
ADiM BLOG
Aprile 2022
EDITORIALE

Il diritto d'asilo in Europa e l'eterogenesi dei fini

Daniela Vitiello

Ricercatrice di Diritto dell'Unione europea
Università della Tuscia

La realizzazione del Sistema europeo comune d'asilo (SECA) è uno degli ambiti dell'integrazione sovranazionale più esposti al rischio di eterogenesi dei fini.

Secondo la legge di Wundt, i fini dell'azione umana, tanto nella sfera pubblica quanto in quella privata, non coincidono con quelli che la storia realizza, poiché tra i primi e i secondi vengono a fraporsi forze centrifughe derivanti da determinanti oggettive, ma anche da conflitti di natura etico-politica e sociale, produttivi di "effetti secondari", che cadono fuori dal perimetro di controllo dell'agente. Lo sviluppo del diritto d'asilo in Europa sembra risentire in maniera sempre più vistosa di questi effetti secondari, fino a raggiungere conseguenze paradossali, come l'aver creato il più avanzato sistema regionale di protezione internazionale al mondo che però è in grado di garantire l'accesso effettivo all'asilo a un numero via via inferiore di aventi titolo.

Il paradosso dell'eterogenesi dei fini può essere meglio apprezzato in relazione a due tendenze, oggetto di riflessione nelle pagine che seguono: (i) il diffuso riconoscimento della funzione cardinale del principio di non respingimento nell'ambito del SECA e della CEDU e, contestualmente, il progressivo annichilimento della tutela ad esso tipicamente associata; (ii) l'insistenza sulla dicotomia migrante-rifugiato e, contestualmente, l'assimilazione della condizione giuridica del richiedente asilo a quella dell'immigrato irregolare ai fini dell'accesso all'asilo.

(i) Il principio di non respingimento e l'accesso a una tutela effettiva

L'importanza cardinale del divieto di respingimento, quale norma abilitante per l'accesso all'asilo, è ampiamente riconosciuta in Europa. Nessuno degli Stati convenuti dinanzi alla Corte Edu per la violazione del principio ha recentemente contestato non solo l'esistenza, ma anche il contenuto e la portata della norma. Anzi, alcuni dei più creativi tentativi di aggirarla – come l'idea di "frontiera operativa" avanzata dal governo spagnolo nel caso [N.D. e N.T.](#) – hanno preso proprio le mosse dalla constatazione che il principio si applica «to persons who were in danger or faced a risk recognised under international law» (§128). Al contempo, la costruzione del SECA è proceduta di pari passo con l'espansione del principio, che è stato assunto – nell'ordinamento sovranazionale – a fondamento giuridico di un vero e proprio *status* di protezione, sviluppato in funzione sussidiaria rispetto allo *status* di rifugiato.

La fase espansiva del principio di non respingimento nel contesto regionale europeo può collocarsi storicamente nell'arco temporale che intercorre tra le sentenze [Soering](#) e [Hirsi](#) della Corte Edu. In questa fase, il prisma della protezione *par ricochet* si arricchisce, producendo conseguenze di ampio respiro sull'interpretazione dei concetti stessi di *jurisdiction ex art. 1 CEDU* e di *expulsion ex art. 4, prot. 4*. Dal punto di vista procedurale, questa fase è caratterizzata dalla deduzione di obblighi positivi in capo agli Stati parte della CEDU, soprattutto in relazione al *risk assessment* nei casi di comprovata esistenza di situazioni di grave compressione dei diritti CEDU nel paese di destinazione (c.d. *implied knowledge doctrine*, su cui da ultimo [Stoyanova](#)). A tali obblighi, la Corte di Strasburgo associa un'inversione dell'onere della prova del reale timore di subire una condotta vietata dall'art. 3, nonché un grado di effettività dei ricorsi interni particolarmente qualificato ai fini dell'inammissibilità della *requête* ([M.S.S. c. Belgio e Grecia](#), §301 ss.; [E.H. v. France](#), §132 ss.).

