

Rivista N°: 4/2020  
DATA PUBBLICAZIONE: 29/10/2020

AUTORE: Valentina Faggiani\*

## **IL DIRITTO ALLA PROTEZIONE INTERNAZIONALE IN SPAGNA E IN ITALIA: TRA CRISI UMANITARIA DEI RIFUGIATI E COVID-19\*\***

*Sommario: 1. La terza fase del CEAS: nuovi limiti e contraddizioni della politica europea in materia d'immigrazione e asilo. - 2. Lo spazio Schengen alla prova del Covid-19. - 2.1. L'imposizione di limiti alla libertà di circolazione: eccezionalità o pericolo di progressiva normalizzazione nel nuovo contesto post-pandemia? - 2.2. Il vano tentativo delle istituzioni europee di garantire il funzionamento del CEAS durante l'emergenza sanitaria. - 3. L'impatto del Covid-19 sui diritti dei richiedenti protezione internazionale in Spagna. - 3.1. Da una politica restrittiva in materia di asilo alla chiusura delle frontiere come conseguenza dello «stato di allarme». - 3.2. La reale portata delle misure per evitare l'irregolarità sopravvenuta degli stranieri e favorirne l'integrazione nel mercato del lavoro. - 3.3. Le «devoluciones en caliente» ai tempi del coronavirus. - 4. Dal memorandum con la Libia alla chiusura dei porti in Italia durante l'emergenza sanitaria: la necessità di rispettare il contenuto essenziale del dovere di soccorso in mare. - 4.1. La dubbia costituzionalità formale e sostanziale del memorandum Italia-Libia. - 4.2. I nuovi permessi speciali di soggiorno: una possibile alternativa alla regolarizzazione? - 4.3. La politica dei «porti chiusi» e il pericolo di strumentalizzazione dell'emergenza sanitaria. - 5. Quali prospettive per i diritti fondamentali dei richiedenti protezione internazionale?*

### **1. La terza fase del CEAS: nuovi limiti e contraddizioni della politica europea in materia d'immigrazione e asilo**

La crisi migratoria esplosa nell'Ue dal 2015 a seguito delle primavere arabe ha messo a dura prova la tenuta del sistema europeo di protezione internazionale, mostrandone le disfunzioni e l'inefficacia pratica<sup>1</sup>. La risposta a questa situazione inizialmente «eccezionale»

\* Profesora Ayudante Doctora de Derecho Constitucional, Universidad de Granada.

\*\* Questo contributo è stato realizzato nell'ambito del gruppo di ricerca: Andalucía, la Unión Europea y el

Estado Social (SEJ-106).

<sup>1</sup> Sulla crisi umanitaria che dal 2015 ha colpito l'Ue si rinvia *ex multis* a: J. ARANGO, R. MAHIA, D. MOYA, E. SÁNCHEZ-MONTIJANO (dirs.), «El año de los refugiados». *Anuario CIDOB de la Inmigración 2015-2016 (nueva época)*, 2016; A. DEL VALLE GÁLVEZ, *Los refugiados, las fronteras exteriores y la evolución del concepto de frontera internacional*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 55, 2016, 759-777; Id., *Unión Europea, crisis de*

ma ormai divenuta «strutturale»<sup>2</sup>, caratterizzando in modo fisiologico la nostra società, è stata asimmetrica e scoordinata. Sebbene i numeri dei richiedenti protezione si siano ridotti, soprattutto dopo l'adozione dell'accordo/dichiarazione Ue-Turchia (2016)<sup>3</sup>, il CEAS (*Common European Asylum System*) non è riuscito a contenere le gravi e sistematiche violazioni dei diritti di queste persone.

Le misure approvate nel seno dell'Ue per cercare di arginare l'emergenza non sono state in grado di assicurare un sistema sostenibile, a causa soprattutto della mancata cooperazione di determinati Stati, *in primis* quelli del Visegrad, il cui atteggiamento, contrario ai principi fondamentali di solidarietà<sup>4</sup>, fiducia reciproca ed equa distribuzione delle responsabilità, ha ostacolato in più occasioni lo sviluppo di una politica comune. Basti pensare all'inadempimento del piano di ricollocazione o ai due pacchetti di riforma, presentati dalla Commissione europea nel 2016, che molto probabilmente a questo punto non saranno mai approvati, per lo meno in un futuro prossimo.

Da una parte, il piano di ricollocazione, istituito dalle decisioni nn. 1523 e 1601/2015<sup>5</sup>, esimeva l'Italia e la Grecia, quali Stati in prima linea, dall'obbligo di esaminare le domande dell'elevato numero di richiedenti protezione internazionale, riusciti ad arrivare in tali Paesi. Si trattava di una normativa temporaneamente derogatoria del regolamento n. 604/2013

---

*refugiados y limes imperii*, in *Revista General de Derecho Europeo*, 38, 2016, 1-13; C. FAVILLI, *L'Unione che protegge e l'Unione che respinge. Progressi, contraddizioni e paradossi del sistema europeo di asilo*, in *Questione giustizia*, 2, 2018, 28-43; R. GARCÍA MAHAMUT, *La ductilidad del derecho a la protección internacional (refugio y protección subsidiaria) ante las crisis humanitarias: un desafío para Europa y para el sistema europeo común de asilo*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, 38, 2016, 211-238; J.M. GOIG MARTÍNEZ, *Inmigración, asilo y refugio ante los retos actuales de la política exterior europea*, in *RDUNED. Revista de derecho UNED*, 18, 2016, 55-84; J.A. GONZÁLEZ VEGA, *Mitos y mistificaciones: la Unión Europea y la protección internacional (a propósito de la «crisis de los refugiados»)*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 56, 2017, 27-75; J.M<sup>a</sup>. PORRAS RAMÍREZ, *El sistema europeo común de asilo y la crisis de los refugiados. Un nuevo desafío de la globalización*, in *Revista de estudios políticos*, 175, 2017, 207-234; ID., *El reto de construir una política migratoria común en la Unión Europea*, in *La Ley Unión Europea*, 82, 2020, 1-26; N. RUCCIA, *Crisi dell'asilo, integrazione europea e metodo intergovernativo: osservazioni critiche*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2019, 363-378.

<sup>2</sup> G. MORGESE, *Principio di solidarietà e proposta di rifusione del regolamento di Dublino*, in E. TRIGGIANI (a cura di), *Dialoghi con Ugo Villani*, Bari, Cacucci, 476. In questo senso, la Commissione europea, Comunicazione al Parlamento Europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio e alla Banca europea per gli investimenti, sulla creazione di un nuovo quadro di partenariato con i Paesi terzi nell'ambito dell'agenda europea sulla migrazione, Bruxelles, 7.6.2016, COM(2016) 385 final, considera che «La pressione migratoria esterna è diventata la «nuova normalità» sia per l'UE che per i Paesi partner» ed esorta ad adottare «un approccio più coordinato, sistematico e strutturato per massimizzare le sinergie e gli effetti leva delle politiche interne ed esterne dell'Unione» (p. 6).

<sup>3</sup> Consiglio europeo – Turchia, 16 marzo 2016, Comunicato stampa, 144/16. Disponibile online: [www.consilium.europa.eu](http://www.consilium.europa.eu).

<sup>4</sup> Sul principio di solidarietà, v. G. MORGESE, *Solidarietà e ripartizione degli oneri in materia di asilo nell'Unione europea*, in G. CAGGIANO (a cura di), *I Percorsi giuridici per l'integrazione, Migranti e titolari di protezione internazionale tra diritto dell'Unione e ordinamento italiano*, Torino, Giappichelli, 2014, pp. 365-405; C. FAVILLI, *L'Unione europea e la difficile attuazione del principio di solidarietà nella gestione dell'emergenza immigrazione*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2015, 783-811.

<sup>5</sup> Decisione (Ue) 2015/1523 del Consiglio del 14 settembre 2015 che istituisce misure temporanee nel settore della protezione internazionale a beneficio dell'Italia e della Grecia, OJ L 239/146, 15.9.2015; Decisione (UE) 2015/1601 del Consiglio, del 22 settembre 2015, che istituisce misure temporanee nel settore della protezione internazionale a beneficio dell'Italia e della Grecia, OJ L 248, 24.9.2015. Tali decisioni, adottate in conformità con l'art. 78, par. 3, TFUE, prevedevano la «ricollocazione» nel termine di due anni di 160.000 persone (rispettivamente 40.000 e 120.000), provenienti dall'Italia e dalla Grecia bisognose di protezione internazionale.

(Dublino III)<sup>6</sup>, che s'inserisce nel c.d. diritto europeo d'eccezione, volta a ridurre la pressione sproporzionata, derivante dall'afflusso massiccio di milioni di migranti, la maggior parte provenienti dalla Siria, dall'Afghanistan, dall'Iraq e dall'Eritrea.

La validità e l'importanza di questa misura sono state confermate dalla Corte di giustizia Ue nella sentenza del 6 settembre 2017, in cui è stato respinto il ricorso di annullamento presentato dall'Ungheria e dalla Slovacchia<sup>7</sup>. Tuttavia, tali decisioni, che richiedevano un'evidente «prova di solidarietà»<sup>8</sup> nei confronti dell'Italia e della Grecia, purtroppo, non sono riuscite a raggiungere i risultati sperati a causa del persistente inadempimento degli Stati membri.

Nella stessa linea, nella sentenza del 2 aprile 2020 la Corte di Lussemburgo ha dichiarato che la Polonia, l'Ungheria e la Repubblica Ceca non avrebbero rispettato l'obbligo di comunicare a intervalli regolari, e almeno ogni tre mesi, un numero adeguato di richiedenti protezione internazionale, che essi sarebbero stati in grado di ricollocare rapidamente nei rispettivi territori<sup>9</sup>. Le decisioni nn. 1523 e 1601/2015, infatti, in virtù della presunzione di legittimità degli atti delle istituzioni europee, erano obbligatorie sin dalla loro adozione per gli Stati membri, che erano tenuti a conformarvisi e attuarle per l'intero periodo di applicazione.

Seppur pronunciata a più di due anni dalla scadenza di detto piano, questa sentenza si inserisce nel solco della giurisprudenza adottata sin dal caso *N.S. (2011)*<sup>10</sup>, in cui la Corte di giustizia Ue ha cercato di elevare lo standard di protezione dei diritti dei richiedenti protezione nei contesti di crisi sistemica, caratterizzati da violazioni reiterate dei diritti fondamentali.

Questa tendenza è stata recentemente confermata anche nella pronuncia del 14 maggio 2020, in cui la Grande Camera della Corte di Lussemburgo ha risolto il procedimento pregiudiziale d'urgenza sulla zona di transito di Röscke, la c.d. «prigione dei rifugiati», al con-

---

<sup>6</sup> Art. 13, regolamento (Ue) n. 604/2013, *OJ L 180*, 29.6.2013.

<sup>7</sup> Corte di giustizia Ue (Grande Sezione), sentenza del 6 settembre 2017, *Repubblica slovacca e Ungheria c. Consiglio dell'Unione europea*, Cause riunite C-643/15 e C-647/15, ECLI:EU:C:2017:631.

<sup>8</sup> *Ivi*, punto 251.

<sup>9</sup> Corte di giustizia Ue, sentenza del 2 aprile 2020, Cause riunite C-715/17, C-718/17 e C-719/17, *Commissione europea c. Repubblica di Polonia, Repubblica Ceca e Ungheria*, ECLI:EU:C:2020:257. Tali Stati hanno invocato a loro difesa (punto 133 ss.) l'art. 72 TFUE, in combinato disposto con l'art. 4, par. 2, TUE. Queste disposizioni stabiliscono la competenza esclusiva degli Stati membri in materia di mantenimento dell'ordine pubblico e salvaguardia della sicurezza interna, essendo tali ambiti parte dell'identità costituzionale nazionale. Gli Stati convenuti sostenevano di aver valutato i rischi derivanti dall'eventuale ricollocazione nel loro territorio di estremisti e di persone pericolose che possono commettere atti violenti o perfino di natura terroristica (punto 135), a causa della difficoltà di determinare l'identità e la provenienza di tali persone e della mancata cooperazione delle autorità greche e italiane, le quali avrebbero rifiutato ai funzionari di collegamento degli Stati membri di ricollocazione di poter svolgere colloqui con gli interessati prima del loro trasferimento (punto 136). Le decisioni 2015/1523 e 2015/1601 erano, sin dalla loro adozione, obbligatorie per la Repubblica di Polonia e la Repubblica ceca; mentre per l'Ungheria era obbligatoria solo la decisione 1601/2015. Al riguardo, si rinvia a: C. CORSI, *Commissione c. Polonia, Repubblica Ceca e Ungheria: il principio di solidarietà nelle politiche in materia di asilo*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2020, 439-442, la quale sottolinea che questa pronuncia «costituisce un ulteriore tassello verso un riconoscimento della cogenza giuridica del principio di solidarietà e di equa distribuzione delle responsabilità tra gli Stati membri» nell'ambito della «politica comune in materia di asilo, immigrazione e controllo delle frontiere esterne» (artt. 67 e 80 TFUE) (p. 442).

<sup>10</sup> Corte di giustizia Ue, sentenza del 21 dicembre 2011, *N. S. e altri*, C-411/10, ECLI:EU:C:2011:865.

fine tra la Serbia e l'Ungheria<sup>11</sup>. In questa sentenza, la Corte di giustizia Ue ha dichiarato che il Governo ungherese stava detenendo i richiedenti asilo ivi rinchiusi. Queste persone, infatti, sarebbero state sottoposte a misure coercitive che comportavano la privazione, e non una mera restrizione, della libera circolazione, obbligandoli a restare all'interno di un'area limitata e chiusa contro la loro volontà, per un periodo superiore a quello previsto nella normativa UE<sup>12</sup>. Contrariamente a tutti i prognostici, il Governo ungherese si è conformato alla pronuncia della Corte di giustizia Ue, chiudendo la zona transito di Röszke. Questo caso riconferma l'importante ruolo svolto dal rinvio pregiudiziale, come principale meccanismo di cooperazione giudiziaria, in grado di obbligare lo Stato inadempiente a rispettare il diritto Ue.

Dal canto loro, le proposte contenute nei due pacchetti di riforma della Commissione<sup>13</sup>, così come modificati dal Parlamento europeo, avrebbero potuto trasformare il CEAS, attraverso l'eliminazione di alcuni dei suoi aspetti più controversi, come il criterio dello Stato di primo arrivo per la determinazione del Paese competente per valutare le domande di asilo. Questo criterio rappresenta, infatti, uno dei punti più critici di detto sistema, essendo contrario al principio di solidarietà ed equa distribuzione delle responsabilità. La sua insufficienza si è manifestata in modo evidente a seguito della crisi umanitaria dei rifugiati, che ha interessato soprattutto i Paesi dotati di frontiere esterne, come la Grecia, l'Italia, la Spagna e Malta.

---

<sup>11</sup> Corte di giustizia Ue, sentenza del 14 maggio 2020, Cause riunite C-924/19 PPU e C-925/19 PPU, *FMS, FNZ, SA e SA junior c. Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság*, ECLI:EU:C:2020:367.

<sup>12</sup> Malgrado gli Stati membri non siano obbligati a fissare un termine massimo, la legislazione nazionale deve garantire che il richiedente sia trattenuto solo per un periodo il più breve possibile e fintantoché sussista il motivo (art. 9, direttiva 2013/33/UE recante norme sull'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale, OJ L 180, 29.6.2013). Nel caso dei cittadini di Paesi terzi oggetto di una decisione di rimpatrio, la loro detenzione, anche se estesa, non può superare i 18 mesi e possono essere mantenuti solo fintantoché siano in atto accordi di rimozione che vengono eseguiti con la dovuta diligenza (art. 15 direttiva 2008/115/CE sul rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, OJ L 348, 24.12.2008). Infine, nel caso dei richiedenti protezione internazionale, seppur gli Stati membri possano imporre loro di soggiornare alle frontiere o in una delle zone di transito per permettere di esaminare l'ammissibilità delle loro domande, tale decisione deve essere adottata entro quattro settimane, in mancanza della quale lo Stato membro interessato deve concedere al richiedente il diritto di entrare nel suo territorio ed elaborare la sua domanda secondo la normale procedura di diritto civile (art. 43, direttiva 2013/32/UE, procedure ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale, OJ L 180, 29.6.2013).

