patto, la Commissione interviene proprio nella direzione di consolidare sviluppi problematici dell'evoluzione del diritto europeo proprio nel territorio degli Stati membri dell'UE, sviluppi che devono essere analizzati con attenzione.

Questa tendenza va ascritta nel contesto complessivo delle politiche dell'Unione europea e degli Stati membri, che da quasi due decenni si sono appunto spinte a cercare fronti di cooperazione con stati terzi attraverso politiche di esternalizzazione<sup>13</sup>; più di recente, l'esternalizzazione si è spinta, anche dopo la nota sentenza *Hirsi* della Corte europea dei diritti umani, a forme di coinvolgimento a vario titolo (dalla fornitura di mezzi

<sup>10</sup> M. SAVINO, *On Failed Relocation and Would-be Leviathans: Towards the New Pact on Migration and Asylum*, in *ADiMBlog*, Case Law Commentary, luglio 2020.

<sup>11</sup> C. FAVILLI, *Armonizzazione dei livelli nazionali e standard di tutela dei diritti fondamentali: il caso del diritto a una tutela giurisdizionale effettiva in materia di asilo*, in AA.VV., *Temi e questioni di diritto dell'Unione europea. Scritti offerti a Claudia Morviducci*, Bari, 2019, p. 688 ss.; G. CAGGIANO, *Il richiedente la protezione internazionale davanti al giudice tra tutela giurisdizionale effettiva e autonomia processuale degli Stati membri dell'Unione europea*, in *Studi sull'integrazione europea*, n. 3. 2019, p. 579.

<sup>12</sup> Conclusioni dell'Avvocato generale Pitruzzella dell'11 luglio 2019, cause riunite C-381/18 e C-382/18, G.S. (C-381/18) e V.G. (C-382/18) c. *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*.

<sup>13</sup> Sulle quali si veda G. CAGGIANO, *Ascesa e caduta della rotta balcanica. Esternalizzazione contro solidarietà per i richiedenti asilo*, in *Studi sull'integrazione europea*, nn. 2-3, 2016, p. 221 ss.

all'addestramento delle guardie di frontiera) dei Paesi terzi nella gestione e contenimento del fenomeno migratorio<sup>14</sup>.

Quello che tuttavia si deve registrare in questo *trend* recente è che la proiezione delle politiche europee di contenimento delle migrazioni verso l'interno del territorio dell'UE porta, tra i vari effetti, anche ad una diluizione del significato dello spazio giuridico europeo, in particolare del significato della relazione tra territorio di uno Stato membro come "porta di accesso" ad una Unione che è, oltre ad un mercato, anche uno Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia: questa diluizione è idonea ad incidere sulla natura stessa dell'Unione come comunità di diritto, anche se riguarda le frontiere<sup>15</sup>.

Dopo questa introduzione, l'analisi si concentra sull'esame di alcune misure del Patto, al fine di individuarne gli aspetti problematici, sia dal punto di vista del diritto europeo, che nella prospettiva dell'attuazione delle stesse negli Stati membri, con particolare riferimento alla differenziazione tra stati di primo ingresso e non.

2. Un primo strumento chiave proposto con il Patto è costituito dalla proposta di regolamento sullo *screening* pre-ingresso nei confronti dei cittadini di Paesi terzi alle frontiere esterne<sup>16</sup>. La proposta prevede accertamenti preliminari che dovrebbero applicarsi a tutti i cittadini di Paesi terzi presenti alla frontiera esterna che non soddisfano le condizioni d'ingresso, o che sono sbarcati a seguito di un'operazione di ricerca e soccorso. In sostanza, lo *screening* pre-ingresso sarà applicabile ai migranti che attraversano le frontiere esterne senza autorizzazione.

Lo scopo dello *screening* è di accelerare il processo di determinazione dello status di una persona ed il tipo di procedura da applicare in seguito. Più precisamente, lo *screening* deve effettuare una prima identificazione delle persone, e contribuire a garantire che i cittadini di Paesi terzi interessati siano indirizzati alle procedure appropriate il più presto possibile, anche evitando la fuga dopo l'ingresso nel territorio per raggiungere uno stato diverso da quello di arrivo. In sostanza, lo *screening* dovrebbe permettere l'identificazione e la raccolta di dati biometrici, unitamente ad una fun-

<sup>14</sup> V. MORENO-LAX, M. GIUFFRÈ, *The Rise of Consensual Containment: From 'Contactless Control' to 'Contactless Responsibility' for Forced Migration Flows*, in S. JUSS (ed.), *Research Handbook on International Refugee Law*, Edward Elgar, 2016. See also V. MORENO-LAX, *The Architecture of Functional Jurisdiction: Unpacking Contactless Control - On Public Powers, S.S. and Others v. Italy, and the "Operational Model"*, in *German Law Journal*, 2020, pp. 385 – 416.

<sup>15</sup> Per un'analisi sulle specificità delle frontiere, si veda D. VITIELLO, *Le frontiere esterne dell'Unione europea*, Bari, 2020, p. 225 ss.

<sup>16</sup> Proposta di regolamento sullo *screening*, COM (2020) 612 final, cit.

zione di filtro e differenziazione tra i migranti, che, stando ai *trend* recenti, viaggiano in flussi misti<sup>17</sup>; questo dovrebbe anche contribuire a limitare i movimenti secondari, obiettivo politico di grande rilevanza per molti stati dell'Europa settentrionale e centrale.

Nella nuova concezione della gestione del fenomeno migratorio prevista nel Patto, la procedura di *screening* diventa *standard* per tutti i migranti che hanno attraversato il confine in maniera irregolare, anche per le persone sbarcate a seguito di un'operazione SAR, e per quelle che richiedono protezione internazionale ai valichi di frontiera esterna o nelle zone di transito; con il regolamento sullo *screening*, a tutte queste categorie di persone non sarà consentito di entrare nel territorio dello Stato durante lo *screening*<sup>18</sup>, ma saranno trattenute "in luoghi ubicati presso le frontiere esterne o nelle loro vicinanze", conformemente all'art. 6, paragrafo 1, della proposta.