Contenuto e portata del principio nel diritto dell'Unione sono stati elaborati sulla scorta di questa giurisprudenza, nonché degli sviluppi dell'obbligo di *non-refoulement* nella cornice della Convenzione di Ginevra e degli adattamenti estensivi necessari per garantirne l'applicazione nelle operazioni congiunte di pattugliamento marittimo (art. 4 reg. 656/2014). Tuttavia, quest'amplessima statuizione del principio è temperata da una ricostruzione parziale e a tratti restrittiva del corollario procedurale della protezione dal respingimento, che – ai sensi del diritto internazionale – dovrebbe comprendere (almeno) l'identificazione, la verifica della sussistenza di un rischio di *refoulement*, l'informazione sulle condizioni di accesso alla protezione e il diritto di accesso a un rimedio effettivo ([UNHCR Handbook](#)). Ne è un esempio l'obbligo di informazione di cui all'art. 8 della [direttiva procedure](#), che è subordinato a una chiara manifestazione della volontà del cittadino del paese terzo di chiedere asilo. O ancora, l'effetto sospensivo automatico del ricorso in appello, che non è garantito, neppure «quando la persona interessata invochi un grave rischio di violazione del principio di non

respingimento» ([X e Y](#)).

Lo iato tra il ruolo cardine che il principio riveste nel SECA e la compressione delle garanzie procedurali ad esso tipicamente associate può essere inteso come uno dei principali “effetti secondari” del processo di armonizzazione della materia dell’asilo a livello dell’Unione. La sua conseguenza è di espandere il margine di discrezionalità statale al punto di consentire il ricorso alla regolazione sovranazionale per ridurre le garanzie previste dagli ordinamenti nazionali a tutela del divieto di respingimento. Una conseguenza che appare paradossale, nella prospettiva di un ordinamento il cui marchio di fabbrica è la capacità garantire la tutela effettiva dei diritti che fanno parte del “patrimonio giuridico” individuale ([van Gend en Loos](#)), assieme alla tutela giurisdizionale piena delle posizioni giuridiche che derivano dal diritto dell’Unione ([Favilli](#); sul correlato *self-restraint* della Corte di giustizia nell’elaborazione di un filone giurisprudenziale autonomo *ex art. 19 CDFUE*, v. [Ferri](#)).

Lo iato tra tutela formale e sostanziale è destinato ad ampliarsi per due ordini di ragioni. Per un verso, perché le proposte di riforme del [SECA](#) e di [Schengen](#) (se approvate) condurranno a un ulteriore “spiazzamento” delle garanzie tipiche del *non-refoulement*, tanto alla frontiera esterna dell’Unione quanto alle frontiere interne degli Stati. Il dispositivo integrato di controllo e filtro, costituito dal sistema degli “accertamenti” pre-ingresso e dalle procedure di frontiera, infatti, si basa proprio sulla disgiunzione dell’attraversamento fisico della frontiera esterna dalle sue conseguenze giuridiche tipiche sul piano del divieto di respingimento, realizzata mediante il ricorso generalizzato e, a certe condizioni, obbligatorio alla *fiction iuris* del non-ingresso ([Cassarino e Marin](#)). Al contempo, nel tentativo di limitare il ricorso alle clausole del Codice frontiere Schengen relative alla reintroduzione dei controlli per motivi di ordine pubblico – sanzionato dalla stessa Corte di giustizia nel recente caso [NW](#) – le frontiere interne rischiano di subire una “metamorfosi funzionale” ([Guild](#)): da snodo per la gestione del traffico transfrontaliero ad avamposto della frontiera esterna per i migranti irregolari «intercettati fuori dalle immediate vicinanze delle frontiere interne» (*cons. 27*).