<sup>13</sup> Il primo pacchetto del 4 maggio 2016 comprende le proposte di riforma del regolamento di Dublino, del regolamento Eurodac e una proposta destinata a istituire mediante regolamento un'Agenzia per l'Asilo dell'UE che dovrebbe sostituire l'attuale EASO (COM/2016/270, COM/2016/272, COM/2016/271). Il secondo pacchetto, del 13 luglio 2016, include i regolamenti che sostituiscono la direttiva qualifiche e la direttiva sui procedimenti, la riforma della direttiva di accoglienza e il regolamento che stabilisce *ex novo* un quadro di reinsediamento (COM/2016/466, COM/2016/467, COM/2016/465, COM/2016/468). Sulle proposte di riforma del CEAS, prima e dopo l'intervento del Parlamento europeo, v.: M. DI FILIPPO, *The allocation of competence in asylum procedures under EU law: The need to take the Dublin bull by the horns*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 22, 59, 2018, 41-95; ID, *Unione europea e flussi migratori, o del tramonto dello spirito comunitario: considerazioni a margine del Consiglio europeo del 28-29 giugno 2018*, in [www.sidiblog.org](http://www.sidiblog.org), 9.7.2018; G. CAGGIANO, *Prime riflessioni sulle proposte di riforma del sistema comune d'asilo*, in *SIDIBlog*, 2016 ([www.sidiblog.org](http://www.sidiblog.org)); E. GUILD, S. CARRERA, *Rethinking asylum distribution in the EU: Shall we start with the facts?*, in *CEPS*, 17.06.2016, 1-9 (<https://www.ceps.eu/>); P. MORI, *La proposta di riforma del sistema comune d'asilo: verso Dublino IV?*, in *Eurojus.it*, 2016; F. MUNARI, *The Perfect Storm on EU Asylum Law: The Need to Rethink the Dublin Regime*, in *Diritti umanitari e diritto internazionale*, 3, 2016, 517-548. E più recentemente si permetta il rinvio a V. FAGGIANI, *Propuestas de reforma del sistema europeo común de asilo*, in J.M<sup>a</sup>. PORRAS RAMÍREZ, *Migraciones y asilo en la Unión Europea*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2020.

Tali proposte sono state elaborate nella seconda fase di questa crisi, quando era ormai evidente che la pressione migratoria non sarebbe cessata. L'Ue, pertanto, non si sarebbe potuta limitare ad adottare misure puntuali, a carattere eccezionale, ma avrebbe dovuto modificare il CEAS per adattarlo alla nuova normalità, caratterizzata dal costante arrivo di un elevato numero di migranti.

Detta riforma, indubbiamente ambiziosa, avrebbe contribuito a costruire un sistema centrato sull'emergenza per affrontare questo fenomeno, evitare i movimenti secondari, che producono un incremento dell'immigrazione irregolare e della tratta di persone, prestando appoggio agli Stati maggiormente pregiudicati, e raggiungere una maggiore armonizzazione funzionale all'istituzione di uno statuto uniforme del rifugiato.

Tuttavia, i due pacchetti della Commissione non si sono dovuti scontrare solo con le tradizionali carenze strutturali e giuridiche di questo sistema ma soprattutto con un complesso contesto politico, in cui l'opposizione del gruppo dei paesi del Visegrad, in particolare della Polonia e dell'Ungheria, che costituiscono i prototipi della c.d. *rule of law backsliding* nell'Ue<sup>14</sup>, è riuscita a bloccare la riforma.

Di fronte a tali difficoltà si era anche prospettata la possibilità di raggiungere accordi parziali nell'ambito della cooperazione rafforzata<sup>15</sup>. Ciononostante, al di là degli ostacoli per raggiungere un accordo generalmente condiviso, anche questa proposta per il momento è stata abbandonata. La crisi del Covid-19 ha bloccato la possibilità di un intervento europeo, rischiando di portare il CEAS al collasso.

Per cercare di evitare l'espansione incontrollata del coronavirus, l'UE nella prima fase della crisi sanitaria ha stabilito in via straordinaria la chiusura generalizzata delle frontiere esterne e il divieto di ingresso dei cittadini appartenenti a Paesi terzi. Dal canto loro, gli Stati membri hanno previsto una serie di restrizioni alla libertà di circolazione e di controlli anche nei confronti dei cittadini europei. Si tratta di uno scenario che, purtroppo, malgrado il *re-open EU*, avvenuto a fine giugno, fa presagire la progressiva introduzione di sempre maggiori ostacoli alla possibilità per gli stranieri di entrare e soggiornare sul territorio dell'Unione ma anche alla stessa mobilità dei suoi cittadini, che costituisce uno dei pilastri sui quali si è costruita come Unione monetaria ed economica e Comunità di diritto.

L'Ue è consapevole del fatto che tali misure, se prolungate e intensificate, rischiano di pregiudicare la consolidazione dello spazio di LSG e in modo specifico di bloccare il sistema europeo di asilo, limitando in modo eccessivo, se non annullando, il contenuto essenziale dei diritti degli stranieri, in particolare dei richiedenti protezione internazionale e degli immigrati in situazione irregolare, che sono le categorie più deboli e vulnerabili. La portata di alcune di queste misure e soprattutto la loro implementazione da parte degli Stati membri rischiano,

---

<sup>14</sup> V. FAGGIANI, *La «rule of law backsliding» come categoria interpretativa del declive del costituzionalismo in la UE*, in *Revista Española de Derecho Europeo*, 71, 2019, 57-100.

<sup>15</sup> M. DI FILIPPO, *Richieste d'asilo e rapporti con la Libia: cosa c'è e cosa manca nella Dichiarazione*, in *www.ilfattoquotidiano.it*, 25.9.2019; F. SCALPELLI, *Vertice di Lussemburgo: l'accordo di Malta non convince gli altri Stati europei*, in *www.europeanaffairs.it/blog*, 11.10.2019.

infatti, di strumentalizzare questa crisi per restringere ulteriormente le politiche migratorie nazionali, soprattutto degli Stati in prima linea come l'Italia e la Spagna.

## 2. Lo spazio Schengen alla prova del Covid-19

### **2.1. L'imposizione di limiti alla libertà di circolazione: eccezionalità o pericolo di progressiva normalizzazione nel nuovo contesto post-pandemia?**

La risposta dell'Ue e degli Stati membri alla crisi del Covid-19, al fine di evitare la diffusione del virus a livello globale, ha inciso direttamente su uno dei suoi pilastri, la libertà di circolazione, intervenendo su tre fronti: le frontiere esterne, che sono state chiuse, i controlli interni tra gli Stati dell'Ue, che sono stati ripristinati, e il divieto di realizzare viaggi non essenziali<sup>16</sup>.

La chiusura temporanea delle frontiere esterne ha comportato l'introduzione da parte degli Stati membri di una restrizione coordinata dei viaggi non essenziali verso l'Ue, la cui durata, inizialmente, prevista per 30 giorni (dal 16 marzo al 16 aprile 2020)<sup>17</sup>, è stata prorogata due volte (dal 15 aprile al 15 maggio e dal 15 maggio al 15 giugno). La revoca definitiva di tali misure, predisposta dai singoli Stati, dipendeva dall'evoluzione della situazione epidemiologica.

L'Italia, ad esempio, malgrado sia stato uno dei paesi maggiormente colpiti, ha riaperto le frontiere ai cittadini UE dal 3 giugno 2020; dal canto suo la Spagna, inizialmente più cauta, alla fine, a causa delle pressioni ricevute a livello europeo, ha deciso di anticipare l'apertura delle frontiere con i Paesi UE al 21 giugno, salvo con il Portogallo, con cui si è mantenuto il 1° luglio. Il Governo spagnolo ha anche creato un corridoio turistico «sicuro» fra le isole Baleari e la Germania, per favorire il turismo in questa zona, un progetto pilota, che prevedeva 47 voli programmati, con circa 11.000 turisti, tra il 15 e il 30 giugno 2020<sup>18</sup>.

Nonostante la gravità della crisi sanitaria e l'incertezza del suo evolversi siano indiscutibili, è altrettanto sicuro che tali misure, seppur adottate in un contesto di eccezionalità, al fine di garantire la «salute pubblica», potrebbero inaugurare l'inizio di un pericoloso ritorno

---

<sup>16</sup> Al riguardo, v. M. BORRACETTI, *La gestione delle frontiere ai tempi del coronavirus*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2, 2020, 433-436.

<sup>17</sup> L'art. 25.1 del «Codice frontiere Schengen» («CFS»), regolamento (Ue) 2016/399, del 9 marzo 2016, che istituisce un codice unionale relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone (codice frontiere Schengen), OJ L 77, 23.3.2016, prevede la possibilità di ripristinare temporaneamente il controllo di frontiera alle frontiere interne, disponendo che: «In caso di minaccia grave per l'ordine pubblico o la sicurezza interna» «nello spazio senza controllo alle frontiere interne», gli Stati membri in via eccezionale possono «ripristinare il controllo di frontiera in tutte le parti o in parti specifiche delle sue frontiere interne per un periodo limitato della durata massima di trenta giorni o per la durata prevedibile della minaccia grave se questa supera i trenta giorni. L'estensione e la durata del ripristino temporaneo del controllo di frontiera alle frontiere interne non eccedono quanto strettamente necessario per rispondere alla minaccia grave».

<sup>18</sup> Orden SND/518/2020, de 11 de junio, por la que se regula la autorización de un programa piloto de apertura de corredores turísticos seguros en la Comunidad Autónoma de Illes Balears mediante el levantamiento parcial de los controles temporales en las fronteras interiores establecidos con motivo de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, BOE, n. 165, 12.6.2020.

al passato, di una «de-globalizzazione», vanificando i progressi realizzati negli ultimi decenni dall'Ue e dai suoi Stati membri per costruire uno spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere, in cui la libera circolazione e la mobilità delle persone costituiscono la premessa per l'esercizio di tutti gli altri diritti<sup>19</sup>.

Sebbene l'OMS (Organizzazione Mondiale della Salute) non considerasse le restrizioni dei viaggi lo strumento più efficace per contenere la pandemia, l'iniziale adozione da parte dell'UE di queste misure non può essere criticata. In effetti, la rapida diffusione del Covid-19 richiedeva «un'azione urgente, immediata e concertata»<sup>20</sup> con gli Stati membri, non solo per proteggere la salute pubblica delle nostre popolazioni, ma anche per impedire l'ulteriore diffusione del virus dall'Ue ad altri Paesi, com'era avvenuto nelle precedenti settimane.

L'«emergenza coronavirus» si era ormai diffusa in tutto il mondo, con casi nei cinque continenti. La globalizzazione e la mobilità delle persone ne avevano facilitato la propagazione transfrontaliera, innescando focolai, che hanno messo a dura prova i sistemi sanitari. Dal canto suo, l'Ue era divenuta in poco tempo l'epicentro di questa crisi, con un forte aumento dei contagi di giorno in giorno. La restrizione dei viaggi era pertanto diretta a ridurre in modo drastico i flussi di persone alle frontiere esterne dell'Unione, rallentando a sua volta anche la trasmissione del virus ad altri Paesi, al ritorno dei viaggiatori e a scoraggiare i cittadini dell'Ue e le altre persone che soggiornano in questa zona dall'intraprendere viaggi. In questo senso, «Le frontiere esterne dell'UE [avrebbero dovuto] fungere da perimetro di sicurezza per tutti gli Stati Schengen», trattandosi di «un interesse e di una responsabilità comuni»<sup>21</sup>.

È normale che il ripristino, seppur temporaneo, dei controlli alle frontiere faccia paura e soprattutto richiede di riflettere sui problemi strutturali dello Spazio Schengen, dal momento che potrebbe offrire l'opportunità per rafforzare politiche restrittive, strumentalizzando il perdurante carattere dell'emergenza sanitaria. A questo proposito, è sufficiente pensare che dal 2015, a seguito della crisi umanitaria dei rifugiati e della minaccia del terrorismo, sulla base del presunto carattere eccezionale di tali circostanze, un numero sempre maggiore di Stati

---

<sup>19</sup> Durante la prima fase della pandemia, sono stati esclusi da queste restrizioni, che si sono applicate a tutta la «zona Ue», comprendente gli Stati membri Schengen (con l'inclusione della Bulgaria, della Croazia, di Cipro e della Romania) e i 4 Stati associati (Islanda, Liechtenstein, Norvegia e Svizzera), per un totale di 30 Paesi: i cittadini Ue, quelli dei Paesi Schengen non Ue, i loro familiari e i cittadini di Paesi terzi soggiornanti di lungo periodo nell'Ue, per permettere loro di ritornare a casa; categorie specifiche di viaggiatori aventi una funzione o una necessità essenziale, come i medici, gli infermieri, gli operatori sanitari, i ricercatori ed esperti, per l'importante lavoro che svolgono nella lotta contro il Covid-19, nonché le persone che trasportano merci, i lavoratori frontalieri e i lavoratori agricoli stagionali; e le persone bisognose di protezione internazionale o che avrebbero dovuto essere ammesse nel territorio dell'Ue per altri motivi umanitari. Al riguardo, v. i seguenti documenti: Joint Statement by President von der Leyen and President Michel on the U.S. travel ban, 12.3.2020, ec.europa.eu; Commissione europea, Comunicazione Covid-19: restrizione temporanea dei viaggi non essenziali verso l'Ue, 16.3.2020, COM (2020) 115 final, Bruxelles; European Commission, Communication on COVID-19. Guidance on the implementation of the temporary restriction on non-essential travel to the EU, on the facilitation of transit arrangements for the repatriation of EU citizens, and on the effects on visa policy, Brussels, C(2020) 2050 final, 30.3.2020.

<sup>20</sup> C (2020) 2050 final, cit., p. 2.

<sup>21</sup> *Idem*.

ha adottato questo tipo di restrizioni (Austria, Danimarca, Francia, Germania, Svezia e Norvegia)<sup>22</sup>, avvalendosi di discutibili proroghe<sup>23</sup>.

Il Codice Frontiere Schengen (CFS), infatti, prevede un limite massimo di due anni<sup>24</sup>. Il ripristino dei controlli interni si dovrebbe configurare come una misura di *extrema ratio*<sup>25</sup>, adeguata e proporzionata, avuto riguardo al probabile impatto della minaccia per l'ordine pubblico o la sicurezza interna nello Stato membro interessato e sulla libera circolazione delle persone. È evidente che in tali casi si è cercato di normalizzare una situazione solo inizialmente eccezionale, trascurando quanto disposto nel diritto Ue. Ad ogni modo, al tentativo di chiudere il sistema sta prevalendo la necessità di riattivare l'economia, e in particolare determinate attività, basate sulla mobilità, come il turismo. Il mercato unico, questo spazio comune, non può funzionare «in presenza di muri invisibili»<sup>26</sup>. Per questo, le misure di contenimento, seppur inizialmente necessarie, non possono protrarsi per le gravi ricadute non solo economiche, ma anche di carattere sociale e familiare.

A tal fine, la Commissione raccomanda un «approccio coordinato»<sup>27</sup> e «graduale»<sup>28</sup> alle misure di controllo poste alle frontiere, considerando che la loro efficacia dipende da un'attuazione uniforme da parte di tutti gli Stati membri dell'Ue e degli Stati Schengen. Tuttavia, dopo un primo momento, in cui, in linea con tale approccio, tali Paesi avevano adottato una serie di misure transitorie per allentare le restrizioni, a seguito del forte incremento dei contagi avvenuto nel mese di agosto, si stanno introducendo di nuovo maggiori controlli per prevenire una seconda ondata e il conseguente rischio di un nuovo *lockdown*.

L'eliminazione di tali limitazioni è necessaria per riattivare la ripresa economica e non pregiudicare ancor di più, da una parte, il mercato unico e il regolare funzionamento della produzione e, dall'altra, lo «stile di vita europeo»<sup>29</sup>, caratterizzato dalla mobilità dei lavoratori, degli studenti, dei familiari o dei turisti. Queste sono le due principali conquiste del processo d'integrazione europea, che non si possono perdere<sup>30</sup>.

Tuttavia, è opportuno considerare che il ripristino del normale funzionamento dello spazio Schengen di libera circolazione dipende dall'evoluzione della situazione sanitaria. Per tale motivo, il rientro alla normalità dovrebbe essere realizzato in modo graduale, coordinato

---

<sup>22</sup> V. Intervista con Tania Fajon: «Se perdiamo Schengen, perderemo il progetto Europa», 23.11.2018 (aggiornato il 4.4.2019).

<sup>23</sup> Al riguardo, si rinvia a: S. MONTALDO, *The Covid-19 Emergency and the Reintroduction of Internal Border Controls in the Schengen Area: Never Let a Serious Crisis Go to Waste*, in *European Papers*, 25.4.2020, pp. 1-9. In relazione alle misure adottate dalle istituzioni europee per affrontare l'emergenza sanitaria, si veda anche: S. CARRERA e N. CHUN LUK, *Love thy neighbour? Coronavirus politics and their impact on EU freedoms and rule of law in the Schengen Area*, in *www.ceps.eu*, aprile 2020, pp. 1-95.

<sup>24</sup> Art. 25, par. 4, regolamento 2016/399.

<sup>25</sup> Art. 26, regolamento 2016/399.

<sup>26</sup> Commissione europea, Comunicazione Covid-19: verso un approccio graduale e coordinato per il ripristino della libera circolazione e la revoca dei controlli alle frontiere interne, Bruxelles, 13.5.2020, C (2020) 3250 final, p. 7.

<sup>27</sup> *Ivi*, p. 9.

<sup>28</sup> *Idem*.

<sup>29</sup> *Ivi*, p. 2.

<sup>30</sup> *Ivi*, p. 13.

ma anche flessibile e asimmetrico, al fine di non pregiudicare gli sforzi fatti nei primi mesi dell'emergenza sanitaria.

Questo significa che gli Stati dovranno procedere con cautela, *step by step*, adottando una strategia condivisa e basata sulla reciproca collaborazione, che allo stesso tempo permetta di reintrodurre le misure di contenimento qualora si produca un aumento sproporzionato di contagi, dovendo predisporre a tal fine appositi piani di preparazione, o di accelerarne la revoca qualora le circostanze lo permettano, avuto riguardo al diverso impatto che il Covid-19 può produrre non solo da uno Stato all'altro o da una Regione all'altra ma nelle diverse zone.