Di conseguenza, diverse categorie di migranti, compresi i richiedenti protezione internazionale (tra cui l'asilo) che sono per definizione persone vulnerabili, devono essere trattenute in luoghi situati alle frontiere esterne o in prossimità di esse, per un periodo di tempo (fino a cinque giorni, che possono diventare al massimo dieci), definiti nel regolamento, ma che devono essere in pratica rispettati dalle amministrazioni nazionali. Viene in sostanza operata un'equazione implicita tra queste diverse categorie di persone, ed il denominatore comune di questa operazione è l'aver attraversato la frontiera in modo non autorizzato.

Allo stesso tempo, nonostante in molti casi il migrante sia già fisicamente presente sul territorio<sup>19</sup>, la proposta si regge su una finzione di non ingresso, perché all'art. 4 si prevede che le persone non siano autorizzate ad entrare nel territorio di uno Stato<sup>20</sup>.

La nuova proposta della Commissione, che riprende e sviluppa una procedura già prevista dal Codice Frontiere Schengen<sup>21</sup>, richiede ai Paesi membri di organizzare l'accoglienza dei migranti durante lo screening: il punto da sottolineare è che viene richiesto dall'Unione agli stati di primo ingresso di affrontare una procedura più articolata, e quindi più onerosa dal punto di vista organizzativo, rispetto alla prassi precedente. In più, da un lato la Commissione richiede agli stati di limitare la detenzione dei mi-

<sup>17</sup> Proposta di regolamento sullo *screening*, COM (2020) 612 final, considerando 8, p. 17.

<sup>18</sup> Proposta di regolamento sullo *screening*, COM (2020) 612 final, artt. 3 e 4.

<sup>19</sup> Si pensi, ad esempio, a Grecia, Malta, Italia, che hanno molte isole sulle quali i migranti sbarcano.

<sup>20</sup> Recita l'art. 4, paragrafo 1: "Durante gli accertamenti le persone di cui all'articolo 3, paragrafi 1 e 2, non sono autorizzate a entrare nel territorio di uno Stato membro".

<sup>21</sup> D. THYM, *European Realpolitik*, cit.

granti<sup>22</sup>, ma dall'altro la stessa richiede di trattenere i migranti ai confini, caricando in sostanza i Paesi di primo ingresso di nuove incombenze amministrative e procedurali, con dei possibili risvolti logistici.

Con lo *screening*, in sostanza, viene richiesto agli Stati di incrementare pratiche di trattenimento degli stranieri in contesti quali zone di transito, *hotspot* o simili; questo implica un aumento del carico amministrativo ed organizzativo-logistico che questi Paesi già sopportano, e con esso aumenterà la pressione mediatica sui confini: in tutto ciò, garantire il rispetto dei diritti fondamentali in questi contesti sarà senz'altro un onere in capo agli apparati amministrativi nazionali, ed ancora più complesso rispetto allo status quo.

Data la rilevanza europea della fase di *screening*, anche il rispetto dei diritti fondamentali dovrebbe essere monitorato, magari dalle agenzie, come espressione delle istituzioni: a questo proposito, il meccanismo istituito dall'articolo 7 lascia molto, troppo, alla discrezionalità degli Stati membri, senza porre garanzie adeguate a livello europeo per garantire il rispetto del diritto dell'Unione, che comprende anche i diritti fondamentali sanciti nella Carta<sup>23</sup>, con particolare riferimento all'accesso all'asilo ed al rispetto del principio di *non-refoulement*. L'Agenzia europea per i diritti fondamentali (FRA) è scarsamente coinvolta, e principalmente su richiesta degli Stati membri. È difficile ipotizzare che in un contesto di frontiera, dove la precarietà è la norma, questo debole sistema di monitoraggio possa dare un contributo seppur minimo a garantire il rispetto della dignità umana, un valore fondativo dell'UE come una comunità di diritto.

E, date le ambiguità non risolte in tema di solidarietà ed equa condivisione nella gestione delle implicazioni della migrazione, non è nemmeno strano che questo meccanismo all'acqua di rose sia proposto della Commissione: si tratta di un livello minimo, o al di sotto del minimo, che non può essere superato dagli Stati maggiormente esposti alle pressioni migratorie, finché non viene prima risolto in modo adeguato il nodo dell'attuazione di politiche attive di solidarietà interstatale<sup>24</sup>. Chi potrebbe accettare un maggior livello di monitoraggio, visto che, alla fine della fiera, ogni stato deve fare i compiti a casa, per conto proprio? Sia la proposta relativa allo screening che quella relativa alle procedure di frontiera, infatti, non operano un'integrazione sostanziale del ruolo sviluppato dalle agenzie in

<sup>22</sup> proposta modificata di regolamento procedure, COM (2020) 611 final, p. 12, in relazione al rapporto tra trattenimento e diritti fondamentali.

<sup>23</sup> L.S. ROSSI, *Stesso valore giuridico dei Trattati?* Rango, primato ed effetti diretti della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione europea, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2016, pp. 329 – 356.

<sup>24</sup> Sulla solidarietà, si veda G. MORGESE, *La solidarietà tra gli Stati membri dell'Unione europea in materia di immigrazione e asilo*, Bari, 2018.

via di prassi<sup>25</sup>. Stando così le cose, si spiega anche perché l'approccio proposto dalla Commissione sul monitoraggio sia davvero insufficiente.

Altresì, non è chiaro se il trattenimento dei migranti in queste aree, per lo screening ma anche nelle successive procedure di frontiera, debba essere qualificato come detenzione dal punto di vista giuridico, e, nell'affermativa, quale sia il regime giuridico europeo applicabile a questa detenzione. Nella prassi, è pacifico che la situazione che si verrà a realizzare sarà una detenzione almeno nei fatti, talvolta facilitata dalle peculiarità geografiche, come già accade per le isole della Grecia, a titolo di esempio<sup>26</sup>.