A questo proposito, la Commissione europea ha elaborato una «tabella di marcia comune»<sup>31</sup>, con un approccio graduale, in tre fasi, alla revoca delle restrizioni nazionali, dei viaggi e dei controlli di frontiera, basato su tre parametri: 1) criteri epidemiologici; 2) capacità del sistema sanitario; 3) capacità di monitoraggio adeguata.

Nella fase 0 gli Stati avrebbero dovuto revocare i controlli tra quelle zone caratterizzate da situazioni epidemiologiche equivalenti e comparabili al fine di agevolare viaggi non solo per motivi professionali ma anche personali, considerando che a causa della crisi molte famiglie sono state separate.

La Fase 1 avrebbe dovuto essere diretta al ripristino della libertà di circolazione attraverso la revoca parziale delle restrizioni e dei controlli alle frontiere interne. Per entrare in questa fase sarebbe stato necessario raggiungere una velocità di trasmissione sufficientemente bassa e abbastanza omogenea in tutto il territorio europeo.

Qualora ciò non fosse stato possibile, gli Stati avrebbero potuto eliminare le restrizioni dei viaggi e i controlli di frontiera nelle regioni, nelle zone e negli Stati membri, in cui si fosse constatata un'evoluzione positiva e che fossero sufficientemente analoghe tra loro. Tra gli Stati che, invece, avessero presentato maggiori differenze si sarebbero potute introdurre misure più incisive di controllo. Eventuali restrizioni sarebbero state mantenute solo per ragioni di salute pubblica.

La revoca da parte di uno Stato membro delle restrizioni dei viaggi da e verso un altro Stato membro o regioni o zone di tale Stato membro sarebbe stata applicata nei confronti di tutti i cittadini Ue e di coloro che risiedono in tale Stato membro, senza discriminazioni, indipendentemente dalla cittadinanza.

Infine, nella Fase 2 gli Stati avrebbero dovuto sopprimere le restrizioni e i controlli alle frontiere interne, fermo restando il mantenimento delle misure sanitarie necessarie (igiene personale, distanziamento interpersonale, ecc.).

---

<sup>31</sup> Commissione europea, Una tabella di marcia europea per revocare le misure di contenimento del coronavirus, 14.4.2020 ([ec.europa.eu/info/sites/info/files/factsheet-lifting-containment-measures\\_it.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/factsheet-lifting-containment-measures_it.pdf)).

## **2.2. Il vano tentativo delle istituzioni europee di garantire il funzionamento del CEAS durante l'emergenza sanitaria**

La crisi sanitaria sta avendo un importante impatto negativo sulla gestione del fenomeno migratorio. Durante i primi due mesi del 2020, prima dello scoppio della pandemia, il numero dei richiedenti asilo agli Stati UE, alla Norvegia e alla Svizzera, era notevolmente aumentato rispetto agli ultimi due anni. A febbraio 2020 sono state presentate più di 61.100 domande, una percentuale del 14% in più rispetto allo stesso periodo di un anno fa. Si tratta soprattutto di cittadini provenienti dalla Siria, dall'Afghanistan, dal Venezuela, dalla Colombia, ma anche dall'Algeria, dalla Repubblica Democratica del Congo e dal Marocco. La situazione è drasticamente cambiata a seguito dell'adozione da parte degli Stati Ue delle misure anti-Covid-19, che hanno prodotto una riduzione delle domande del 43% (34.700), il livello più basso dall'inizio del 2014<sup>32</sup>.

La Commissione europea ha elaborato un documento contenente alcune linee guida per «assistere gli Stati» e aiutarli ad adattare la normativa in materia di asilo, facilitandone la migliore condivisione<sup>33</sup>. Di fronte all'assenza di una normativa europea specifica per affrontare l'emergenza sanitaria, la Commissione ha esteso, nei limiti del possibile, le eccezioni generali stabilite in materia d'immigrazione e asilo alla situazione in corso, al fine di colmare le lacune in questo ambito. Anche nel caso dell'asilo, del rimpatrio e del reinsediamento, le eventuali restrizioni dovrebbero essere «proporzionate», attuate in modo non discriminatorio conformemente alle valutazioni del rischio e ai pareri scientifici, e dovrebbero tenere conto del principio di non respingimento (*non-refoulement*), in linea con gli standard internazionali ed europei di protezione.

Sebbene, mediante dette prassi, s'intendesse elaborare una risposta giuridica in grado di assicurare i diritti dei richiedenti protezione internazionale, avvalendosi della normativa già esistente, che viene estesa in via analogica al contesto provocato dal Covid-19, per gli Stati è stato molto difficile garantire un livello minimo di protezione. La situazione di per sé critica, in cui si trovavano i sistemi nazionali e in modo specifico i centri di accoglienza prima della crisi sanitaria, ha reso nella pratica impossibile rispettare tali criteri in un contesto di emergenza.

Innanzitutto, per quanto riguarda il diritto di asilo, i richiedenti avrebbero potuto continuare a presentare domanda e le autorità di conseguenza erano tenute a registrarle. Le misure restrittive della libertà di circolazione, infatti, non dovevano precludere, in principio, ai cittadini di Paesi terzi la possibilità di entrare nel territorio Ue. Tuttavia, com'era prevedibile, tra febbraio e marzo 2020, a seguito dell'introduzione delle misure di contenimento contro il Covid-19, vi è stato un calo considerevole delle richieste, un *trend* in forte contrasto con le percentuali del 2019.

---

<sup>32</sup> European Asylum Support Office (EASO), EASO Special Report: Asylum Trends and COVID-19, 7.5.2020. Reference number: EASO/AKC/SAU/DARS/2020/148, p. 4.

<sup>33</sup> Commissione europea, Comunicazione: Covid-19. Linee guida sull'attuazione delle disposizioni dell'UE nel settore delle procedure di asilo e di rimpatrio e sul reinsediamento, 2020/C 126/02, C/2020/2516, OJ C 126, 17.4.2020, p. 12–27.

Per quanto riguarda i procedimenti, secondo le indicazioni della Commissione europea, i colloqui personali dovrebbero essere svolti con modalità specifiche temporanee, a distanza, come videoconferenza o attraverso dispositivi di distanziamento spaziale e interpersonale, per ridurre il rischio di infezione, come l'installazione di vetri di sicurezza. Se necessario e in particolare qualora esistano ragionevoli indizi che un richiedente possa avere contratto la Covid-19, si può prescindere dal colloquio personale<sup>34</sup>.

È stata concessa, inoltre, agli Stati la possibilità di prorogare sia il termine di sei mesi per l'espletamento della procedura di esame della domanda per altri nove mesi<sup>35</sup>, qualora un gran numero di cittadini di Paesi terzi o apolidi ne faccia richiesta, sia quelli per il rilevamento e la trasmissione delle impronte digitali, a causa di provvedimenti di tutela della salute o per motivi di salute pubblica, potendosi realizzare quanto prima e in ogni caso entro 48 ore dal momento in cui tali circostanze siano scomparse<sup>36</sup>.

Uno degli aspetti più critici riguarda il rispetto delle condizioni di accoglienza negli Stati membri. Il sovraffollamento di queste strutture, infatti, ostacola il mantenimento del distanziamento interpersonale tra i richiedenti e il rispetto dei protocolli d'isolamento e d'igiene, come la disinfezione regolare dei centri<sup>37</sup>. Infine, da una parte, durante l'emergenza, le procedure di reinsediamento sono state temporaneamente bloccate, pregiudicando in tal modo gli impegni assunti dagli Stati membri per il 2020 (29.500 posti)<sup>38</sup>.

Dall'altra, le operazioni di rimpatrio, che nella pratica durante la prima fase della pandemia sono state sospese, hanno richiesto di tener conto sia delle misure nazionali di protezione sanitaria, le quali devono essere applicate agli stranieri irregolari, sia della situazione specifica del Paese terzo in questione, che avrebbe l'obbligo di riammettere i propri cittadini. Il rimpatrio nei Paesi terzi, già di per sé difficile, si è dovuto scontrare con numerosi ostacoli, tra cui la ridotta disponibilità di personale delle autorità competenti in materia d'immigrazione, i problemi di attuazione delle misure sanitarie e di sicurezza destinate a proteggere sia i migranti sia il personale addetto ai rimpatri, lo scarso numero di voli e di altri mezzi di trasporto e le restrizioni all'ingresso introdotte dai Paesi terzi al fine di contenere la diffusione del virus.

---

<sup>34</sup> Art. 14, par. 2, let. b), e art. 42, par. 2, let. b), «direttiva procedure» 2013/32/Ue, OJ, L 180/60, 29.6.2013.

<sup>35</sup> Art. 31, par. 3, let. b), direttiva 2013/32/Ue.

<sup>36</sup> Art. 9, par. 2, regolamento Eurodac, regolamento (Ue) n. 603/2013, OJ L 180, 29.6.2013.

<sup>37</sup> È possibile adottare misure particolari in materia di assistenza sanitaria, come sottoporre i richiedenti a screening medici più rigorosi e test obbligatori (art. 13, direttiva accoglienza, direttiva 2013/33/Ue, OJ L 180, 29.6.2013). In questo senso, il trattamento della Covid-19 sarebbe parte integrante del diritto all'assistenza sanitaria. Infine, si prevede la possibilità di sottoporre i richiedenti a misure di quarantena, in genere di 14 giorni, per i nuovi arrivati nei centri di prima accoglienza o negli alloggi di emergenza, o di isolamento. Al rispetto, si rinvia anche alle linee guida dell'OMS, Preparedness, prevention and control of Covid-19 in prisons and other places of detention ([www.euro.who.int/en/health-topics/health-determinants/prisons-and-health/news/2020/3/preventing-covid-19-outbreak-in-prisons-a-challenging-but-essential-task-for-authorities](http://www.euro.who.int/en/health-topics/health-determinants/prisons-and-health/news/2020/3/preventing-covid-19-outbreak-in-prisons-a-challenging-but-essential-task-for-authorities)). Ad ogni modo, gli Stati possono adottare ulteriori misure purché siano necessarie, ragionevoli, proporzionate e non discriminatorie.

<sup>38</sup> Commissione europea, Comunicazione Covid-19: linee guida sull'attuazione delle disposizioni dell'Ue nel settore delle procedure di asilo e di rimpatrio e sul reinsediamento, cit., p. 11.

### 3. L'impatto del Covid-19 sui diritti dei richiedenti protezione internazionale in Spagna

#### **3.1. Da una politica restrittiva in materia di asilo alla chiusura delle frontiere come conseguenza dello «stato di allarme»**

La Spagna e l'Italia, oltre ad essere l'epicentro dei fenomeni migratori, sono presto divenute i principali focolai della pandemia nel continente europeo. È pertanto interessante analizzare la risposta di questi Stati, al fine di comprendere fino a che punto il Covid-19 può mettere in pericolo il funzionamento dei loro sistemi di protezione internazionale, già colpiti da anni di massicci flussi e da politiche discutibili.

Per quanto riguarda la Spagna, questo Paese costituisce la frontiera occidentale dell'Unione ed è l'unico Stato europeo dotato di due frontiere terrestri con il continente africano, le due Città Autonome di Ceuta e Melilla<sup>39</sup>. Sebbene negli ultimi anni si sia assistito a un aumento importante delle richieste di protezione internazionale, a causa della complessa congiuntura a livello globale, il numero delle domande ammesse a tramite e risolte positivamente è ancora irrisorio<sup>40</sup>. Si tratta, infatti, di un sistema molto restrittivo.

Un simile atteggiamento è stato riconfermato dall'inadempimento del piano europeo di ricollocazione, per il quale la Spagna è stata condannata dal *Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso Administrativo* (TS, Corte di Cassazione), a portare a termine i procedimenti che le spettavano in base alla quota assegnata<sup>41</sup>. Secondo il TS, né le gravi difficoltà amministrative, dovute in particolare alla scarsa cooperazione tra gli Stati, né il mancato rispetto di tali decisioni da parte degli altri membri Ue avrebbero giustificato tale comportamento. Le decisioni in questione, infatti, seppure provvisorie, in quel momento avevano carattere vincolante ed erano obbligatorie.

Il Covid-19 contribuirà solo ad accentuare le principali deficienze e le contraddizioni della politica spagnola in materia di asilo<sup>42</sup>, un sistema che richiedeva già da tempo una riforma urgente, a causa della persistente violazione non solo dei principi fondamentali stabiliti a livello costituzionale ma anche degli obblighi di matrice europea ed internazionale. La

---

<sup>39</sup> Sul fenomeno dell'immigrazione in Spagna, v. F. J. MATIA PORTILLA e I. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ (coords.), *Crisis e inmigración: reflexiones interdisciplinarias sobre la inmigración en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.

<sup>40</sup> Nel 2018 in Spagna si sono formalizzate 54.065 domande, un 74% in più rispetto alle 31.120 del 2017, un «record storico», considerando che questo Paese è divenuto il quarto dell'UE dopo la Germania (185.853), la Francia (122.743) e la Grecia (66.970), superando seppur di poco anche l'Italia (53.500). Al riguardo v. Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR), *Informe 2019. Las personas refugiadas en España y Europa*, Madrid, 2019, pp. 9 ss.

<sup>41</sup> STS 2546/2018, 9.7.2018, ricorso n. 599/2017, FJ n. 16. Secondo il rapporto OAR-Ministero dell'Interno, la Spagna aveva ricollocato solo 235 persone dall'Italia e 1124 dalla Grecia (un 7%).

<sup>42</sup> Sul diritto di asilo nell'ordinamento costituzionale spagnolo, v.: P. SANTOLAYA MACHETTI, *El Derecho de asilo en la Constitución Española*, Valladolid, Lex Nova, 2001; E. PÉREZ VERA e P. ABARCA JUNCO, *Artículo 13.4: Asilo*, in AAVV, *Comentarios a la Constitución Española. Tomo II - Artículos 10 a 23 de la Constitución Española de 1978*, Madrid, Edersa, 2006, 227-240; R. J. GARCÍA MACHO, *El derecho de asilo y del refugiado en la Constitución española*, in S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (coord.), *Estudios sobre la Constitución española: Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Vol. 2, Madrid, Civitas, 1991, 767-798; C. J. GORTÁZAR ROTAECHE, *El Derecho de Asilo en la Constitución de 1978*, in M. BALADO RUIZ-GALLEGOS e J. A. GARCÍA REGUÉIRO (coords.), *La Constitución Española de 1978 en su XXV aniversario*, Barcelona, Bosch, 2003, 959-968.

complessità dei procedimenti per il riconoscimento del diritto di asilo, funzionale alla concessione dello status di rifugiato, o della protezione sussidiaria, caratterizzati dalla fase dell'ammissibilità, che costituisce un filtro, la mancata attuazione della legge 12/2009, l'esternalizzazione delle frontiere<sup>43</sup>, mediante accordi di riammissione, come quello con il Marocco<sup>44</sup>, e la discutibile pratica delle cc.dd. «*devoluciones en caliente*» o «*rechazo en frontera*» (respingimenti a caldo o alla frontiera), realizzate dalla *Guardia Civil* nei confronti degli immigrati sorpresi nel tentativo di entrare in modo irregolare in Spagna attraverso le valli che separano Ceuta e Melilla dal Marocco, sono solo alcuni degli elementi più controversi di questa politica<sup>45</sup>.

In particolare, il vuoto normativo, dovuto alla mancata adozione del regolamento di attuazione della legge 12/2009<sup>46</sup>, è sempre stato uno dei principali ostacoli al corretto espletamento dei procedimenti in questo ambito. La normativa di esecuzione avrebbe dovuto disciplinare numerosi aspetti diretti a garantire l'esercizio dei diritti fondamentali dei richiedenti protezione, che in mancanza di una normativa di dettaglio sono stati privati di contenuto.

A più di dieci anni dall'adozione della legge 12/2009, è evidente che il regolamento di attuazione non sarà mai adottato. Da un lato, le lacune caratterizzanti la normativa in materia di asilo sono state parzialmente colmate in via giurisprudenziale<sup>47</sup>; dall'altro l'attesa approvazione dei due pacchetti di riforma della Commissione rendeva inopportuno intraprendere una riforma a livello statale, che sarebbe stata destinata ad essere sostituita da quella adottata in sede europea, con tutti gli inconvenienti che il passaggio da un sistema all'altro avrebbe comportato. Purtroppo, l'auspicata revisione del CEAS sta tardando, non intravedendosi spiragli a breve.

A questo vuoto legale, che impedisce di proteggere in modo effettivo i diritti riconosciuti nella legge 12/2009, si aggiunge l'impossibilità di applicare la normativa vigente a causa del sovraffollamento, che aggrava le già precarie condizioni igieniche e sanitarie dei centri di accoglienza, incrementa i problemi di sicurezza e impedisce la scolarizzazione dei minori.

---

<sup>43</sup> L. GABRIELLI, *La externalización europea del control migratorio: ¿La acción española como modelo?*, in J. ARANGO, R. MAHIA, D. MOYA e E. SÁNCHEZ-MONTIJANO (dir.), «*La inmigración en el ojo del huracán*». *Anuario CIDOB de la Inmigración 2017*, 2017, 126-152.

<sup>44</sup> Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos relativo a la circulación de personas, el tránsito y la readmisión de extranjeros entrados ilegalmente, firmado en Madrid el 13 de febrero de 1992, BOE, n. 100, de 25 de abril (corrección de erratas en BOE, n. 130, de 30 de mayo), en vigor desde el 21 de octubre de 2012 (BOE n. 299, de 13 de diciembre).

<sup>45</sup> V. FAGGIANI, *Lo statuto del rifugiato nell'ordinamento spagnolo*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, n. 1, 2018, 61-101.

<sup>46</sup> Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, BOE, n. 263, 31.10.2009. Sulla legge 12/2009, v. M. DEL CAMINO VIDAL FUEYO (coord.), R. GARCÍA MAHAMUT e J. GALPARRORO GARCÍA (aut.), *Régimen jurídico del derecho de asilo en la Ley 12/2009*, Madrid, CEPC, 2010; A. SÁNCHEZ LEGIDO, *Entre la obsesión por la seguridad y la lucha contra la inmigración irregular: A propósito de la nueva Ley de asilo*, in *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 18, 2009, 17-32; J. A. MONTILLA MARTOS, D. BOZA MARTÍNEZ, I. GARCÍA VITORIA e J. L. RODRÍGUEZ CANDELA, *Legislación, jurisprudencia y derechos de los inmigrantes*, in J. ARANGO, R. MAHIA, D. MOYA e E. SÁNCHEZ-MONTIJANO (dir.), «*El año de los refugiados*». *Anuario CIDOB de la Inmigración 2015-2016 (nueva época)*, cit., 272-293.

<sup>47</sup> J. J. MARTÍN ARRIBAS e A. SUÁREZ MALAXEHEVARRÍA, *El derecho de asilo y la protección subsidiaria: reflexiones sobre las aportaciones de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo de España*, in *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, 43, 2016, 21-44.

Per non parlare delle condizioni nei CETI (*Centros de Estancia Temporal de Inmigrantes*) di Ceuta e di Melilla, considerati dei «limbi»<sup>48</sup>. Tali problemi sono stati ulteriormente accentuati dall'adozione delle misure anti-Covid-19<sup>49</sup>, che hanno ristabilito temporaneamente i controlli transfrontalieri<sup>50</sup>.

Durante lo «stato di allarme» si è annunciata la chiusura dei CIES (*Centros de internamiento para extranjeros*), aventi carattere penitenziario<sup>51</sup>. L'impossibilità di realizzare l'espulsione, infatti, faceva venire meno i presupposti giuridici necessari per mantenere la detenzione di queste persone<sup>52</sup>. Resta, invece, irrisolto il problema dei CETIS semi-penitenziari di Ceuta e Melilla. In quest'ultimo, in particolare, si trovano attualmente più di 1.650 persone.

Queste strutture sono luoghi ad alto rischio e con elevati indici di contagio, in cui è impossibile rispettare le misure di distanziamento interpersonali e attuare protocolli sanitari e d'igiene. La chiusura delle frontiere con i Paesi di origine impedisce di respingere le persone internate in tali centri. Al momento, l'unica soluzione possibile pare il trasferimento dai CETI di Ceuta e di Melilla alla penisola al fine di decongestionare il sovraffollamento ed evitare

---

<sup>48</sup> AMNISTÍA INTERNACIONAL, *El asilo en España: un sistema de acogida poco acogedor, Sección española de Amnistía Internacional*, Madrid, 31.05.2016, 5.

<sup>49</sup> Tra le principali misure adottate dal Governo spagnolo nel contesto dell'emergenza sanitaria, che hanno inciso sulla libertà di circolazione, si veda: Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19, BOE, n. 67, 14.3.2020, e le sue sei proroghe. In particolare, la sesta proroga dello stato di allarme è stata proclamata con il Real Decreto 555/2020, de 5 de junio, BOE, n. 159, 6.6.2020. Come i due decreti che lo hanno preceduto, quest'ultimo intenderebbe «culminar» la «progresiva desescalada, partiendo de un escenario abierto y flexible, tanto para el levantamiento y definitiva pérdida de eficacia de las medidas de las medidas, como para el ámbito geográfico en el que van a proyectarse». Tra le altre misure adottate è opportuno fare riferimento a: Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática, Orden PCM/205/2020, de 10 de marzo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 10 de marzo de 2020, por el que se establecen medidas excepcionales para limitar la propagación y el contagio por el Covid-19, mediante la prohibición de los vuelos directos entre la República italiana y los aeropuertos españoles, BOE, n. 61, 10.3.2020; Orden INT/248/2020, de 16 de marzo, por la que se establecen criterios de actuación para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad ante el restablecimiento temporal de controles fronterizos, BOE, n. 73, 18.3.2020; Orden TMA/410/2020, de 14 de mayo, por la que se limita la entrada en España a las aeronaves y buques de pasaje a través de los puntos de entrada designados con capacidad de atención a emergencias de salud pública de importancia internacional, BOE, n. 136, 15.5.2020. Infine, si rinvia al Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19, BOE, n. 163, 10.6.2020, adottato sulla base della necessità di garantire la transizione verso «la nuova normalità».

<sup>50</sup> Tra il 2019 e il 2020 la Spagna è divenuta il Paese dell'Ue con il maggior numero di richieste a causa della pressione migratoria proveniente dall'America Latina. Anche in questo caso, tuttavia, ci troviamo di fronte ad una contraddizione: seppur abbia ricevuto più di 3.500 domande alla settimana, la maggior parte provenienti dal Venezuela e dalla Colombia, solo un 5 % è stato accolto, una cifra simile a quella dell'Ungheria e d'altro canto molto lontana dalla media del resto dei Paesi dell'Ue. Tali tendenze si sono arrestate a seguito dell'inizio della pandemia, riducendosi un 44% rispetto al mese di febbraio. Al riguardo, v. M. MARTÍN, *España es el país de la UE con más peticiones de asilo por la presión de Latinoamérica*, in *El País*, 23.2.2020; e EUROPAPRESS, *La pandemia frena las solicitudes de asilo en España: en marzo se presentan un 44% menos que en febrero*, in [www.europapress.es](http://www.europapress.es), 8.4.2020.

<sup>51</sup> G. SÁNCHEZ, *El Defensor del Pueblo pide al Gobierno liberar a los inmigrantes de los CIE ante su imposible deportación por el coronavirus*, in [www.eldiario.es](http://www.eldiario.es), 19.3.2020; M. MARTÍN, *Un juez ordena el desalojo del CIE de Las Palmas para frenar los contagios*, in *El País*, 1.4.2020; EUROPAPRESS, *Cinco de los ocho CIE ya están vacíos, pero todavía permanecen 34 personas internas en los otros tres*, in [www.europapress.es](http://www.europapress.es), 6.4.2020.

<sup>52</sup> Art. 15, direttiva del ritorno, direttiva 2008/115/CE, OJ L 348, 24.12.2008.

eventuali contagi, che potrebbero produrre effetti deleteri non solo su tali centri ma sulla comunità circostante<sup>53</sup>.

### **3.2. La reale portata delle misure per evitare l'irregolarità sopravvenuta degli stranieri e favorirne l'integrazione nel mercato del lavoro**

In questa cornice, non si possono poi tralasciare le conseguenze negative, che deriveranno dalla paralizzazione dei procedimenti in corso, a causa della sospensione, durante lo stato di allarme, dei termini amministrativi e processuali<sup>54</sup>. Sebbene determinati procedimenti siano stati semplificati e siano state stabilite proroghe a favore dei richiedenti, una volta ripristinata la normalità, i numerosi procedimenti interrotti dovranno comunque essere risolti, i permessi nel frattempo scaduti dovranno essere rinnovati e i problemi sopravvenuti dovranno essere affrontati. Si tratta di una situazione non di certo facile da gestire.

Il 20 maggio 2020 è stata predisposta la proroga automatica di sei mesi delle autorizzazioni di residenza e di lavoro dei cittadini stranieri e di quelle per realizzare periodi di studio, mobilità di studenti, tirocini non professionali o servizi di volontariato<sup>55</sup>. Tale proroga inizia a decorrere dal giorno successivo alla scadenza dell'autorizzazione. Sebbene durante lo stato di allarme queste misure abbiano garantito una maggiore sicurezza giuridica agli stranieri che risiedono e lavorano in Spagna, evitando che potessero trovarsi in una situazione d'irregolarità sopravvenuta, a causa della sospensione dei termini e della conseguente impossibilità di richiederne il rinnovamento, non sono riuscite a ridurre il carico di lavoro delle pubbliche amministrazioni.

Di fronte a questo scenario, si dovrebbe forse prendere in considerazione la possibilità di regolarizzare queste persone, seguendo l'esempio di altri Paesi Ue come il Portogallo<sup>56</sup>. Per il momento, il Governo spagnolo si è limitato ad approvare due misure destinate a favori-

---

<sup>53</sup> CEAR, *Traslado urgente a la península de solicitantes de asilo y migrantes desde Ceuta y Melilla*, in [www.cear.es](http://www.cear.es), 6.4.2020.

<sup>54</sup> Al riguardo, v. i seguenti documenti: Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, Secretaría de Estado de migraciones, Dirección General de Migraciones, Comunicación de la Dirección General de Migraciones sobre el alcance del real decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19, en relación con la disposición adicional tercera relativa a la suspensión de plazos administrativos; Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, Secretaría de Estado de Migraciones, Dirección General de Inclusión y Atención Humanitaria (DGI AH), Instrucción por la que se aprueban instrucciones para la gestión del sistema de acogida de protección internacional y de las subvenciones que lo financian, ante la situación de emergencia de salud pública ocasionada por el Covid-19, 20.3.2020.

<sup>55</sup> Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, Nota de prensa, La Secretaría de Estado de Migraciones proroga durante 6 meses automáticamente las autorizaciones de residencia y trabajo de ciudadanos extranjeros, 20.5.2020.

<sup>56</sup> J. MARTÍN DEL BARRIO, *Portugal regulariza a todos los inmigrantes pendientes de autorización de residencia*, in *El País.com*, 28.3.2020; EUROPA PRESS, *CEAR reclama al Gobierno que regularice «con carácter urgente» a las personas migrantes*, in [www.europapress.es](http://www.europapress.es), 2.4.2020. M. MARTÍN, *El Defensor del Pueblo pide autorizaciones de trabajo para inmigrantes que puedan emplearse en el campo y la salida de todos cuantos se encuentran en los CIE*, in *El País.com*, 2.4.2020.

re settori in cui di solito sono impiegati lavoratori stranieri: il regio decreto legge 11/2020<sup>57</sup>, che introduce un sussidio straordinario per le domestiche, iscritte nella previdenza sociale, pregiudicate dalla crisi sanitaria<sup>58</sup>, e il regio decreto legge 13/2020<sup>59</sup>, che, al fine di flessibilizzare la contrattazione nel settore agrario, prevede la possibilità di incorporare lavoratori nei campi per garantire la continuità della produzione, evitare l'aumento dei prezzi durante la pandemia e facilitare l'assunzione di disoccupati e immigrati nelle Comunità Autonome dell'Andalusia, Murcia, Comunità Valenziana, Estremadura, Aragona e Catalogna.

In particolare, si prevede l'assunzione dei lavoratori stranieri i cui contratti sarebbero scaduti nel periodo compreso tra la dichiarazione dello stato di allarme e il 30 giugno 2020 e degli stranieri di età compresa tra i 18 e i 21 anni con regolare permesso di soggiorno. In tal modo, si è cercato di compensare la mancanza di mano d'opera nelle aziende agricole a causa delle restrizioni alla libertà di circolazione provocate dalla chiusura delle frontiere, in particolare quella con il Marocco (dal 13 marzo 2020). Si tratta di un problema comune anche ad altri Paesi Ue, come l'Italia, la Francia, il Portogallo o la Germania. Tuttavia, bisogna considerare che questi lavori sono svolti soprattutto da persone in situazione irregolare<sup>60</sup>, le quali non possono beneficiare di tali misure<sup>61</sup>. La portata del regio decreto legge 11/2020 è, pertanto, limitata.

Infine, il regio decreto legge 20/2020<sup>62</sup>, adottato il 29 maggio, ha istituito l'«*ingreso mínimo vital*» («il reddito vitale minimo»). Si tratta del diritto soggettivo, intrasferibile, di ricevere una prestazione di natura economica<sup>63</sup>, il cui importo va da 462 a 1.015 euro, al fine di prevenire il rischio di povertà ed esclusione sociale delle persone che vivono sole o in una

---

<sup>57</sup> Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19, BOE, n. 91, 1.4.2020.

<sup>58</sup> Art. 30, Real Decreto-ley 11/2020.

<sup>59</sup> Real Decreto-ley 13/2020, de 7 de abril, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en materia de empleo agrario, BOE, n. 98, 8.4.2020.

<sup>60</sup> Art. 42, Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, BOE, n. 50, 27.2.1996.

<sup>61</sup> Secondo l'art. 2 del Real Decreto-ley 13/2020, «1. Podrán ser beneficiarios de las medidas de flexibilización de carácter temporal las personas que a la entrada en vigor del real decreto-ley se encuentren en cualquiera de las siguientes situaciones: (...) c) Trabajadores migrantes cuyo permiso de trabajo concluya en el periodo comprendido entre la entrada en vigor del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, y el 30 de junio de 2020, cuya prórroga se determinará a través de instrucciones de la Secretaría de Estado de Migraciones. d) Asimismo podrán acogerse los jóvenes nacionales de terceros países, que se encuentren en situación regular de entre los 18 y los 21 años» (...). Di seguito, l'art. 5 prevede i criteri da seguire nella gestione delle offerte di lavoro: «Los servicios públicos de empleo autonómicos, en aquellas localidades o municipios en que el número de demandantes de empleo supere la oferta disponible de trabajadores establecerán los colectivos prioritarios para cubrirla. Como criterios prioritarios para gestionar dichas ofertas de empleo se tendrán en cuenta los siguientes: a) Personas en situación de desempleo o cese de actividad que no perciban ningún tipo de subsidio o prestación. b) Personas en situación de desempleo o cese de actividad que perciban únicamente subsidios o prestaciones de carácter no contributivo. c) Personas en situación de desempleo o cese de actividad perceptores de subsidios por desempleo o prestaciones de carácter social o laboral. d) Migrantes cuyos permisos de trabajo y residencia hayan expirado durante el periodo comprendido entre la declaración de estado de alarma y el 30 de junio de 2020. e) Jóvenes nacionales de terceros países, que se encuentren en situación regular, entre los 18 y los 21 años».

<sup>62</sup> Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital, BOE, n. 154, 1.6.2020.

<sup>63</sup> Art. 2, Real Decreto-ley 20/2020.

«unità di convivenza» in situazione di particolare vulnerabilità economica, che impedisce loro di coprire le necessità primarie<sup>64</sup>, e favorirne l'incorporazione nel mondo del lavoro.

Il fondamento costituzionale di questo istituto si rinviene nel «dovere di protezione della previdenza sociale», riconosciuto all'art. 41 CE. In termini generali, per ottenere questa prestazione, sarebbe sufficiente dimostrare la residenza ininterrotta ed effettiva in Spagna da almeno un anno prima della presentazione della domanda<sup>65</sup>. Tuttavia, pare che l'*ingreso mínimo vital* non stia funzionando come dovrebbe, essendo molto bassa la percentuale delle richieste valutate positivamente.

### 3.3. Le «devoluciones en caliente» ai tempi del coronavirus

Infine, le deportazioni e i respingimenti<sup>66</sup>, che erano stati interrotti durante lo stato di allarme, saranno ora praticati in un nuovo contesto, caratterizzato dal generale collasso del sistema e da un clima di forte incertezza che favorisce lo sviluppo di prassi lesive dei diritti fondamentali. In questa cornice, la sentenza della Corte Edu sul caso *N.D. e N.T.*, del 13 febbraio 2020,<sup>67</sup> non è solo espressione dell'involuzione che sta attraversando la politica europea in materia di asilo e più in generale lo Stato di diritto, ma potrebbe pericolosamente orientare le decisioni dei giudici europei per avallare misure restrittive, con il pretesto di rafforzare il dialogo giudiziario.

Per non andare troppo lontano, è sufficiente pensare che proprio il *Tribunal Constitucional* spagnolo (TC) aspettava da tempo che la Corte edu si pronunciasse su questo caso per risolvere il ricorso di incostituzionalità avente ad oggetto la «*Ley mordaza*»<sup>68</sup> pendente dal 2015<sup>69</sup>. A questo punto, è molto probabile che non dichiarerà l'incostituzionalità delle *devoluciones en caliente* per non discostarsi da quanto affermato dalla Corte di Strasburgo, sebbene pare che fisserà dei limiti, considerando detta pratica legittima in presenza di due requisiti: l'entrata dovrà essersi prodotta in massa e con l'uso della violenza.

---

<sup>64</sup> Art. 1, Real Decreto-ley 20/2020.

<sup>65</sup> L'art. 7, Real Decreto-ley 20/2020, prevede una serie di eccezioni al termine di un anno, come nel caso delle persone vittime della tratta di persone e di sfruttamento sessuale o della violenza di genere.

<sup>66</sup> La valle di Melilla è stata presa d'assalto anche durante la pandemia, il 6 aprile 2020. Una volta terminato lo stato di allarme, le persone sorprese nel tentativo di entrare in territorio spagnolo saranno respinte. Al riguardo, v. F.G. GUERRERO, *Medio centenar de inmigrantes entra a Melilla en un salto a la valla de unos 260*, in *El Mundo*, 6.4.2020.