A questo proposito, deve essere ricordato come la Commissione si stia muovendo su un terreno non privo di limiti giuridici: al contrario, la Corte di giustizia si è recentemente pronunciata<sup>27</sup> su una delle due zone di transito ungheresi (Röszke e Tompa) in una sentenza che si inserisce in un quadro di pronunce relative al fronte magiaro della *rule of law*, decidendo che il regime di trattenimento applicato al loro interno debba essere qualificato come detenzione, superando con questa interpretazione il livello di protezione offerto dalla stessa Corte europea dei diritti umani<sup>28</sup>. Non si vede come i parametri chiariti in quella decisione non debbano trovare applicazione anche al caso dei migranti trattenuti durante la fase di *screening*, eccezion fatta per il limite temporale, che con lo screening non dovrebbe superare i dieci giorni. In particolare, la sentenza richiede che la detenzione presupponga una decisione motivata e che possano essere valutate la necessità e la conformità della misura attraverso un ricorso effettivo<sup>29</sup>.

Un'altra questione problematica riguarda la qualificazione e relativa base giuridica del trattenimento dei migranti e richiedenti protezione durante lo screening, che trova fondamento nella stessa proposta, ma che non viene espressamente identificato come detenzione.

Rimane tuttavia ipotizzabile che le amministrazioni nazionali faranno fatica a rispettare i tempi stretti previsti per il sistema di screening, come l'esperienza degli *hotspot* in Grecia ha dimostrato<sup>30</sup>, queste domande di

<sup>25</sup> Cfr sul punto, L. TSOURDI, *The New Pact and EU Agencies: an ambivalent approach towards administrative integration*, in *EU Immigration and Asylum Law Blog*, 6 November 2020.

<sup>26</sup> G. CAMPESI, *The EU Pact on Migration and Asylum and the dangerous multiplication of 'anomalous zones' for migration management*, in *ASILE blog*, 27 November 2020.

<sup>27</sup> Sentenza della Corte del 14 maggio 2020, cause riunite C-924/19 PPU e C-925/19 PPU, *F.M.S. et al.*

<sup>28</sup> Cfr. L. MARIN, *La Corte di Giustizia riporta le 'zone di transito' ungheresi dentro il perimetro del diritto (europeo) e dei diritti (fondamentali)*, in *ADiM Blog*, maggio 2020.

<sup>29</sup> Sentenza *F.M.S.*, cit., paragrafi 266 e 281.

<sup>30</sup> Legal Centre Lesvos, *The Workings of the Screening Regulation: Juxtaposing proposed EU rules with the Greek reception and identification procedure*, in *Statewatch.org*, 29 January 2021.

venteranno più urgenti, accanto alla questione molto pratica della sistemazione effettiva dei migranti durante la procedura, che in generale non consente l'accesso al territorio. A questo proposito, vale la pena ricordare come in molti casi, gli *hotspot* siano attrezzati per un passaggio veloce dei migranti, che vengono immediatamente spostati in altra struttura<sup>31</sup>.

L'efficace funzionamento delle pratiche di *screening* è legato al rispetto di ristretti limiti temporali, cinque giorni, nel caso tipico, che possono al massimo diventare dieci, in circostanze eccezionali, qualora il numero di persone da sottoporre a screening sia straordinario. La proposta europea sembra ispirarsi alla legge greca sulla protezione internazionale e alla relativa prassi sviluppatasi sugli *hotspot*, in particolare quello famigerato di Moria a Lesbo<sup>32</sup>. A questo proposito, è noto come la presenza di limiti temporali non abbia impedito il verificarsi di prassi di trattenimento incompatibili con il rispetto dei diritti fondamentali, oltre che del principio base della dignità della vita umana<sup>33</sup>.

È in questa logica che la proposta di regolamento prevede all'articolo 14, paragrafo 7, che lo screening debba terminare decorso il termine temporale previsto, anche se le verifiche non sono completate: tuttavia, la domanda che rimane è: terminato lo *screening*, a quale procedura viene indirizzato il richiedente e come è stata determinata la fase successiva? Sembra corretto esprimere preoccupazione sul fatto che la fase della procedura successiva allo *screening* venga determinata in modo molto approssimativo: questo solleva l'importante questione della protezione dei diritti nel contesto dello screening. Per la rilevanza della stessa, è necessario concludere che durante la procedura è necessario che il migrante coinvolto possa avvalersi della assistenza di un avvocato, oltre che della presenza di strumenti di interpretariato e mediazione, che tuttavia al momento non sono previsti<sup>34</sup>. Anche alla luce di questo argomento, la previsione di strumenti di monitoraggio adeguati è quanto più necessaria.

Come è stato anticipato, questa rafforzata fase di *screening* pre-ingresso ha diverse finalità: *in primis*, quella di garantire, tra l'altro, che gli Stati di primo ingresso "facciano i compiti a casa" per quanto riguarda la raccolta

<sup>31</sup> Si veda in proposito l'indagine condotta da ASGI in relazione alla presenza di locali per il trattenimento nei centri hotspot con richieste di accesso civico generalizzato, le cui risposte sono riportate qui: [inlimine.asgi.it/appositi-locali-per-il-trattenimento-dei-richiedenti-asilo-in-hotspot/](http://inlimine.asgi.it/appositi-locali-per-il-trattenimento-dei-richiedenti-asilo-in-hotspot/). Non si ritiene utile approfondire in questa sede la questione relativa alla dimensione interna della legittimità del trattenimento alla frontiera, con riferimento all'Art. 13 della Costituzione, che pure rimane.

<sup>32</sup> Legal Centre Lesvos, *The Workings of the Screening Regulation*, cit.

<sup>33</sup> Meijers Committee Comments on the Migration Pact – Asylum Screening Regulation, November 2020, di seguito: CM 2010, p. 2.

<sup>34</sup> Nello stesso senso, si veda: CM 2010, p. 7.

di informazioni e dati relativi ai migranti: con gli stessi dati viene alimentato il corposo sistema europeo di banche-dati (leggasi: EURODAC, SIS II, VIS, ETIAS, EES...), che di recente è stato ulteriormente rafforzato grazie al regolamento sull'interoperabilità<sup>35</sup>, ma che porta con sé preoccupanti tensioni su equilibri delicati, quali quelli relativi al bilanciamento tra diritti fondamentali e contrasto al crimine, con evidenti rischi di discriminazioni a carico dei migranti<sup>36</sup>. In secondo luogo, la procedura di *screening* ha rilevanza per il singolo caso, poiché le procedure alla frontiera sono delle procedure nelle quali il tempo è limitato, grazie ad un certo sacrificio delle garanzie procedurali, perché con lo *screening* si determina quello che succede dopo lo stesso. In terzo luogo, nel caso in cui lo *screening* si concluda con un rifiuto di ingresso, vi è un primo effetto sostanziale dello *screening*, che viene condotto, deve essere sottolineato, senza assistenza legale e senza che vi sia la possibilità di un mezzo di ricorso contro l'esito dello stesso.