<sup>67</sup> Corte edu (Grande Camera), sentenza del 13 febbraio 2020, *N.D. e N.T. v. Spagna*, domande n. 8675/15 e 8697/15.

<sup>68</sup> V. disposición final primera, Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, BOE, n. 77, 31.3.2015. Sulle devoluciones en caliente, v. M. VALLES FERRERO, *¿Vallas al asilo? apuntes sobre el sistema de protección internacional en España*, in J. ARANGO, R. MAHIA, D. MOYA e E. SÁNCHEZ-MONTIJANO (dir.), *«El año de los refugiados». Anuario CIDOB de la Inmigración 2015-2016 (nueva época)*, cit., 226-245; e B. GARCÉS-MASCAREÑAS, *Fuera de campaña electoral: devoluciones en caliente, refugiados e inmigrantes irregulares*, in J. ARANGO, R. MAHIA, D. MOYA e E. SÁNCHEZ-MONTIJANO (dir.), *«El año de los refugiados». Anuario CIDOB de la Inmigración 2015-2016 (nueva época)*, cit., 320-337.

<sup>69</sup> Il TC nella decisione (providencia) del 9 giugno 2015 ha ammesso il ricorso d'incostituzionalità n. 2896-2015 promosso da più di 50 deputati dei Gruppi Parlamentari Socialisti, IU, ICV-EUiA, CHA: La Izquierda Plural, Unión Progreso y Democracia y Grupo Mixto del Congreso de los Diputados nei confronti della LO 4/2015.

In realtà, la posizione della Corte Edu in questa decisione, adottata all'unanimità, in cui rettifica quanto in precedenza affermato dalla III<sup>a</sup> Sezione nel 2017,<sup>70</sup> è intenzionalmente ambigua. Tuttavia, il silenzio sulla conformità dei respingimenti alla frontiera alla cornice convenzionale, il rigetto del ricorso, affermando che il Governo spagnolo non avrebbe violato né l'articolo 4 del Protocollo n. 4 alla Cedu relativo al divieto di espulsione collettiva, né l'art. 13 della Cedu che riconosce il diritto al ricorso effettivo, e gli argomenti utilizzati, con cui si cerca di colpevolizzare i ricorrenti, contribuiscono a giustificare implicitamente questa pratica.

In particolare, per quanto concerne l'atteggiamento dei signori *N.D.* e *N.T.*, secondo la Corte edu, questi «si sarebbero posti da soli in una situazione d'illegalità», quando decisero di non ricorrere ai procedimenti predisposti dall'ordinamento<sup>71</sup>, tra cui la richiesta di visto o di protezione internazionale (asilo o protezione sussidiaria)<sup>72</sup>, non solo alla frontiera di Beni Enzar, ma anche presso le rappresentanze diplomatiche e consolari spagnole nei loro paesi di origine o di transito o in Marocco<sup>73</sup>, preferendo entrare in massa in Spagna, attraverso la valle di Melilla, senza autorizzazione, e con l'uso della forza.

In effetti, secondo la Corte edu, il caso *de quo* costituisce una fattispecie di «espulsione collettiva», poiché, da una parte, i migranti, entrati illegalmente in territorio spagnolo, sarebbero stati allontanati e obbligati contro la loro volontà a tornare in Marocco dalla *Guardia Civil*<sup>74</sup>; dall'altra, seppur il ricorso sia stato promosso solo da due richiedenti, questi facevano parte di un gruppo numeroso di stranieri<sup>75</sup>.

Malgrado tali premesse, la Corte edu afferma la legittimità di questa pratica, considerando che il Governo spagnolo non avrebbe violato l'art. 4 del Protocollo n. 4 alla Cedu. A suo parere, l'atteggiamento dei ricorrenti avrebbe giustificato la mancata adozione di provvedimenti individuali<sup>76</sup>. In tal modo, la Corte di Strasburgo, attraverso un'interpretazione estensiva del concetto di «espulsione collettiva», configura i respingimenti alla frontiera realizzati dalla *Guardia Civil* come un'eccezione legittima al divieto di tale fattispecie, ritenendo che lo Stato convenuto offriva meccanismi per permettere l'accesso al territorio spagnolo in modo legale, di cui i migranti non vollero avvalersi.

La formulazione di un'eccezione di questo tipo, tuttavia, potrebbe favorire la progressiva introduzione di maggiori restrizioni a tale diritto, facendo prevalere l'interesse dello Stato a proteggere i propri confini<sup>77</sup> sui diritti fondamentali delle persone in situazione irregolare<sup>78</sup>.

---

<sup>70</sup> Corte Edu (sez. III), sentenza del 3 ottobre 2017, *N.D. e N.T. c. Spagna*, ricorsi nn. 8675/15 e 8697/15. Al riguardo, v. J. M. SÁNCHEZ TOMÁS, *Las «devoluciones en caliente» en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH, AS. N.D. y N.T. vs España, de 03-10-2017)*, in *Civitas. Revista española de derecho europeo*, 65, 2018, 101-135.

<sup>71</sup> Corte edu (Grande Camera), *N.D. e N.T. v. Spagna*, cit., punto 200.

<sup>72</sup> *Ivi*, punto 212.

<sup>73</sup> V. artt. 21 e 38, Ley 12/2009, e artt. 4, 16 e 29.4, Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo, BOE, n. 52, 2.3.1995.

<sup>74</sup> Corte edu (Grande Camera), *N.D. e N.T. v. Spagna*, cit., punto 191.

<sup>75</sup> *Ivi*, punti 194-199.

<sup>76</sup> *Ivi*, punto 231.

<sup>77</sup> F. MUSSI, *La sentenza N.D. e N.T. della Corte Europea dei Diritti Umani: uno «schiaffo» ai diritti dei migranti alle frontiere terrestri?*, in *www.sidiblog.org*, 19.3.2020. Su questa sentenza v. anche: F. PIROLA, *Tra fron-*

A nulla serve che di seguito la Corte edu cerchi di ribadire l'approccio garantista della Cedu, sottolineando che attraverso la presente pronuncia non si intende mettere in discussione il consenso della comunità internazionale sull'obbligo e sulla necessità per gli Stati contraenti di proteggere le loro frontiere nel rispetto alle garanzie ivi stabilite, in particolare il divieto di *non-refoulement*<sup>79</sup>.

La sentenza *N.D. e N.T.* sarebbe stata un'ottima occasione per la Gran Sala per pronunciarsi sulla compatibilità delle *devoluciones en caliente* alla cornice convenzionale. Il Governo spagnolo decise di legalizzarle nella «*Ley mordaza*», la legge organica 4/2015 sulla protezione della sicurezza dei cittadini, al fine di frenare la situazione di allarme sociale derivante dai continui assalti alle valli di Ceuta e Melilla. Ciononostante, costituisce una risposta controversa, che prospetta seri problemi di conformità non solo al sistema costituzionale spagnolo, ma in generale all'ordinamento internazionale e a quello dell'Ue.

Dal punto di vista interno, le «*devoluciones in caliente*» violano il contenuto essenziale (art. 53.1 CE) sia dell'articolo 13.1 CE, che riconosce agli stranieri gli stessi diritti e le stesse libertà pubbliche dei cittadini nei termini previsti dai trattati internazionali e dalla legge (si tratta di una «clausola di tendenziale equivalenza»), sia dell'art. 13.4 CE sul diritto dei cittadini e degli apolidi di richiedere asilo alla frontiera e di ottenerlo in Spagna. Tali disposizioni, devono essere, a sua volta, interpretate sistematicamente insieme all'art. 24 CE, relativo al diritto alla tutela giudiziaria effettiva e a un processo equo, le cui garanzie sono estese al procedimento sanzionatorio amministrativo.

I respingimenti alla frontiera, infatti, impediscono un esame individuale della situazione degli stranieri intercettati e non permettono loro di difendersi, non potendo tali persone esercitare né il diritto all'assistenza giuridica, né il diritto a un interprete e a un traduttore, né il diritto di ricorrere la misura di allontanamento. Infine, per quanto concerne il rispetto degli obblighi internazionali ed europei assunti dalla Spagna, le *devoluciones in caliente* sono contrarie alla Convenzione di Ginevra del 1951, al Protocollo del 1967 sullo Statuto dei Rifugiati e alla Carta dei diritti fondamentali dell'Ue, che agli articoli 18 e 19 riconosce rispettivamente il diritto d'asilo e il divieto delle espulsioni collettive.

Ciononostante, è interessante osservare che poco dopo la sentenza della Corte edu, nel quadro delle misure anti-Covid-19, il Governo spagnolo nella *Orden INT/248/2020* del 16 marzo<sup>80</sup> ha previsto il procedimento per identificare i migranti sorpresi nel tentativo di entrare in modo irregolare in Spagna. Ciò dimostra che l'attuale Governo PSOE-*Unidas Podemos*

---

*tiera dei diritti e frontiera dei controlli: la vicenda dei respingimenti collettivi nel caso N.D. e N.T. contro Spagna*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2020, 454-457.

<sup>78</sup> R. WISSING, *Push backs of «badly behaving» migrants at Spanish border are not collective expulsions (but might still be illegal refoulements)*, in *strasbourgobservers.com*, 25.2.2020.

<sup>79</sup> Corte edu (Grande Camera), *N.D. e N.T. v. Spagna*, cit., punto 232.

<sup>80</sup> V. Ministerio de Interior, *Orden INT/248/2020*, de 16 de marzo, por la que se establecen criterios de actuación para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad ante el restablecimiento temporal de controles fronterizos, BOE, n. 73, 18.3.2020. Al riguardo, l'art. 3.5 di questo provvedimento prevede che: «En caso de interceptación por agentes de la Guardia Civil de cualquier persona que pretenda entrar irregularmente en España, la misma será conducida, con la mayor brevedad posible, a la correspondiente dependencia del Cuerpo Nacional de Policía para que pueda procederse a su identificación y, en su caso, a su devolución».

continua a essere consapevole dei problemi che questa pratica presenta. Questo potrebbe essere un primo passo verso una possibile riforma diretta, se non a eliminare i respingimenti alla frontiera, per lo meno ad assicurare che si realizzino nel rispetto di un minimo di garanzie.

#### **4. Dal memorandum con la Libia alla chiusura dei porti in Italia durante l'emergenza sanitaria: la necessità di rispettare il contenuto essenziale del dovere di soccorso in mare**

##### **4.1. La dubbia costituzionalità formale e sostanziale del memorandum Italia-Libia**

In controtendenza a quanto accaduto negli ultimi anni, nel 2019, in Italia si è assistito a un calo considerevole degli ingressi degli immigrati in situazione irregolare, registrando il numero più basso dal 2013 (139.000)<sup>81</sup>. Secondo i dati di Frontex gli arrivi sono stati il 6% meno del 2018 e addirittura il 92% meno del 2015<sup>82</sup>. Le richieste di protezione in Italia sono oscillate dalle 130.000 del 2017, alle 60.000 del 2018, per arrivare alle 18.000 istanze presentate nel primo semestre del 2019<sup>83</sup>. Come si può immaginare, le cifre si sono ulteriormente ridotte da marzo 2020, durante i primi mesi della pandemia, per poi ricrescere di nuovo.

L'inversione di tendenza del 2019 è il risultato delle misure adottate dall'Italia per affrontare la forte pressione migratoria, alla quale è stata sottoposta. La necessità di gestire da sola questa crisi, senza l'appoggio degli altri Stati membri, di cui il fallimento del piano di ricollocazione costituisce un esempio evidente, ha favorito lo sviluppo di una politica maggiormente restrittiva, diretta a bloccare i movimenti secondari che facilitano l'ingresso di flussi massicci di migranti irregolari e, di conseguenza, la criminalità organizzata e la tratta di esseri umani attraverso la rotta del mediterraneo centrale. Tali misure, tuttavia, seppure abbiano raggiunto l'obiettivo di diminuire drasticamente il numero di migranti in entrata, presentano importanti profili di criticità dal punto di vista del rispetto dei diritti umani fondamentali e in particolare di quelli degli stranieri in situazione irregolare e dei richiedenti asilo, che paiono essere stati dimenticati.

Il *memorandum* d'Intesa con la Libia, firmato il 2 febbraio 2017 dall'allora Presidente del Consiglio, Paolo Gentiloni, con Fayed Mustafà Al-Serraj, Presidente libico riconosciuto a livello internazionale<sup>84</sup>, e prorogato tacitamente lo scorso 2 febbraio 2020, senza modifiche

---

<sup>81</sup> C. TASSINARI, *I dati Frontex: mai così pochi migranti, in Italia 11.500 sbarchi nel 2019*, in *it.euronews.com*, 15.1.2020.

<sup>82</sup> FRONTEX, *News Release FLASH REPORT – Irregular migration into EU at lowest level since 2013*, in *frontex.europa.eu*, 8.1.2020.

<sup>83</sup> V. i dati del Ministero dell'Interno ([www.interno.gov.it/it/sala-stampa/dati-e-statistiche/sbarchi-e-accoglienza-dei-migranti-tutti-i-dati](http://www.interno.gov.it/it/sala-stampa/dati-e-statistiche/sbarchi-e-accoglienza-dei-migranti-tutti-i-dati)).

<sup>84</sup> L'accordo in questione non è stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale.

per altri tre anni, e i due pacchetti di sicurezza Salvini<sup>85</sup>, in particolare il secondo, in materia di «porti chiusi», hanno raggiunto l'atteso obiettivo della riduzione dei numeri a discapito però della garanzia di un livello minimo di tutela dei richiedenti protezione internazionale.

L'accordo con la Libia s'inserisce nell'ambito dei procedimenti di esternalizzazione delle frontiere diretti a favorire la cooperazione attraverso un quadro di partenariato con i Paesi terzi, ovvero con gli Stati di origine e/o transito dei migranti. Mediante tali accordi, s'intende delegare agli Stati terzi, i c.d. partner, il controllo dei flussi «da e attraverso i loro territori verso l'Europa» al fine di ridurli, offrendo loro in cambio aiuti allo sviluppo<sup>86</sup>. Questi accordi, oltre ad essere caratterizzati da un alto indice d'informalità, sono solitamente stipulati con Stati che non possono essere considerati sicuri.

Nell'accordo con la Libia le parti si sono impegnate a cooperare per lottare contro il fenomeno dell'immigrazione clandestina e il suo impatto, il terrorismo, la tratta degli esseri umani e il contrabbando di carburante. In aggiunta, l'Italia fornisce supporto tecnico e tecnologico agli organismi libici con competenze in detto ambito e finanzia programmi per lo sviluppo nelle regioni libiche.

In questo documento si possono però ravvisare profili d'incostituzionalità sia formale sia materiale. Dal punto di vista formale, molto probabilmente il *memorandum*<sup>87</sup> non avrebbe dovuto essere concluso mediante il procedimento semplificato, bensì avrebbe dovuto essere sottoposto all'esame preventivo del Parlamento ai sensi dell'art. 80 Cost..

A questo proposito, innanzitutto, non si può trascurare che l'oggetto e la materia che intende regolare sarebbero suscettibili nella categoria dei «trattati di natura politica». In secondo luogo, la gestione del fenomeno migratorio, attraverso l'adozione di una cornice normativa trasversale, negli ultimi anni è divenuta una questione di vitale importanza. Infine, il

---

<sup>85</sup> A questo proposito, v. il decreto legge 113/2018, convertito dalla legge 1° dicembre 2018, n. 132, per quanto concerne la tutela dei rifugiati e in materia di cittadinanza (GU Serie Generale n. 281, 3.12.2018), e il decreto-legge 14 giugno 2019, n. 53, Disposizioni urgenti in materia di ordine e sicurezza pubblica convertito con modificazioni dalla legge 8 agosto 2019, n. 77 (GU n. 186, 9.8.2019) in relazione alle frontiere marittime e terrestri.

<sup>86</sup> Al riguardo, v. R. PALLADINO, *Nuovo quadro di partenariato dell'Unione europea per la migrazione e profili di responsabilità dell'Italia (e dell'Unione europea) in riferimento al caso libico*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2, 2018, 104-134. Secondo l'A. «la politica di gestione dell'UE ed in particolare dell'Italia» «si è orientata verso un sistema di "remote" o "contactless control", caratterizzato per l'appunto dalla progressiva esternalizzazione del controllo. In altri termini, gli Stati europei non eseguono direttamente alcun contenimento, ma chiedono agli Stati terzi, loro partner, di adempiere ai propri impegni di controllare la migrazione da e attraverso i loro territori verso l'Europa in cambio di aiuti allo sviluppo e altri vantaggi» (p. 106).

<sup>87</sup> V. ZAMBRANO, *Accordi informali con Stati terzi in materia di gestione dei flussi migratori: considerazioni critiche con riferimento alla prassi dell'Unione europea e dell'Italia*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 1, 2019, 119-148. In questo studio l'A. analizza il *Memorandum* d'intesa tra il Dipartimento di pubblica sicurezza del Ministero dell'Interno italiano e la Polizia nazionale del Ministero dell'Interno sudanese per la lotta alla criminalità, gestione delle frontiere e dei flussi migratori e in materia di rimpatrio, firmato a Roma il 3 agosto 2016. Sottolinea che in questo caso «l'informalità seguita è stata ancora più "audace" (tanto che si è parlato di una conclusione in forma "ultrasemplificata" non solo perché l'atto è stato concluso dai vertici della polizia ma anche (e soprattutto) perché il *Memorandum* non ha ricevuto l'adeguata pubblicizzazione attraverso la Gazzetta ufficiale, come richiede la normativa nazionale, né alcuna comunicazione in materia è stata data alle Camere con grave lesione del principio di pubblicità delle relazioni internazionali e del controllo che l'esistenza del dibattito parlamentare fornisce relativamente al rispetto degli obblighi in materia di tutela dei diritti umani» (p. 132).

rispetto del procedimento ex art. 80 Cost.<sup>88</sup> avrebbe permesso un maggior controllo del contenuto di questo accordo dal punto di vista del rispetto dei diritti umani fondamentali, in conformità a quanto disposto a livello costituzionale e agli obblighi assunti dall'Italia in sede europea e internazionale.