E, benché l'esito dello *screening* non costituisca una decisione dal punto di vista formale, ma semplicemente ha esito in un modulo di *de-briefing*, questo modulo "dà sostanza" alla fase successiva della procedura, che potrà essere una procedura di frontiera, e che potrebbe anche concludersi con un rifiuto di ingresso<sup>37</sup> o con un rimpatrio.

Nel complesso, questa apparente irrilevanza formale dello *screening* non è altro che fuorviante, date le importanti implicazioni sostanziali, sui diritti della persona, in termini di determinazione di una procedura o

<sup>35</sup> Regolamento (UE) 2019/817 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2019, che istituisce un quadro per l'interoperabilità tra i sistemi di informazione dell'UE nel settore delle frontiere e dei visti e che modifica i regolamenti (CE) n. 767/2008, (UE) 2016/399, (UE) 2017/2226, (UE) 2018/1240, (UE) 2018/1726 e (UE) 2018/1861 del Parlamento europeo e del Consiglio e le decisioni 2004/512/CE e 2008/633/GAI del Consiglio. Si veda altresì il regolamento (UE) 2019/818 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2019, che istituisce un quadro per l'interoperabilità tra i sistemi di informazione dell'UE nel settore della cooperazione di polizia e giudiziaria, asilo e migrazione, e che modifica i regolamenti (UE) 2018/1726, (UE) 2018/1862 e (UE) 2019/816.

<sup>36</sup> See E. BROUWER, *Large-Scale Databases and Interoperability in Migration and Border Policies: The Non-Discriminatory Approach of Data Protection*, in *European Public Law*, n. 1, 2020, pp. 71 – 92; G. CAGGIANO, *L'interoperabilità fra le banche-dati dell'Unione sui cittadini degli Stati terzi*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 1, 2020; N. VAVOULA, *Stepping Up the Fight Against Impunity in EU Law: Access to Immigration Databases by National Law Enforcement Authorities and Europol*, in L. MARIN, S. MONTALDO, *The Fight Against Impunity in EU Law*, p. 209 ss., p. 237. In particolare, sul Patto, si veda la posizione del Garante europeo sulla Protezione dei Dati (EDPS), parere 9/2020, EDPS Opinion on the New Pact on Migration and Asylum, che si trova nel sito istituzionale dello stesso, novembre 2020.

<sup>37</sup> Art. 14, paragrafo 1 della proposta di regolamento sullo *screening*, confermato dal considerando 40 della proposta modificata di regolamento procedure relativo alle procedure frontiera.



un'altra. È altresì noto che le procedure di frontiera siano meno protettive dei diritti della persona rispetto alla procedura ordinaria, proprio a causa della compressione temporale e del minor livello di accuratezza dell'esame delle situazioni sostanziali<sup>38</sup>.

È per questo motivo che il rispetto di alcuni diritti procedurali è di fondamentale importanza: da una “qualifica” decisa in sede di “*screening*” dipende una specifica procedura nella fase successiva. È pertanto auspicabile che il Parlamento ed il Consiglio incrementino le garanzie procedurali dello *screening* in fase di discussione della proposta della Commissione<sup>39</sup>.

3. Un altro tassello cruciale in questo processo di rafforzamento dei confini e di semplificazione delle procedure alla frontiera è costituito dalla riforma delle procedure di frontiera, che viene realizzata modificando la proposta di “regolamento procedure” del 2016, riforma che tuttavia non ha portato all'adozione di un nuovo strumento legislativo (di seguito: proposta sulle procedure di frontiera)<sup>40</sup>.

Sebbene le procedure di frontiera siano già presenti nell'attuale regolamento del 2013, con la proposta del 2020 queste vengono ora declinate come una “procedura di frontiera per l'asilo e il rimpatrio”, unitamente ad un potenziamento della procedura accelerata; accanto alla normale procedura di asilo, queste opzioni procedimentali trovano collocazione al termine della fase di *screening* pre-ingresso.

Altra importante novità è costituita dal fatto che le nuove procedure di frontiera diventano obbligatorie (ai sensi dell'articolo 41, paragrafo 3) per i richiedenti protezione che attraversano la frontiera esterna in modo non autorizzato o in seguito ad uno sbarco collegato ad una operazione di ri-

<sup>38</sup> ECRE, *Border procedures: Not a Panacea*, Policy Note 21/2019, [www.ecre.org/wp-content/uploads/2019/07/Policy-Note-21.pdf](http://www.ecre.org/wp-content/uploads/2019/07/Policy-Note-21.pdf).

<sup>39</sup> Nello stesso senso, si vedano: L. JAKULEVIČIENĖ, *Re-decoration of existing practices? Proposed screening procedures at the EU external borders*, in *EU Immigration and Asylum Law Blog*, 27 October 2020; Meijers Committee: ‘Comments on the Migration Pact – Asylum Screening Regulation’, November 2020, documento: CM 2010. L. JAKULEVIČIENĖ sottolinea altresì quella che si può chiamare la “neutralità” dello *screening*. Infatti, una delle finalità dello *screening* è quella di indicare qualsiasi elemento che potrebbe essere rilevante per indirizzare i cittadini di Paesi terzi alle procedure di esame accelerato o alle procedure di frontiera. In altre parole, lo *screening* deve indicare nel modulo di *de-briefing* le opzioni successive della procedura che proteggono i richiedenti asilo meno di altre. Il discorso, tuttavia, non vale nel senso opposto: non viene escluso dallo *screening* il cittadino che ha presentato una domanda di asilo e che proviene da un Paese con un alto tasso di riconoscimento.