Dal punto di vista sostanziale, il mero riferimento «al rispetto degli obblighi internazionali e degli accordi sui diritti umani di cui i due Paesi siano parti», previsto all'art. 5 del *memorandum*, non offre sufficienti garanzie, soprattutto avuto riguardo al fatto che questo Paese non può essere considerato un luogo sicuro. È sufficiente pensare che la Libia non ha ratificato la Convenzione di Ginevra del 1951 sullo statuto del rifugiato e che non dispone di una normativa interna per assicurare la protezione dei richiedenti asilo e delle persone rifugiate da gravi violazioni dei loro diritti.

Per favorire la cooperazione tra i due Stati, al fine di individuare soluzioni urgenti alla questione degli stranieri clandestini, che attraversano la Libia per recarsi in Europa via mare, sono stati predisposti dei campi di accoglienza, apparentemente «temporanei», sotto l'esclusivo controllo del Ministero dell'Interno libico, in attesa del rimpatrio o del rientro volontario nei Paesi di origine, si è proceduto all'istituzione di una zona SAR libica e si è cercato di rafforzare il ruolo della Guardia costiera libica nelle operazioni nel mediterraneo centrale, offrendo sostegno tecnico e appoggio economico.

Ciononostante, i Centri per il Contrasto all'immigrazione illegale, in realtà, sono delle strutture di detenzione continua per le persone rimpatriate dalla Guardia costiera libica, gestite da organizzazioni criminali, che ne hanno fatto un «*business*», praticando in modo sistematico aberranti violazioni dei diritti fondamentali<sup>89</sup>. Inoltre, pare che la Guardia costiera libica non si limiti solo a intercettare e soccorrere in mare i migranti ma realizzerebbe dei «re-spingimenti indiretti»<sup>90</sup>, i quali lederebbero non solo il principio di *non refoulement* ma anche il divieto di tortura, trattamenti disumani e degradanti (art. 3 Cedu) e di realizzare espulsioni collettive (art. 4 del Protocollo n. 4, Cedu).

Malgrado gli accennati profili di criticità, il *memorandum* Italia-Libia è stato avallato dall'Ue<sup>91</sup>, che ha preferito non assumere la responsabilità in questo ambito, delegando il controllo e la gestione dei flussi migratori ad un Paese, come la Libia, che non riunisce i requisiti minimi per essere qualificato «sicuro». A causa della mancanza di solidarietà e cooperazione degli Stati membri, sull'esempio di questo accordo, l'Italia ha successivamente rafforzato ancor di più l'approccio restrittivo alla gestione dei flussi migratori, prima nei due decreti sicu-

---

<sup>88</sup> L'art. 80 Cost.it. prevede che: «Le Camere autorizzano con legge la ratifica dei trattati internazionali che sono di natura politica, o prevedono arbitrati o regolamenti giudiziari, o importano variazioni del territorio od oneri alle finanze o modificazioni di leggi».

<sup>89</sup> Al riguardo v. i seguenti reports: OXFAM ITALIA e BORDERLINE SICILIA, *Accordo Italia-Libia: scacco ai diritti umani in 4 mosse*, in [www.oxfamitalia.org](http://www.oxfamitalia.org); AMNESTY INTERNATIONAL, *Libya's Dark Web of Collusion. Abuses against Europe-Bound Refugees and Migrants*, in [www.amnesty.org](http://www.amnesty.org), 11.12.2017; AMNESTY INTERNATIONAL, *A Perfect Storm. The Failure of European Policies in the Central Mediterranean*, in [www.amnesty.org](http://www.amnesty.org), 6.7.2017.

<sup>90</sup> OXFAM ITALIA e BORDERLINE SICILIA, *op. cit.*, p. 11.

<sup>91</sup> Il Consiglio europeo avallò il *memorandum* Italia-Libia nella Dichiarazione di Malta sugli aspetti esterni della migrazione: affrontare la rotta del Mediterraneo centrale, adottata il 3 febbraio 2017.

rezza «Salvini», in particolare il secondo, che ha portato nella pratica alla chiusura dei porti, e poco dopo nei provvedimenti adottati per gestire l'emergenza sanitaria del Covid-19.

#### **4.2.1 nuovi permessi speciali di soggiorno: una possibile alternativa alla regolarizzazione?**

Una delle misure maggiormente discusse, adottate negli ultimi anni, è stato il decreto-legge n. 113/2018 (c.d. decreto sicurezza ed immigrazione), convertito in legge (legge 132/2018), che ha soppresso l'istituto generale e atipico del permesso di soggiorno per motivi umanitari<sup>92</sup>, sostituendolo con una serie di permessi speciali, «tipizzati», aventi carattere temporaneo, per esigenze umanitarie.

Il permesso di soggiorno per motivi umanitari era considerato un vero e proprio diritto soggettivo<sup>93</sup>, un diritto umano fondamentale<sup>94</sup>, un istituto applicabile di fronte a situazioni di particolare vulnerabilità, sindacabile da parte del giudice ordinario<sup>95</sup>, e costituente una forma di attuazione, quale diretta proiezione<sup>96</sup>, del diritto di asilo costituzionale<sup>97</sup> ex art. 10, co. 3, Cost.<sup>98</sup>.

---

<sup>92</sup> Il permesso di soggiorno per motivi umanitari era disciplinato all'art. 5, co. 6, decreto legislativo del 25 luglio 1998, n. 286, Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, GU n. 191, 18.8.1998 - Suppl. Ordinario n. 139. Sulla riforma Salvini, v. S. PIZZORNO, *Considerazioni, anche di costituzionalità, su alcune delle principali novità introdotte dal decreto legge n. 113/2018 (c.d. decreto sicurezza) in tema di diritto d'asilo*, in *Forum di quaderni costituzionali*, 19 ottobre 2018, 1-12.

<sup>93</sup> Sul diritto di asilo nell'ambito dell'ordinamento italiano, v.: M. BENVENUTI, *Il diritto di asilo nell'ordinamento costituzionale italiano*, Padova, Cedam, 2007; ID., *Andata e ritorno per il diritto di asilo costituzionale*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, XII, 2, 2010, 36-58; ID., *La forma dell'acqua. Il diritto di asilo costituzionale tra attuazione, applicazione e attualità*, in *Questione giustizia*, 2, 2018, 14-27; P. BONETTI, *Il diritto di asilo nella Costituzione italiana*, in C. FAVILLI (a cura di), *Procedure e garanzie del diritto di asilo*, Padova, Cedam, Collana Fondaz. G. Morelli. Studi diritto intern., 2011, 33-70; B. NASCIBENE, *Asilo e statuto di rifugiato*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*, 2009, 1-59; F. RESCIGNO, *Il diritto d'asilo tra previsione costituzionale, spinta europea, e «vuoto» normativo*, in *Politica del diritto*, 1, 2004, 151-174. Più recentemente, da una prospettiva multilivello, v. C. CORSI, *Il diritto di asilo tra impasse, inasprimenti della disciplina e prossime riforme*, in *Federalismi.it. Focus Human Rights*, 23, 2020, 1-42.

<sup>94</sup> Cass., SU, ord. n. 19393/2009, 13 gennaio 2009, dep. 9 settembre 2009.

<sup>95</sup> Cass., civile, sez. VI, sent. n. 3347/2015, del 4 novembre 2014, dep. il 19 febbraio 2015.

<sup>96</sup> Cass., ord. n. 10686/2012, 26 giugno 2012; Cass., civile, sez. VI, n. 16362/2016; Cass., ord. n. 12270/2013; Corte di Cassazione, sez. VI, ord. n. 26887/2013, del 29 novembre 2013.

<sup>97</sup> Corte di Cass., ord. n. 10686/2012.

<sup>98</sup> Il c.d. «diritto costituzionale d'asilo» nell'ambito dell'ordinamento italiano è formato dai seguenti istituti: diritto di asilo, rifugio e protezione sussidiaria, che costituiscono tre categorie giuridiche autonome. Per quanto concerne il diritto di asilo, secondo l'art. 10, co. 3, Cost. «La condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali. Lo straniero, al quale sia impedito nel suo paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana, ha diritto d'asilo nel territorio della Repubblica, secondo le condizioni stabilite dalla legge. Non è ammessa l'estradizione dello straniero per reati politici». Questa disposizione deve essere letta insieme all'art. 117, co. 1, Cost., che ribadisce il rispetto degli obblighi derivanti dal diritto internazionale ed europeo, e all'art. 2 Cost., che richiama i diritti inviolabili e i doveri inderogabili, concedendo loro una proiezione universale, che ha permesso di superare la lettura meramente formale dei diritti fondamentali, estendendoli, salvo alcune eccezioni, a tutti gli individui, anche agli stranieri. In Italia il diritto di asilo, al contrario di quanto accade nell'ordinamento spagnolo, è un diritto fondamentale, un diritto soggettivo perfetto. Per quanto riguarda il concetto di rifugiato, l'Italia si allinea alla definizione prevista nella Convenzione di Ginevra del 1951, considerando che per ottenere accoglienza in altro Paese, attraverso il riconoscimento dello status di rifugiato, non è sufficiente che nel Paese di origine siano generalmente represses le libertà fonda-

La legge 132/2018 ha abrogato questo istituto, introducendo le seguenti fattispecie di permesso di soggiorno temporaneo per esigenze di carattere umanitario: a) il permesso di soggiorno per «casi speciali»<sup>99</sup>, che sostituisce quelli già esistenti per motivi di protezione sociale, per vittime di violenza domestica e sfruttamento lavorativo, dei quali mantengono sostanzialmente invariata la portata; b) il permesso di soggiorno per «cure mediche»<sup>100</sup>; c) il permesso di soggiorno per calamità<sup>101</sup>; e d) il permesso di soggiorno per motivi di particolare valore civile<sup>102</sup>.

Un'ulteriore fattispecie è costituita dal nuovo permesso di soggiorno per «protezione speciale» per i casi in cui non venga accolta la domanda di protezione internazionale dello straniero e al contempo ne sia vietata l'espulsione o il respingimento, nell'eventualità che questi «possa essere oggetto di persecuzione per motivi di razza, di sesso, di lingua, di cittadinanza, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali o sociali, ovvero possa rischiare di essere rinvio verso un altro Stato nel quale non sia protetto dalla persecuzione»<sup>103</sup> o esistano fondati motivi di ritenere che rischi di essere sottoposto a tortura<sup>104</sup>.

Dall'analisi di tali fattispecie, si può dedurre che in sostanza, a seguito di detta riforma, la protezione umanitaria non sarebbe stata soppressa; il legislatore si sarebbe piuttosto limitato a specificare le diverse fattispecie, prima solo genericamente enunciate all'art. 5, co. 6, del T.U. in materia di immigrazione, che possono costituire un «serio motivo di carattere umanitario» tale da giustificare il rilascio del permesso di soggiorno sul territorio nazionale.

La Corte costituzionale ha confermato la costituzionalità dei nuovi permessi di soggiorno nella sentenza 194/2019<sup>105</sup>. Le Regioni ricorrenti lamentavano che la sostituzione di un permesso di soggiorno di carattere generale con alcune fattispecie tipizzate avrebbe determinato una restrizione dell'ambito di applicazione della protezione per motivi umanitari e pertanto dei possibili beneficiari, con conseguente violazione di numerosi parametri costituzionali (artt. 2, 3, 10, 31, 32, 34, 35 e 97 Cost., oltre all'art. 77 Cost.), europei e internazionali

---

mentali, come disposto all'art. 10 Cost., ma occorre che il singolo richiedente abbia subito specifici atti di persecuzione. Infine, possono beneficiare della protezione sussidiaria i cittadini stranieri privi dei requisiti per il riconoscimento dello status di rifugiato, che non siano cioè in grado di dimostrare di essere oggetto di specifici atti di persecuzione, ma che, tuttavia, se ritornassero nel Paese di origine, correrebbero il rischio effettivo di subire un grave danno e che non possono o (proprio a cagione di tale rischio) non vogliono avvalersi della protezione del Paese di origine. Allo straniero richiedente può essere quindi accordato lo status di rifugiato o la protezione sussidiaria. La differente tutela attiene a una serie di parametri oggettivi e soggettivi, che si riferiscono alla storia personale dei richiedenti, alle ragioni delle richieste e al paese di provenienza. In questa cornice, il permesso di protezione umanitaria costituisce un ulteriore meccanismo di protezione internazionale, la cui istituzione è lasciata alla discrezionalità degli Stati, ai sensi dell'art. 6, par. 4, della direttiva 115/2008/UE.

<sup>99</sup> Artt. 18, 18-bis e 22, co. 12-quater, T.U. immigrazione.

<sup>100</sup> Art. 19, co. 2, let. d-bis), T.U. immigrazione.

<sup>101</sup> Art. 20 bis, T.U. immigrazione.

<sup>102</sup> Art. 42 bis, T.U. immigrazione.

<sup>103</sup> Art. 19, co. 1, T.U. immigrazione.

<sup>104</sup> Art. 19, co. 1.1, T.U. immigrazione.

<sup>105</sup> Corte cost., sent. 194/2019, del 20 giugno 2019. Per un'analisi più approfondita di questa sentenza, si rinvia a: E. CAVASINO, *Competenze e limiti alla discrezionalità legislativa sul diritto d'asilo*, in *Federalismi.it, Focus Human Rights*, 2, 2019, 2-57; C. PADULA, *Le decisioni della Corte costituzionale del 2019 sul decreto sicurezza*, in *Consulta online*, 29 agosto 2019, 386-392; A. RAUTI, *Il decreto sicurezza di fronte alla Consulta. L'importanza (e le incertezze) della sentenza n. 194 del 2019*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 29.2.2020, 1-30.

(artt. 11 e 117, co. 1, Cost.). Si sarebbero inoltre prodotte delle ricadute, sia pure indirette, sulle competenze concorrenti e residuali delle Regioni in materia di assistenza sociale e sanitaria, di formazione e politiche attive del lavoro, istruzione, edilizia residenziale pubblica e sulle funzioni degli enti locali, in contrasto con gli artt. 117, co. 3 e 4, 118 e 119 Cost<sup>106</sup>.

Al contrario, la Corte costituzionale ha considerato le questioni sollevate dalle Regioni meramente «ipotetiche ed eventuali», non potendosi dimostrare «l'illegittimo condizionamento indiretto delle competenze regionali denunciato nei ricorsi»<sup>107</sup>. L'effettiva portata dei nuovi permessi speciali, a suo parere, potrà essere valutata solo in fase applicativa, avuto riguardo alla prassi amministrativa e alla giurisprudenza dettata nei singoli casi concreti. L'interpretazione e l'applicazione dei nuovi istituti dovranno rispettare la Costituzione e i vincoli internazionali, attraverso un'interpretazione adeguatrice e costituzionalmente orientata<sup>108</sup>.

In questo senso, com'è stato sottolineato anche dal Presidente della Repubblica nella lettera indirizzata al Presidente del Consiglio dei Ministri il 4 ottobre 2018, in sede di ratifica, seppur non espressamente richiamati nel testo normativo, che ha preferito sopprimerli, restano «fermi gli obblighi costituzionali e internazionali dello Stato», e, in particolare, quanto direttamente disposto nell'art. 10 della Costituzione e quanto discende dagli impegni internazionali assunti dall'Italia<sup>109</sup>.

L'applicazione conforme a Costituzione in sede amministrativa e giudiziaria<sup>110</sup> potrebbe quindi ridurre il paventato effetto restrittivo rispetto alla disciplina previgente, contenendolo entro margini costituzionalmente accettabili. In caso contrario, se ciò non accadesse, la

---

<sup>106</sup> Corte cost., sent. 194/2019, Considerato in diritto n. 7.

<sup>107</sup> *Ivi*, Considerato in diritto n. 7.8.

<sup>108</sup> *Idem*. In tal senso, secondo M. BENVENUTI, *Il dito e la luna. La protezione delle esigenze di carattere umanitario degli stranieri prima e dopo il decreto Salvini*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 1, 2019, 1-39. In particolare, sulla possibilità di realizzare un'interpretazione adeguatrice, v. p. 19. Secondo l'A. l'esplicitazione all'art. 5, co. 6, del T.U. in materia di immigrazione dei «seri motivi, in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano», per quanto opportuna, non costituirebbe un'operazione costituzionalmente necessaria. Di conseguenza, da questo punto di vista, l'art. 1, co. 1, lett. b), n. 2, e 6, lett. b), del decreto Salvini non sarebbe in sé tacciabile di illegittimità costituzionale. Infatti, sarebbe possibile fornire un'interpretazione costituzionalmente conforme, adeguatrice o orientata di detta riforma dei nuovi permessi speciali. Il fatto che tale esplicitazione all'interno di atti normativi di rango primario e secondario degli obblighi costituzionali e internazionali possa determinare, come per incanto, una loro scomparsa o anche solo una loro attenuazione, sarebbe un esercizio di fantasia giuridica, «espressione di infantilismo giuridico, pari a quello di chi, come nell'antica favola orientale, guarda il dito che indica la luna, cioè la legge, e non la luna, cioè la Costituzione» (p. 17). Al riguardo, si rinvia anche a *Id.*, *Audizione resa il 16 ottobre 2018 innanzi all'Ufficio di Presidenza della Commissione 1a (Affari costituzionali) del Senato della Repubblica nell'ambito dell'esame del disegno di legge recante Conversione in legge del decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 3, 2018, 165-171.

<sup>109</sup> Corte cost., sent. 194/2019, cit., Considerato in diritto n. 7.8.

<sup>110</sup> Un passo avanti in questo senso è stato fatto dalla Cass., SU, civ., nn. 29459, 29460/19, 29461, 13 novembre 2019, in cui ha confermato l'irretroattività delle nuove disposizioni in materia di tutela umanitaria, sostenendo che i presupposti per il riconoscimento del permesso umanitario vanno accertati sulla base della disciplina esistente al momento della presentazione della domanda che si formalizza con il modulo C3. Di conseguenza, alle domande presentate prima dell'entrata in vigore delle nuove norme (5 ottobre 2018) si applicherebbe il regime antecedente, previsto all'art. 5, co. 6, T.U. in materia di immigrazione. Al riguardo, si rinvia a: F. BIONDI DAL MONTE, *Quanto siamo umani(tari)? Le Sezioni Unite sul decreto sicurezza*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2020, 151-154.

Corte costituzionale ha lasciato comunque aperta la strada del ricorso in via incidentale, al fine di valutare la legittimità di detta disposizione<sup>111</sup>.

Le nuove fattispecie, infatti, possono essere oggetto di un'interpretazione estensiva, che dipenderà dalle circostanze particolari del caso concreto e dall'empatia del giudice. Basti pensare all'importanza che potrebbe assumere nell'attuale contesto post-pandemia il permesso speciale di soggiorno temporaneo per calamità, il quale deve essere rilasciato dal questore agli stranieri il cui Paese di origine verso il quale dovrebbe fare ritorno «versa in una situazione di contingente ed eccezionale calamità che non consente il rientro e la permanenza in condizioni di sicurezza»<sup>112</sup>.

In questo senso, come osserva Bonetti<sup>113</sup>, la pandemia potrebbe essere l'occasione per applicare in modo generalizzato questo permesso. Molti migranti in situazione irregolare, a causa della chiusura delle frontiere e dei porti, si trovano bloccati in Italia, e il permesso per calamità potrebbe costituire una soluzione per favorire la progressiva seppur temporale integrazione di queste persone, configurandosi come un'alternativa alla regolarizzazione. Il procedimento per ottenerlo è semplice, abbastanza rapido, spettando al questore il rilascio, e consente di svolgere attività lavorativa e di iscriversi al sistema sanitario nazionale. Inoltre, nonostante abbia una durata solo di sei mesi, rinnovabile per altri sei, e non possa essere convertito in un permesso di soggiorno per motivi di lavoro, potrebbe essere convertito, ad esempio, in un permesso di soggiorno per altri motivi.

#### **4.3. La politica dei «porti chiusi» e il conseguente pericolo di strumentalizzazione dell'emergenza sanitaria**

La pandemia derivante dalla diffusione del Covid-19 è stata l'occasione per consolidare la politica dei porti chiusi<sup>114</sup>, inaugurata con il *memorandum* Italia-Libia e formalizzata prima nel decreto 53/2019 e più recentemente nelle misure adottate per affrontare l'emergenza sanitaria. Il presente decreto, convertito in legge n. 77/2019, che s'inquadra nel pacchetto di misure dirette a ridurre i flussi migratori, costituisce la risposta dell'Italia all'isolamento in cui gli Stati UE hanno lasciato questo Paese negli ultimi anni. Il fallimento

---

<sup>111</sup> Corte cost., sent. 194/2019, cit., Considerato in diritto n. 7.8.

<sup>112</sup> Mentre il permesso di soggiorno per calamità (art. 20-bis T.U. in materia di immigrazione) è una misura individuale, la protezione temporale è una misura collettiva adottata con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri d'intesa con i Ministri degli Affari Esteri, dell'Interno, per la Solidarietà Sociale, e con gli altri Ministri eventualmente interessati, per rilevanti esigenze umanitarie, in occasione di conflitti, disastri naturali o altri eventi di particolare gravità in Paesi non appartenenti all'Ue (art. 20 T.U. in materia di immigrazione).

<sup>113</sup> In questo senso, v. P. BONETTI, *Gli effetti giuridici della pandemia del Coronavirus sulla condizione degli stranieri*, in *Federalismi.it, Osservatorio Emergenza Covid-19*, 1, 2020, 1-37. Sul punto, v. in particolare, pp. 33 ss. Secondo l'A., «Nessuna controindicazione impedisce di praticare questa via legittima, veloce e semplicissima, oltre che utile a tutti: sia agli stranieri (che potrebbero regolarizzarsi quasi tutti e immediatamente e dunque lavorare subito con chiunque, senza restare in condizione di sfruttabilità e di timore), sia agli italiani (che vedrebbero attuate le misure sanitarie)» (p. 36).

<sup>114</sup> A. ALGOSTINO, *Delocalizzazione della tortura e «tortura di Stato». Tra accordi di riammissione, esternalizzazione delle frontiere e chiusura dei porti*, in F. PEROCCO (a cura di), *Tortura e migrazioni. Torture and Migration*, Venezia, Ed. Cà Foscari, 2019, 93-114.

del piano di ricollocazione, la situazione d'*impasse* dei due pacchetti di riforma del CEAS e la poca disponibilità a raggiungere anche solo accordi settoriali per istituire una sorta di cooperazione rafforzata hanno favorito lo sviluppo di una politica restrittiva<sup>115</sup> nei confronti degli stranieri in situazione irregolare e dei richiedenti protezione, che sono le persone più deboli e vulnerabili.

In conformità con la legge n. 77/2019 recante disposizioni urgenti in materia di ordine e sicurezza pubblica, «il Ministro dell'Interno, Autorità nazionale di pubblica sicurezza», nell'esercizio delle funzioni per il coordinamento unificato dei controlli sulla frontiera marittima e terrestre italiana, «nel rispetto degli obblighi internazionali dell'Italia, può limitare o vietare l'ingresso, il transito o la sosta di navi nel mare territoriale», «per motivi di ordine e sicurezza pubblica», in particolare quando si violi la normativa in materia d'immigrazione e quando si commetta il reato di «favoreggiamento dell'immigrazione clandestina»<sup>116</sup>.

Questa disposizione ha prodotto la chiusura dei porti italiani alle navi delle Ong che soccorrono i migranti, imponendo sanzioni in caso di forzatura del blocco navale<sup>117</sup>, come avvenuto a giugno del 2019 presso le coste di Lampedusa nel noto caso *Carola Rackete*<sup>118</sup>, il capitano della *Sea Watch* entrato nel porto, la quale fu arrestata e sottoposta a indagine per i reati di resistenza o violenza contro nave da guerra (art. 1100 cod. nav.) e resistenza a pubblico ufficiale (art. 337 c.p.).

La Corte di Cassazione si è pronunciata su questa vicenda in un'interessante sentenza, depositata il 20 febbraio 2020<sup>119</sup>, poco prima dell'esplosione dell'emergenza sanitaria, in cui ha rigettato il ricorso della Procura di Agrigento, confermando il diniego della convalida dell'arresto in flagranza disposto dal giudice per le indagini preliminari (G.I.P.). Secondo la Corte di Cassazione, la Sra. Rackete avrebbe agito in presenza di una causa di giustificazione. L'adempimento del dovere di soccorso l'avrebbe indotta, infatti, a disattendere il divieto disposto dal Ministro dell'Interno (art. 51 c.p.).

In questa pronuncia si osserva che il dovere di soccorso in mare non è un semplice principio riconosciuto negli accordi internazionali ratificati dall'Italia<sup>120</sup>, ma sarebbe piuttosto

---

<sup>115</sup> O. GIOLO, *Sul diritto fondamentale di asilo. Sviluppi recenti e preoccupanti del rapporto tra diritto e narrazione in Italia*, in *Ragion pratica*, 53, 2019, 517-533.

<sup>116</sup> Art. 11, co. 1-ter, legge n. 77/2019.

<sup>117</sup> Di fronte all'inadempimento del comandante della nave si prevede una sanzione che va da un minimo di 150.000 euro a 1.000.000 di euro. Per il comandante della nave è previsto l'arresto in flagranza nel caso in cui incorre nel delitto di resistenza o violenza contro nave da guerra (art. 1100 del codice della navigazione).

<sup>118</sup> Negli ultimi anni vi sono stati vari episodi che hanno creato forti momenti di tensione: dal caso *Aquarius* (2018), conclusosi, dopo il rifiuto del Governo italiano e di quello maltese, con lo sbarco nel porto di Valencia, al caso della ONG *Lifeline* (2019) riscattata dalla Germania, al caso *Diciotti* o a quello della nave *Sea Watch*. Sul dovere di soccorso, v. M. STARITA, *Il dovere di soccorso in mare e il diritto di obbedire al diritto (internazionale) del comandante della nave privata*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 13, 1, 2019, 5-47. Sul caso della *Sea Watch*, si rinvia a: A. DEL GUERCIO, *Il caso della Sea-Watch 3 tra obblighi di diritto del mare, diritti umani e tutela dell'infanzia*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 13, 2, 2019, 331-362.

<sup>119</sup> Corte di Cass, sez. III, sent. n. 6626, 20 febbraio 2020 (ud. 16 gennaio 2020).

<sup>120</sup> *Ivi*, par. 9. Tra le fonti pattizie in questo ambito ratificate dall'Italia è opportuno fare riferimento ai seguenti testi: la Convenzione per la salvaguardia della vita umana in mare, SOLAS- Safety of Life at Sea, Londra, 1974, ratificata dall'Italia con legge n. 313 del 1980 (GU Serie Generale n. 190, 12.7.1980 - Suppl. Ordinario n. 2); Convenzione SAR di Amburgo del 1979, resa esecutiva dall'Italia con legge n. 147 del 1989 (GU Serie Generale n. 97, 27.4.1989 - Suppl. Ordinario n. 31) e alla quale è stata data attuazione con il D.P.R. n. 662 del 1994

una «norma di diritto internazionale generalmente riconosciuta e pertanto direttamente applicabile nell'ordinamento interno, in forza del disposto di cui all'art. 10, co. 1, Cost.»<sup>121</sup>. Il «rango costituzionale» impedirebbe, infatti, che detto principio possa essere abrogato o limitato per legge, essendo pertanto illegittimo l'arresto della Sra. Rackete (art. 285 c.p.p.)<sup>122</sup>.

Dall'obbligo di soccorso in mare discenderebbe anche il dovere di sbarcare i migranti in un porto sicuro<sup>123</sup>. Per l'Italia, il c.d. *place of safety* è determinato dall'Autorità SAR in coordinamento con il Ministero dell'Interno. Una nave in mare non rientrerebbe in tale categoria, poiché oltre ad essere soggetta agli eventi meteorologici avversi, non permette il rispetto dei diritti fondamentali delle persone soccorse. Né può considerarsi compiuto il dovere di soccorso con il salvataggio dei naufraghi sulla nave e con la loro permanenza su di essa, poiché tali persone hanno diritto di presentare domanda di protezione internazionale secondo la Convenzione di Ginevra del 1951, operazione che non può essere realizzata sulla nave<sup>124</sup>.

In tal modo, la Corte di Cassazione vincola il dovere di soccorso al diritto costituzionale di asilo, garantito all'art. 10, co. 3, Cost.. Sulla scorta di quanto disposto nel provvedimento del G.I.P. realizza un'interpretazione di sistema «costituzionalmente orientata»<sup>125</sup>, in cui chiarisce la portata e gli elementi essenziali del contenuto del dovere di soccorso e del contestuale obbligo di indicare un porto sicuro e specifica che il salvataggio e lo sbarco in detto porto costituirebbero il momento in cui tale obbligo può considerarsi compiuto. Nel caso di specie le autorità che avevano proceduto all'arresto avrebbero dovuto percepire l'esistenza di una scriminante di questo tipo, a seguito di una valutazione non solo dei pre-

---

(GU Serie Generale n. 281, 1.12.1994); la Convenzione UNCLOS delle Nazioni Unite sul diritto del mare, stipulata a Montego Bay nel 1982 e recepita dall'Italia dalla legge n. 689 del 1994 (GU n. 295, 19.12.1994 - Suppl. Ordinario n. 164).

<sup>121</sup> Corte di Cass., sez. III, sent. n. 6626, par. 9.

<sup>122</sup> In tal senso, v. R. BIN, *Il «caso Rackete»: una sentenza importante della Cassazione*, in *laCostituzione.info*, 1.3.2020. Su questa sentenza v. anche i seguenti studi: L. MASERA, *La Cassazione sul caso Rackete: la strategia dei porti chiusi è contraria alla disciplina dei soccorsi in mare*, in *Questione Giustizia*, 26.2.2020; S. ZIRULLIA, *La Cassazione sul caso Sea Watch: le motivazioni sull'illegittimità dell'arresto di Carola Rackete*, in *Sistema Penale*, 24.2.2020.

<sup>123</sup> A questo proposito, v. punto 3.1.9 della citata Convenzione SAR. Le Linee guida sul trattamento delle persone soccorse in mare (Ris. MSC.167-78, 2004), allegata alla Convenzione SAR, dispongono che il Governo responsabile per la regione SAR in cui sia avvenuto il recupero è tenuto a fornire un luogo sicuro o ad assicurare che esso sia fornito. Secondo le citate Linee guida «un luogo sicuro è una località dove le operazioni di soccorso si considerano concluse; dove la sicurezza dei sopravvissuti o la loro vita non è più minacciata; le necessità umane primarie (come cibo, alloggio e cure mediche) possono essere soddisfatte; e può essere organizzato il trasporto dei sopravvissuti nella destinazione vicina o finale» (par. 6.12). «Sebbene una nave che presta assistenza possa costituire temporaneamente un luogo sicuro, essa dovrebbe essere sollevata da tale responsabilità non appena possano essere intraprese soluzioni alternative» (par. 6.13).

<sup>124</sup> A ulteriore conferma di tale interpretazione è utile richiamare la risoluzione n. 1821 del 21 giugno 2011 del Consiglio d'Europa (L'intercettazione e il salvataggio in mare dei domandanti asilo, dei rifugiati e dei migranti in situazione irregolare), secondo cui «la nozione di «luogo sicuro» non può essere limitata alla sola protezione fisica delle persone ma comprende necessariamente il rispetto dei loro diritti fondamentali» (punto 5.2.) che, pur non essendo fonte diretta del diritto, costituisce un criterio interpretativo imprescindibile del concetto di «luogo sicuro» nel diritto internazionale.

<sup>125</sup> F. MODUGNO, *A volte ritornano (i porti chiusi): la Cassazione sul caso Sea Watch alla prova del Covid-19*, in *Giurisprudenza Penale*, 23.4.2020, 1-33. In particolare, v. p. 20.

supposti giuridici ma anche della singolarità della vicenda e delle concrete circostanze di fatto, le quali erano idonee a escluderne la rilevanza penale, in termini di ragionevolezza<sup>126</sup>.

Questa posizione mostra un'indubbia apertura verso una maggiore tutela dei diritti dei migranti in conformità con gli standard previsti a livello internazionale ed europeo, che l'Italia è tenuta a rispettare ai sensi degli articoli 10 e 117 Cost. Sebbene in tale contesto la Guardia di Finanza si fosse limitata a conformarsi al diniego del Ministro dell'Interno, da cui dipende amministrativamente, nel caso di specie la Corte di Cassazione si è spinta sino ad elaborare un'eccezione, facendo prevalere nel bilanciamento dei diversi interessi in gioco il diritto alla vita dei migranti, di cui l'obbligo di soccorso in mare e di sbarco in un porto sicuro sarebbero espressione, sull'interesse dello Stato *de quo* al controllo dei flussi migratori<sup>127</sup>.

Subito dopo questa pronuncia, è tuttavia sopraggiunta la crisi sanitaria del Covid-19, che ha offerto l'occasione per chiudere in modo immediato il sistema, dalle frontiere ai porti, strumentalizzando lo stato di emergenza, dichiarato dal Governo italiano il 31 gennaio 2020<sup>128</sup>. In questa cornice il Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti, di concerto con il Ministro degli Esteri, con il Ministro dell'Interno e con il Ministro della Salute ha adottato il decreto interministeriale n. 150 del 7 aprile 2020<sup>129</sup>. Questa misura prevede che nei «casi di soccorso effettuati da parte di unità navali battenti bandiera straniera al di fuori dell'area SAR italiana», «per l'intero periodo dell'emergenza sanitaria derivante dalla diffusione del virus COVID-19, i porti italiani non assicurano i necessari requisiti per la classificazione e definizione di *Place of Safety*»<sup>130</sup>.