<sup>40</sup> Più precisamente: proposta modificata di regolamento procedure, COM (2020) 611 final, cit.

cerca e soccorso, e, in aggiunta, trova applicazione una di queste circostanze:

- il richiedente rappresenta un rischio per la sicurezza nazionale o l'ordine pubblico;
- il richiedente ha fornito informazioni o documenti falsi o ha nascosto informazioni o documenti pertinenti;
- il richiedente proviene da un Paese terzo per il quale la percentuale di decisioni positive sul numero totale di decisioni in materia di asilo è inferiore al 20%.

Se sul primo criterio si può anche convenire, sul secondo è lecito dubitare della effettiva capacità del migrante di conoscere, intendere e comprendere la portata e le conseguenze di comportamenti omissivi riguardo a documenti o generalità personali: da questi comportamenti, più o meno consapevoli, dipendono conseguenze significative sulla sfera giuridica della persona.

Le perplessità maggiori, tuttavia, sorgono in relazione al terzo criterio, relativo alla soglia del 20% di decisioni positive. Da un lato, il criterio del 20% è una scelta arbitraria e presuntiva; dall'altro, va ad aggiungersi al criterio del Paese terzo sicuro, usato per valutare l'ammissibilità di una domanda di asilo. Da ultimo, questo criterio si scontra con il principio che ogni domanda di asilo richiede una complessa valutazione individuale della posizione personale del richiedente asilo, introducendo elementi presuntivi per incanalare una persona verso una procedura che offre meno garanzie. In sostanza, la soglia del 20% sembra una soglia arbitraria che introduce elementi presuntivi che debbono necessariamente portare ad una procedura che offre meno garanzie alle persone richiedenti protezione.

Come già anticipato con la proposta relativa allo *screening* pre-ingresso, durante la procedura di frontiera, il richiedente non ha accesso al territorio dell'UE: questa è tuttavia una finzione giuridica, nel senso che il soggetto si troverà o nel territorio dello Stato, o al di fuori dello stesso, ma comunque sotto il controllo, e dunque nella giurisdizione di uno Stato membro: questa situazione, alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, è atta a creare situazioni giuridiche che attivano la responsabilità degli stati in relazione alla CEDU<sup>41</sup>. In modo analogo, per il diritto dell'Unione trova applicazione sia la Carta che il diritto derivato, se siamo nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione<sup>42</sup>. Aldilà della finzione

<sup>41</sup> Sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo del 15 giugno 1996, *Amuur c. Francia*, ric. n. 19776/92; del 21 novembre 2019, *Ilias e Ahmed c. Ungheria*, ric. n. 47287/15; in stessa data, *Z.A. a.o. c. Russia*, ric. n. 61411/15. Per considerazioni analoghe, si veda CM 2010, p. 2.

<sup>42</sup> Si pensi all'articolo 51, par. 1, della Carta, per come interpretato dalla Corte di giu-

di non-ingresso, che chiarisce poco ma molto complica, quello che si evince è che durante le procedure di frontiera un soggetto non ha libero accesso al territorio dello Stato, ma deve al contrario rimanere in strutture che si collocano alla frontiera esterna o vicino alla stessa. Anche qua, rimane in capo al Paese di primo ingresso di organizzare le strutture necessarie per le procedure di frontiera: in Italia, ad esempio, la prassi frequente mostra che dopo il *de-briefing*, che si tiene nell'*hotspot*, il migrante viene trasferito nei centri di accoglienza<sup>43</sup>, che si trovano anche in altre località.

Quello che è certo è che il trattenimento del migrante diventa una detenzione, *de iure* o *de facto*, e si pone il problema della qualifica di questa detenzione, della base giuridica. Valgono in questo caso le stesse e maggiori preoccupazioni per il trattenimento durante lo *screening*, che pure ha una durata temporale limitata, a differenza delle procedure di frontiera, e quindi dovrebbero trovare applicazione i vincoli che la Corte di giustizia ha posto per le zone di transito ungheresi.

Un altro elemento sul quale è doverosa una riflessione è che nella proposta della Commissione, vengono presentate come garanzie quelle situazioni nelle quali non si applicano le procedure di frontiera, ad es., per motivi medici, e quando i requisiti per la detenzione non sussistono, e la procedura di frontiera non può essere eseguita senza ricorso alla detenzione<sup>44</sup>: ad avviso di chi scrive, questo è indicativo della compressione generalizzata dei diritti personali che avviene negli spazi di frontiera<sup>45</sup>.

Benché in generale valgano le garanzie previste dalla proposta di regolamento Procedure, ovvero intervista personale, e valutazione individuale del singolo caso<sup>46</sup>, unitamente alla previsione di assistenza e consulenza giuridica<sup>47</sup>, la prassi applicativa relativa alla direttiva Procedure ha dimostrato che gli Stati non sempre rispettano gli standard posti. E non è solo un problema di rispetto dei diritti dei migranti, ma anche delle tempistiche,

stizia nella sentenza *Akerberg Fransson*. Sulla dimensione esterna del controllo delle migrazioni si veda M. DEN HEIJER, *Europe and Extraterritorial Asylum*, Oxford, 2012; J. RJPMA, *External Migration and Asylum Management: Accountability for Executive Action Outside EU-territory*, in *europeanpapers.eu*, 2017, pp. 571-596; sull'applicazione extraterritoriale della Carta, si veda E. CANNIZZARO, *The EU's Human Rights Obligations in Relation to Policies with Extraterritorial Effects: A Reply to Lorand Bartels*, in *European Journal of International Law*, n. 4, 2014, p. 1093-1099, spec. p. 1095.

<sup>43</sup> Si rinvia in proposito all'indagine condotta da ASGI in relazione alla presenza di locali per il trattenimento nei centri hotspot con richieste di accesso civico generalizzato, le cui risposte sono riportate qui: [inlimine.asgi.it/appositi-locali-per-il-trattenimento-dei-richiedenti-asilo-in-hotspot/](http://inlimine.asgi.it/appositi-locali-per-il-trattenimento-dei-richiedenti-asilo-in-hotspot/)

<sup>44</sup> Fattispecie prevista all'art. 41, paragrafo 13 della proposta di regolamento in esame.