Detto provvedimento presenta importanti profili di criticità sia dal punto di vista formale sia materiale. Dal punto di vista formale, ci troviamo di fronte ad un atto amministrativo, pertanto di rango secondario, che incide gravemente su materie coperte dalla riserva di legge e disciplinate da Convenzioni internazionali che non sono derogabili da atti discrezionali di singoli ministri<sup>131</sup>. Dal punto di vista contenutistico, sebbene apparentemente volto a salvaguardare la tenuta del sistema sanitario, partendo dal presupposto che potrebbe essere compromesso dall'arrivo di persone considerate possibili portatrici del coronavirus, in realtà il

---

<sup>126</sup> In tal senso, v. R. BIN, *op. cit.*, secondo cui «Questo è un punto di grande importanza, perché mette in relazione il fatto di salvare la vita di un naufrago con l'esigenza di assicurargli l'esercizio del suo *diritto costituzionale* di chiedere l'asilo politico in Italia (at. 10, co. 3, Cost.). Siamo dunque dentro una gabbia di tutele costituzionali che nessuna legge, regolamento, circolare o *tweet* ministeriale può derogare».

<sup>127</sup> Analizza «l'inversione prospettica» della Corte di Cassazione F. MODUGNO, *op. cit.*, p. 20 ss., secondo cui «Nel bilanciamento tra tutela del diritto alla vita, di cui l'obbligo di soccorso in mare e di conduzione a terra non è altro che semplice corollario, ed esigenze di politica interna tese al controllo dei flussi migratori da parte dello stato costiero, sancisce la Suprema Corte che non vi possono essere margini di incertezza, nemmeno a fronte di un provvedimento dai dubbi connotati di legittimità» (p. 21).

<sup>128</sup> Delibera del Consiglio dei Ministri, 31 gennaio 2020, Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili (GU Serie Generale n. 26, 1.2.2020).

<sup>129</sup> Al riguardo, v. A. M. PELLICONI e M. GOLDONI, *La banalità dei porti chiusi per decreto. Osservazioni sui profili di legittimità del decreto interministeriale 150/2020*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2, 2020, 219-231.

<sup>130</sup> Il Tar Lazio, sez. III, dec., n. 3066, 23 aprile 2020, si è espresso sul ricorso promosso dall'Associazione Arci, considerando che il decreto interministeriale in questione non deve essere sospeso.

<sup>131</sup> Su questo punto v. F. VASSALLO PALEOLOGO, *Il governo inasprisce il decreto sicurezza bis di Salvini e criminalizza il soccorso umanitario*, in *www.meltingpot.org*, 8.4.2020.

presente decreto ministeriale pare utilizzare la crisi sanitaria per impedire lo sbarco in un porto italiano dei naufraghi soccorsi dalle ONG. Non si può, infatti, trascurare che anche le misure anti-Covid-19 devono superare il test di proporzionalità, contemperando i distinti interessi in gioco. Il contenimento della diffusione del virus non può comprimere il nucleo essenziale dei diritti di queste persone, annullandoli<sup>132</sup>.

È, quindi, opportuno chiedersi se in quel momento il sistema sanitario fosse davvero a rischio e se la salute dei residenti sarebbe stata pregiudicata dall'entrata nel territorio italiano dei migranti sulle navi o se, piuttosto, la negazione del soccorso e l'inadempimento del dovere di cooperare, per contenere l'espansione del virus, siano delle misure eccessive, criticabili sotto il profilo della necessità e proporzionalità e destinate a violare diritti fondamentali, riconosciuti sia a livello costituzionale ed europeo sia nei principali accordi internazionali ratificati dall'Italia.

Questo provvedimento, servendosi della crisi sanitaria per giustificare l'inadempimento del dovere di soccorso, che costituisce una norma di diritto internazionale generalmente riconosciuta e pertanto direttamente applicabile nell'ordinamento interno e avente rango costituzionale, ai sensi di quanto disposto all'art. 10, co. 1, Cost., è suscettibile di ledere numerosi diritti, altrettanto fondamentali<sup>133</sup>. Dalla violazione del dovere inderogabile di salvataggio degli stranieri a bordo di una nave deriva altresì la violazione del diritto alla salute (art. 32 Cost.), del divieto di trattamenti inumani o degradanti (art. 3 Cedu), del diritto alla vita (art. 2 Cedu), del diritto di chiedere asilo (art. 10, co. 3, Cost.), che nell'ordinamento italiano è un diritto soggettivo perfetto, del principio di non respingimento (*non-refoulement*, art. 33, Convenzione di Ginevra sui rifugiati), del divieto di realizzare espulsioni collettive (art. 19 della Carta e art. 4 del Protocollo n. 4 della CEDU) e del divieto di discriminazione per ragioni di nazionalità (art. 3 Cost. it.).

Inoltre, è opportuno considerare che, sotto il profilo della necessità, l'aumento dei casi di coronavirus, che ha investito di nuovo il continente europeo, dal mese di agosto, non pare che sia stato provocato in modo esclusivo dall'incremento del numero di migranti giunti in Italia, quanto piuttosto dal ripristino della mobilità e del turismo. Ciononostante, non si possono trascurare le pessime condizioni dei centri di accoglienza, i quali non riescono a garantire condizioni di vita minime, rischiando di divenire dei pericolosi focolai. Ad ogni modo, la questione relativa allo stato di queste strutture è un problema risalente e ben noto, che ora più che mai sarebbe necessario affrontare.

---

<sup>132</sup> A. ALGOSTINO, *Lo stato di emergenza sanitaria e la chiusura dei porti: sommersi e salvati*, in *Questione giustizia*, 21.4.2020, 1-13.

<sup>133</sup> *Ivi*, p. 8. Secondo l'A., «Nel nome del diritto alla salute di una persona non può essere sacrificato il diritto alla salute, o il divieto di trattamenti inumani o degradanti, quando non il diritto alla vita, di un'altra (e se scelte tragiche si dovessero porre, non è certo la nazionalità della persona o la bandiera della nave un criterio legittimo). L'emergenza sanitaria non deve comportare un arroccamento nazionalista, essere l'occasione, una volta di più, per discriminare nella tutela dei diritti umani, rendendo mera retorica i diritti universali o tramutandoli in privilegi del cittadino, veicolando l'idea che alcuni siano "più meritevoli", "più umani", di altri» (p. 8).

Poco dopo, in questa cornice, è stato adottato anche il decreto di protezione civile n. 1287 del 12 aprile 2020<sup>134</sup>, che ha autorizzato l'utilizzo di «navi quarantena», su cui trasferire i migranti soccorsi in mare per i quali non è possibile indicare un luogo sicuro, per lo svolgimento del periodo di sorveglianza sanitaria, che può essere indefinito. Ai sensi di questo decreto il Capo di Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione del Ministero dell'Interno sarebbe considerato soggetto attuatore. Si tratta di una fonte di rango secondario, con cui è stato derogato il dovere di soccorso e salvataggio in mare (*search and rescue*), costituendo un'eccezione all'obbligo di indicare un porto sicuro. Tale normativa sarebbe applicabile ai soccorsi realizzati dalle ONG con bandiera straniera, al di fuori della zona SAR italiana. Il caso della nave Alan Kurdi e Aita Mari costituiscono le prime applicazioni di questa normativa. Anche se il provvedimento in questione limita i diritti dei migranti, si è cercato di contemperarli con la necessità di affrontare la contingente emergenza sanitaria, non arrivando apparentemente ad annullarne il contenuto essenziale. E', tuttavia, dubbia l'effettività di questa misura, considerando le condizioni fisiche e psicologiche in cui si trovano queste persone.

## 5. Quali prospettive per i diritti fondamentali dei richiedenti protezione internazionale?

La crisi sanitaria derivante dal Covid-19 non pare essere una situazione di emergenza con effetti meramente transitori. La sua gravità, la forza e la velocità, con cui questo virus si è diffuso a livello globale e, soprattutto, l'incertezza del suo evolversi e delle conseguenze che ne deriveranno, di cui non si può conoscere la portata, da una parte, hanno riconfermato le carenze strutturali del CEAS e in generale della politica europea in materia di immigrazione, mettendolo a dura prova; dall'altra, hanno offerto alla maggior parte dei Paesi colpiti, come l'Italia e la Spagna, l'occasione per legittimare l'introduzione di misure restrittive dei diritti fondamentali, *in primis* della libertà di circolazione.

Ciononostante, non si può trascurare che questa crisi, che ha assunto «le caratteristiche proprie dei grandi processi globali di questo secolo»<sup>135</sup>, potrebbe e dovrebbe costituire soprattutto un'opportunità per mostrare la resilienza dell'UE e dei suoi Stati membri, promuovendo l'adozione delle riforme da tempo auspiccate, innanzitutto quella del regolamento di Dublino III. Da tali riforme dipendono, infatti, la tenuta dello spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia e la sopravvivenza dell'UE. Si tratta in questo senso di una questione fondamentale.

---

<sup>134</sup> Decreto del Capo Dipartimento n. 1287, 12 aprile 2020. Nomina del soggetto attuatore per le attività emergenziali connesse all'assistenza e alla sorveglianza sanitaria dei migranti soccorsi in mare ovvero giunti sul territorio nazionale a seguito di sbarchi autonomi nell'ambito dell'emergenza relativa al rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili.

<sup>135</sup> F. BALAGUER CALLEJÓN, *Solidarietà dimenticata: il fallimento della narrazione pubblica sul coronavirus*, in *laCostituzione.info*, 20.3.2020.

L'emergenza sanitaria non può essere l'opportunità per approfittare di un contesto, caratterizzato da una «narrativa insolidale»<sup>136</sup>, che rischia di condurre all'adozione di politiche sempre più restrittive e a una generale chiusura del sistema, consolidando tendenze involutive già presenti da tempo, ancor prima dell'emergenza sanitaria. È evidente che di fronte all'emergenza i governi nazionali sono legittimati ad adottare misure eccezionali, *extra ordinem*, limitando l'ambito di esercizio dei diritti. Da questo punto di vista, non sono criticabili le restrizioni imposte fino a questo momento alla mobilità sia dei cittadini Ue sia delle persone provenienti dai Paesi terzi a tutela della salute pubblica.

Questo, tuttavia, non autorizza a utilizzare detta crisi come pretesto per ledere il contenuto essenziale dei diritti dei migranti in situazione irregolare e dei richiedenti protezione internazionale: dal diritto alla vita, al diritto alla salute, al divieto di torture e trattamenti disumani e degradanti, alla libertà personale e più in generale al diritto all'eguaglianza. In Italia, ad esempio, la necessità di gestire da sola gli importanti flussi migratori in entrata, a causa dell'indifferenza degli Stati membri, ha favorito lo sviluppo di una politica restrittiva. In modo analogo, anche in Spagna, la criticabile pratica dei respingimenti alla frontiera risponde al bisogno di affrontare un contesto migratorio difficile da controllare. Di fronte alla difficoltà di elaborare una soluzione condivisa e solidale, gli Stati in prima linea hanno preferito la chiusura del sistema, al fine di evitarne il collasso.

Quali prospettive, quindi, per la politica migratoria a livello europeo e per assicurare la tutela degli stranieri bisognosi di protezione internazionale nel contesto post-pandemia? Purtroppo, le conseguenze del Covid-19, le quali contribuiranno ad accentuare le differenze, fanno presagire uno scenario negativo, che favorirà lo sviluppo di società ancor più chiuse, insolidali, caratterizzate dall'introduzione di maggiori limitazioni e dall'adozione di misure sempre più invasive, funzionalmente orientate a controllare e, pertanto, a ridurre i nostri spazi di libertà in nome della necessità di proteggerci dai presunti nemici dell'ordine giuridico costituito.

Questo scenario si potrebbe evitare solo se l'UE decidesse di intervenire, con una riforma incisiva sia del CFS sia del CEAS. La corretta gestione di questi sistemi richiede l'adozione di una cornice normativa armonizzata<sup>137</sup>, funzionale al «coordinamento» dell'azione degli Stati membri. L'interpretazione in via analogica realizzata dalla Commissio-

---

<sup>136</sup> *Idem.*

<sup>137</sup> F. CASOLARI, *Prime considerazioni sull'azione dell'Unione ai tempi del Coronavirus*, in *Eurojus.it*, 1, 2020, 95-106. Secondo l'A. il Trattato di Lisbona pare aver recepito tale indicazione, riferendosi ad «azioni intese a sostenere, coordinare e completare l'azione degli Stati membri» (art. 6 TFUE). Esse, in altre parole, costituiscono un diaframma che si interpone tra le competenze proprie dell'Unione (esclusive o concorrenti che siano) e quelle dei suoi Stati membri. Ora, non vi è dubbio che l'operato dell'Unione europea incontri in tali ambiti dei limiti strutturali, a partire dal già ricordato divieto di adozione di misure di armonizzazione. Sarebbe tuttavia frettoloso concludere che ciò non consenta di incidere – anche significativamente – sulla condotta degli Stati membri. L'analisi condotta in questo lavoro sembra indicare semmai il contrario: il valore aggiunto, tutt'altro che trascurabile, delle misure adottate sul piano sovranazionale sta proprio nel contributo da esse fornito alla ricostruzione di obblighi di coordinamento per i Paesi UE nel caso di emergenze (sanitarie); obblighi che dovrebbero facilitare il coagularsi di una risposta comune nei confronti dell'evento calamitoso, contribuendo per tale via – anche attraverso forme di armonizzazione volontaria e misure di condizionalità finanziaria – a ridurre le differenze tra le politiche nazionali espresse dai singoli Paesi» (p. 105).

ne nelle sue linee guida per «assistere gli Stati» e aiutarli ad adattare il quadro giuridico, facilitandone la migliore condivisione<sup>138</sup>, seppur interessante e utile, dimostra la necessità di sopperire alle carenze di tali sistemi, tra cui l'assenza di un procedimento comune per limitare sia la libertà di circolazione nel caso dei controlli alle frontiere interne sia per gestire le frontiere esterne al fine di contenere la diffusione del virus<sup>139</sup>.

I negoziati aventi a oggetto la riforma del CEAS dovrebbero riattivarsi nel mese di settembre con la presentazione del nuovo patto sulla migrazione e l'asilo. È tuttavia difficile pensare che, nel contesto in cui ci troviamo, caratterizzato dalla forte opposizione dei Paesi del Visegrad in questo ambito, si potranno adottare delle riforme davvero profonde ed incisive, come quelle contenute nei due pacchetti elaborati dalla Commissione nel 2016, così come modificati nel seno del Parlamento europeo. L'esecutivo di Ursula von der Leyen questa volta probabilmente otterrà l'appoggio necessario, a discapito però dei livelli di tutela dei migranti e di un approccio ispirato al principio di solidarietà e di equa distribuzione delle responsabilità.

La necessità di alleviare la pressione sugli Stati di prima linea, attraverso meccanismi di distribuzione dei richiedenti asilo, basati su parametri oggettivi e vincolanti per tutti gli Stati membri, anche se necessaria, si scontrerà di nuovo con l'opposizione di determinati Stati. Lo stesso avverrà con la revisione dei criteri di determinazione dello Stato membro responsabile di esaminare le domande di protezione, in particolare quello dello Stato di primo arrivo (regolamento Dublino III)<sup>140</sup>, che il rapporto Wikström<sup>141</sup>, invece, intendeva sopprimere, considerandolo contrario al principio di solidarietà. Il rispetto dei diritti di queste persone, infatti, non spetta solo allo Stato membro di accoglienza ma è una questione che riguarda anche l'Ue e gli altri Stati membri.

---

<sup>138</sup> Commissione europea, Comunicazione: Covid-19. Linee guida sull'attuazione delle disposizioni dell'UE nel settore delle procedure di asilo e di rimpatrio e sul reinsediamento, cit..

<sup>139</sup> In tal senso, v. M. BORRACETTI, *op. cit.*, 436, che rinvia a CASOLARI, *op. cit.*, considera che «per giustificare restrizioni della libertà di circolazione delle persone intraeuropea o dall'estero, non andrebbe trascurata l'opportunità di un espresso coordinamento con la valutazione del rischio svolta nel caso di gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero (dec. n. 1082/2013)» «o con il Centro europeo per la prevenzione e il controllo delle malattie».

<sup>140</sup> Al riguardo, G. MORGESE, *La riforma del sistema Dublino: il problema della condivisione delle responsabilità*, in *Diritto pubblico*, 1, 2020, 97-115, conclude che, sebbene «le ricollocazioni siano una strada forse giusta in linea di principio», si sono «rivelat[e] di certo povera di risultati concreti. A nostro avviso, altre strade più produttive sono ipotizzabili (completa eliminazione dei criteri del sistema Dublino, istituzione dei visti umanitari europei obbligatori, libera circolazione dei soli beneficiari della protezione internazionale attraverso il mutuo riconoscimento delle decisioni positive, e infine riduzione del periodo di tempo per acquisire lo status di lungo soggiornanti e/o libertà di circolazione "qualificata" dei beneficiari della protezione internazionale), ma, come per tutte le questioni "sensibili", vi deve essere la volontà politica degli Stati di percorrerle fino in fondo, altrimenti il principio di solidarietà dell'art. 80 TFUE resterà sempre lettera morta» (p. 114).

<sup>141</sup> Progetto di risoluzione legislativa del Parlamento europeo sulla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide (rifusione) (COM(2016)0270 – C8-0173/2016 – 2016/0133(COD)), A8-0345/20176, 6.11.2017. Commissione per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni, Relatore: Cecilia Wikström.