<sup>45</sup> G. CAMPESI, *The EU Pact on Migration and Asylum*, op. cit.

<sup>46</sup> Art. 11-13 prop. 2016.

<sup>47</sup> Art. 14-17 prop. 2016.

ed il rispetto delle tempistiche ha anche riflessi organizzativi importanti, in termini di capienza ed adeguatezza delle strutture. Il disegno di efficientamento amministrativo della Commissione è senz'altro interessante, ma dove e come si realizza, nella realtà?

Un altro aspetto che deve essere analizzato è il sistema di rimedi contro una decisione adottata in una procedura di frontiera. Se una domanda viene respinta in una procedura di asilo alla frontiera, la procedura di rimpatrio si applica immediatamente. Gli Stati membri devono limitare ad una istanza il diritto a un ricorso effettivo contro la decisione, come previsto dall'articolo 53, paragrafo 9. Il diritto a un ricorso effettivo è quindi limitato, ed altrettanto lo è il diritto di rimanere sul territorio nelle more del ricorso, conformemente al combinato disposto dell'articolo 54, paragrafi 3, 4 e 5.

Inoltre, la proposta del 2020 in esame consente agli Stati membri di limitare il diritto di rimanere, in caso di reiterazione della domanda, e prevede che non vi sia alcun diritto a rimanere nel caso di ricorsi successivi (articolo 54, paragrafi 6 e 7). Più in generale, la presente proposta estende le circostanze in cui il richiedente non ha un diritto automatico di permanenza e questo rappresenta un aspetto che incide in modo significativo e fattuale sulla capacità di impugnare una decisione negativa in una procedura di frontiera.

Nel complesso, si può affermare che la procedura di asilo alla frontiera è una procedura in cui le garanzie sono limitate, poiché i tempi sono contingentati e l'accesso alle vie di ricorso è ridotto al minimo. Si consolida quindi con la proposta sulle procedure di frontiera del 2020 la tendenza alla compressione delle garanzie collegate alla presenza del migrante sul territorio. L'accesso al territorio dello Stato membro, per il non-cittadino richiedente protezione, è quindi privato del suo significato tipico, nel senso che non implica un pieno accesso a un sistema che tutela i diritti con procedure che offrono garanzie e quindi anche dispendiose in termini di tempo.

Alla frontiera, l'efficienza dovrebbe governare un processo in cui l'accesso a una giurisdizione è più leggero, è "meno denso" che in altre circostanze, e per altre categorie di persone. Per concludere, questa espansione dell'esternalizzazione delle politiche di controllo della migrazione avviene "in casa", sul territorio europeo, e mira a prolungare gli effetti delle politiche di contenimento perché rendono meno significativo, in termini legali, l'accesso al territorio dell'UE: la presenza della persona nel territorio dell'UE non comporta il pieno accesso ai diritti connessi alla presenza sul territorio.

Dopo aver illustrato come la proposta di regolamento sulle nuove pro-

cedure di frontiera sia mossa dall'ambizione di contenere il fenomeno migratorio, l'analisi continua con l'esame di un tassello ulteriore delle proposte della Commissione, ovvero la sponsorizzazione dei rimpatri.

4. Un altro tassello fondamentale per il successo delle politiche di contenimento dei migranti irregolari ai confini dell'Unione è la necessaria cooperazione dei Paesi terzi: questi Paesi non solo dovrebbero accettare e accogliere i migranti da rimpatriare dai Paesi europei, ma dovrebbero anche cooperare attivamente con le amministrazioni dei Paesi europei.

Come è stato da tempo sottolineato da diversi studi<sup>48</sup>, questa cooperazione è tutt'altro che scontata e difficile da ottenere, perché, comprensibilmente, anche i Paesi terzi hanno le loro agende politiche in materia di migrazioni, oltre a questioni sociali da affrontare con i migranti rimpatriati.

Allo stesso tempo, l'Unione ha provato dopo la crisi del 2015 ad organizzare la cooperazione infra-UE in materia di gestione dei migranti sbarcati attraverso il sistema dei ricollocamenti, che, come noto, non ha funzionato per una serie complessa di motivi, di natura politica, ma anche amministrativa<sup>49</sup>.

Con il Patto, ed in particolare con la proposta relativa alla sponsorizzazione dei rimpatri<sup>50</sup>, la Commissione cerca di ... segnare un *goal* a partire da un debole *cross* degli Stati membri, che si sono dimostrati restii a far funzionare il sistema di ricollocamenti obbligatori. La Commissione, infatti, in un primo luogo<sup>51</sup> cerca di coinvolgere i Paesi non di primo ingresso nella cooperazione ai rimpatri: come è facile capire, la cooperazione a rimpatriare è un obiettivo politico sul quale è facile far convergere diversi interessi. Il rimpatrio è un *target* desiderato da molti, ma raggiunto in modo più o meno efficace a seconda delle circostanze, della rotta migratoria e dell'accordo con il paese terzo con il quale si tiene il dialogo.

In un secondo momento, dopo che la via del rimpatrio è stata percorsa in modo infruttuoso per otto mesi<sup>52</sup>, la Commissione cerca di convertire questo impegno in una collaborazione a forme non obbligatorie di solida-

<sup>48</sup> J.-P. CASSARINO, *Readmission, Visa Policy and the 'Return Sponsorship' Puzzle in the New Pact on Migration and Asylum*, in *ADiM Blog, Analyses & Opinions*, Novembre 2020.

<sup>49</sup> L. MARIN, *Governing Asylum with (or without) Solidarity? The Difficult Path of Relocation Schemes, Between Enforcement and Contestation*, in *Freedom, Security and Justice*, n. 1, 2019.

<sup>50</sup> Commissione europea, proposta di regolamento sulla gestione dell'asilo e della migrazione, COM (2020) 610 fin., cit., art. 45 ss.

<sup>51</sup> Commissione europea, proposta di regolamento sulla gestione dell'asilo e della migrazione, COM (2020) 610 fin., cit., art. 55 ss.

<sup>52</sup> Commissione europea, proposta di regolamento sulla gestione dell'asilo e della migrazione, COM (2020) 610 fin., cit., art. 57.

rietà intra-statale<sup>53</sup>: in questo modo, la Commissione tenta di riportare gli stati sul pianeta della realtà e spera in questo modo di far digerire la pillola amara della presa in carico di un migrante che non si riesce a rimpatriare. In altre parole, la Commissione cerca in questo modo di far rientrare dalla finestra la solidarietà inter-statale, che di fatto era uscita dalla scena europea, dopo l'esperimento delle decisioni del 2015, e dopo il tentativo di recupero tentato con la dichiarazione della Valletta<sup>54</sup>. Si tratta senz'altro di un tentativo di inserire forme di solidarietà nella *governance* dell'immigrazione, un tentativo quasi di procedimentalizzere la solidarietà per renderla più accettabile ed efficace<sup>55</sup>.

Al di là di questo sforzo, deve essere tuttavia chiaro che la sponsorizzazione dei rimpatri porta con sé le stesse, se non maggiori, sfide rispetto allo *status quo*, perché aggiunge un soggetto ulteriore nella complicata gestione amministrativa del rimpatrio, in una tempistica alquanto incerta.

È stato infatti dimostrato che, ad esempio, i Paesi del sud Europa sono i più 'forniti' in termini di accordi di cooperazione e riammissione con i Paesi terzi e non è scontato quindi individuare un valore aggiunto di un ulteriore anello amministrativo di questa complessa sequenza di passaggi<sup>56</sup>.

Al di là dello sforzo della Commissione, che comunque intende provare a procedimentalizzare la solidarietà, i dubbi e le incertezze sul meccanismo escogitato sono importanti, e non è difficile prospettare una complessa negoziazione politica sulla stessa.

5. In queste poche righe conclusive si cercherà di riflettere sul valore aggiunto delle misure del Patto alla luce del principio della sussidiarietà, con il preciso intento di avviare un dibattito che coinvolga studiosi di diverse discipline giuridiche e, possibilmente, di diversi Paesi europei, per affrontare un tema tanto centrale nel dibattito europeo, quanto per certi versi "assopito", ovvero il dibattito sul rispetto *e sulla effettiva realizzazione* del principio della sussidiarietà.

La sua genesi con il Trattato di Maastricht ed il complesso ed ambiguo valore giuridico del principio sono note<sup>57</sup>: l'azione della Corte di giustizia

<sup>53</sup> Commissione europea, proposta di regolamento sulla gestione dell'asilo e della migrazione, COM (2020) 610 fin., cit., art. 55, paragrafo 2.

<sup>54</sup> E. PISTOIA, *Dai ricollocamenti alla riforma del sistema comune di asilo, e ritorno?*, in *ADiM Blog*, Editoriale, aprile 2020.

<sup>55</sup> M. BORRACCETTI, intervento presso la Commissione XIV del Senato, dicembre 2020.

<sup>56</sup> J.-P. CASSARINO, *Readmission, Visa Policy and the 'Return Sponsorship' Puzzle*, op. cit.; in modo analogo, benché' in un'altra prospettiva, si veda L. TSOURDI, *The New Pact and EU Agencies: an ambivalent approach towards administrative integration*, cit.

<sup>57</sup> P. DE PASQUALE, *Il principio di sussidiarietà nell'ordinamento comunitario*, Napoli, 1996; F. IPPOLITO, *Fondamento, attuazione e controllo del principio di sussidiarietà nel diritto*

sulla giustiziabilità del principio è stata improntata al *self-restraint*, dati gli aspetti politici insiti nella valutazione di merito sul rispetto della sussidiarietà<sup>58</sup>.

Dopo che il Trattato di Lisbona ha introdotto il Meccanismo dell'Allerta Precoce<sup>59</sup>, procedimentalizzando il controllo politico sulla sussidiarietà con il coinvolgimento dei parlamenti nazionali, il meccanismo ha avuto un successo limitato, ad eccezione del caso della direttiva Monti II<sup>60</sup>: nell'ultimo biennio, la procedura prevista dal Protocollo II sembra "sopita"<sup>61</sup>.

Dopo un primo periodo nel quale sono stati attivati alcuni "cartellini", ma senza che la procedura dispiegasse il suo potenziale in modo sistematico, la Commissione Juncker ha lanciato il processo sulla *better regulation*, che ha sviluppato un concetto già in circolazione, ovvero il valore aggiunto europeo di una misura<sup>62</sup>.

È precisamente sull'aspetto del valore aggiunto europeo sul quale ci si focalizzerà, anche per dare un contributo al dibattito sul Patto in modo originale. In particolare, il *test* sul valore aggiunto europeo di una misura proposta o test sull'efficacia è un aspetto cruciale della valutazione del rispetto e la realizzazione del principio di sussidiarietà in quanto è un test sull'efficacia di una misura europea<sup>63</sup>.

*della Comunità e dell'Unione europea*, Milano, 2007.

<sup>58</sup> G. MARTINICO, *Dating Cinderella: On Subsidiarity as a Political Safeguard of Federalism in the European Union*, in *European Public Law*, 2011, pp. 649-660. Si vedano inoltre C. FASONE & D. FROMAGE, *From Veto Players to Agenda-Setters - National Parliaments and Their Green Card to the European Commission*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2016, pp. 294-316.

<sup>59</sup> P. KIIVER, *The Early Warning System for the Principle of Subsidiarity: Constitutional Theory and Empirical Reality*, Routledge, 2012; F. FABBRINI AND K. GRANAT, "Yellow Card, But No Foul": *The Role of the National Parliaments under the Subsidiarity Protocol and the Commission Proposal for an EU Regulation on the Right to Strike*, in *Common Market Law Review*, 2013, p. 115 ss; M. CARTABIA ET AL. (eds.), *Democracy and Subsidiarity in the EU*, Bologna, 2013.

<sup>60</sup> Sul quale si veda I. COOPER, 'National parliaments in the democratic politics of the EU: the subsidiarity early warning mechanism', 2009-2017, in *Comparative European Politics*, 2019, pp. 919-939; D. FROMAGE & V. KREILINGER, *National parliaments' third yellow card and the struggle over the revision of the Posted Workers Directive*, in *Journal of European Legal Studies*, 2017, pp. 126-160.

<sup>61</sup> T. JAROSZYŃSKI, *National Parliaments' Scrutiny of the Principle of Subsidiarity: Reasoned Opinions 2014-2019*, in *European Constitutional Law Review*, 2020.

<sup>62</sup> Il riferimento è alla *Better Regulation Toolbox* del 2015, reperibile nel sito istituzionale della Commissione.

<sup>63</sup> Sul ruolo del *better law-making* nelle politiche penali europee, si veda W. VAN BALLEGOOIJ, *The Role of the Fight Against Impunity in EU Criminal Policy Preparation and Evaluation*, in L. MARIN, S. MONTALDO (eds.), *The Fight Against Impunity in EU Law*, p. 63 ss.

A questo proposito, l'accordo interistituzionale del 2016<sup>64</sup> prevede un'attenzione rinnovata per il concetto di valore aggiunto europeo, in particolare richiedendo di utilizzare le stesse metodologie per le valutazioni di impatto, per Commissione e Parlamento europeo<sup>65</sup>. In seguito, la Commissione ha pubblicato nel 2017 delle ulteriori linee-guida sulla *better regulation* che sviluppano il principio di sussidiarietà come articolato in un duplice *test*: il primo, avente lo scopo di esaminare se l'obiettivo della misura non può essere raggiunto a livello di Stati membri (dimensione negativa); il secondo, volto ad esaminare perché l'intervento europeo, in virtù della dimensione o degli effetti, produrrebbe benefici, rispetto ad un intervento a livello statale (dimensione positiva).

Inoltre, sempre specificando l'interpretazione dell'art. 5 sulla sussidiarietà, la Commissione ha individuato alcune domande-guida per condurre queste valutazioni. In particolare, il quesito sui costi-benefici pare particolarmente pertinente per una valutazione delle misure del Patto: "l'intervento nazionale o l'assenza di un'iniziativa europea si pone in conflitto con i trattati o può danneggiare in modo significativo gli interessi di alcuni Stati membri?"<sup>66</sup>

Questa domanda potrebbe essere utilizzata proprio per una riflessione di ampio respiro, che prenda in considerazione la quantità dell'apporto nazionale necessario in termini di buon funzionamento delle politiche europee, senza dimenticare una importante considerazione di partenza, ovvero che gli Stati europei non sono esposti al fenomeno migratorio in modo eguale, ma che l'integrazione europea, che per certi versi è incompleta, richiede politiche ri-equilibratrici, ispirate ad un principio di leale cooperazione e ad una solidarietà di natura correttiva<sup>67</sup>.

Se è pacifico che l'Unione abbia competenza a legiferare attraverso le misure proposte, ed è dimostrato che gli Stati membri, procedendo in ordine sparso, non possono realizzare l'obiettivo di una gestione efficace del fenomeno migratorio, è altrettanto corretto dubitare del valore aggiunto europeo delle misure proposte, perché queste non riempiono lo spazio dell'intervento nazionale di un valore aggiunto: le proposte europee infatti

<sup>64</sup> Accordo Interistituzionale «Legiferare meglio» tra il Parlamento europeo, il Consiglio dell'Unione europea e la Commissione europea, del 13 aprile 2016, reperibile qui [eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016Q0512\(01\)&from=FI](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016Q0512(01)&from=FI).

<sup>65</sup> Sia il Parlamento europeo che la Commissione hanno creato delle *added value unit* ed altre articolazioni al fine di contribuire in modo strutturale alla realizzazione di questo principio.

<sup>66</sup> *Better Regulation Toolbox* del 2017, reperibile nel sito della Commissione.

<sup>67</sup> P. ELEFThERiADiS, *A Union of Peoples: Europe as a Community of Principle*, Oxford, 2020; dello stesso Autore, si veda anche *Corrective Justice Among States*, in *Ius Cogens*, 2020, p. 7 ss.



continuano a prevedere un forte decentramento di oneri amministrativi e gestionali, di controllo e contenimento del fenomeno, di filtro e di selezione di migranti che vanno trattenuti in frontiera, come se la frontiera di Lampedusa o di Lesvos fossero una questione italiana o greca, e non europea.

Come dimostrato sopra, queste misure vanno ad accentuare la funzione di contenimento e controllo dei confini. Con lo *screening* e le procedure di frontiera, verrà accentuata la natura opaca e precaria degli spazi di confine, dove l'accesso al territorio è meno significativo dal punto di vista giuridico, e dove si dovrebbe, con lo *screening*, separare il vero richiedente asilo da quello falso; il rimpatrio è il tassello successivo. La sponsorizzazione dei rimpatri è la risposta del 2020 alla *débâcle* delle decisioni di ricollocamento; non è tuttavia chiaro come possa alleggerire il carico dei Paesi di primo ingresso perché crea un sistema farraginoso, che si fonda su relazioni bilaterali, che non hanno funzionato con le decisioni del 2015. In tutto ciò, si deve sempre ricordare che il rimpatrio avviene se uno Stato terzo coopera a tal fine.

Il Patto della Commissione, in sostanza, costruisce presunzioni e limitazioni per separare la relazione tra la presenza fisica di un richiedente asilo su un territorio dal suo significato giuridico, come accesso ad un ordinamento, fondato sul diritto e dunque protettivo della sfera giuridica delle persone nell'interazione con i pubblici poteri. Al contrario, il Patto contribuisce a ridurre il "peso specifico" del territorio europeo come Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia, e lascia ancora le amministrazioni nazionali, alcune più di altre, in prima fila nell'affrontare questioni dalle dimensioni transnazionali, senza che le disparità causate dalla geografia vengano riequilibrare da una robusta solidarietà correttiva. In tutto questo, l'intervento europeo non realizza una sussidiarietà attiva, perché, a fronte dell'attribuzione di competenze e della necessità dell'intervento, il suo valore aggiunto è ancora limitato<sup>68</sup>.

<sup>68</sup> S. MANSERVISI, *The EU's Pact on Migration and Asylum: A Tsunami of Papers but Little Waves of Change*, IAI Commentaries 88/20, December 2020.