Per altro verso, la stessa Corte Edu ha oramai consolidato il *revirement* operato a partire dalla “crisi” dei rifugiati del 2015, non solo allineando le proprie posizioni a quelle della Corte di Lussemburgo su questioni “calde”, come la portata extraterritoriale del *non-refoulement* (pensiamo ai visti umanitari nei noti casi [X.X. c. Belgio](#) e [M.N. et al. c. Belgio](#), su cui cfr. [Gatta](#)), ma anche rimodulando il contenuto procedurale tipico della protezione *par ricochet* in funzione di esigenze di sostenibilità amministrativa della gestione integrata delle frontiere esterne e del controllo dei flussi migratori in transito attraverso le stesse.

Tale dinamica è particolarmente interessante in relazione al fenomeno dell’eterogenesi

dei fini. Il contenzioso strategico promosso dalla società civile e da alcune ONG, che ha offerto un indiscusso contributo alla definizione del contenuto procedurale del principio (si pensi a [Khlaifia](#), su cui [Savino](#)), ma anche alla sua estensione a “nuove” forme di *push-back* cooperativo (come le riammissioni informali sulla rotta balcanica, censurate in [M.H. et al. c. Croazia](#), su cui [Astuti et al.](#)), sembra produrre “effetti secondari” anche sulla politica giudiziaria di Strasburgo. Lo svilimento delle garanzie di esame individuale della situazione dello straniero, che si manifesta in [Khlaifia, GC](#) (§248) e si consolida in [Asady e altri c. Slovacchia](#) (sulla quale, [Bufalini](#) in questo blog), è espressione di un approccio sempre più formalistico e deferente, che tenta di contenere le spinte centrifughe degli Stati parte della CEDU per scongiurare un più generale disimpegno in relazione agli obblighi convenzionali. Eppure, così facendo, finisce per concorrere alla più generale degradazione dei diritti alle frontiere, foriera di rischi non troppo diversi da quelli che si tentava di allontanare.

L’effetto di *rebound* del rafforzamento formale del principio di *non-refoulement*, derivante dalla definitiva rinuncia da parte dei governi a un’aperta contestazione della sua rilevanza e precettività nella gestione delle migrazioni in Europa, si traduce dunque in una revisione silenziosa della tutela a esso associata ([Mann](#)). Da questo punto di vista, lo “scisma” tra le due Corti europee in relazione al trattenimento nelle zone di transito è eloquente. Entrambe riconoscono come pienamente operante il principio di *non-refoulement*, condannandone la violazione; tuttavia, solo la Corte di Lussemburgo lo pone realmente in relazione con il diritto a una tutela giurisdizionale effettiva, con la conseguenza di qualificare come detenzione *de facto* la condizione di impossibilità materiale e giuridica di accesso al territorio ai fini dell’asilo ([FMS](#), §223 ss., su cui v. [Marin](#) in questo blog). In un esercizio di estremo (ed estremamente contraddittorio) realismo, i giudici di Strasburgo applicano invece un approccio pragmatico, che capovolge la funzione dell’interpretazione evolutiva dei diritti CEDU: da strumento esegetico di estensione della tutela e aggiornamento della stessa alle sfide del presente ([Tyrer c. Regno Unito](#), §31) a tecnica di riduzione dei diritti a pretese di fatto ([Ilias e Ahmed c. Ungheria](#), GC, §§215-225).

(ii) La dicotomia migrante-rifugiato e l’accesso all’asilo del richiedente “irregolare”

La specificità dello statuto giuridico del rifugiato e la natura dichiarativa dello *status* costituiscono l’altro aspetto chiave dello sviluppo del diritto d’asilo in Europa. La dicotomia migrante-rifugiato, la cui rilevanza nel contesto di flussi misti di massa è stata sovente messa in discussione ([Crawley e Skleparis](#)), ma sempre strenuamente difesa dai governi e dalla stessa [Agenzia Onu per i rifugiati](#), si fonda su due esigenze contrapposte. Per un verso, la constatazione che la protezione internazionale non può essere estesa a tutti e che servono regole certe di selezione dei titolari che consentano di preservare il potere statale di limitare l’accesso al territorio da parte degli stranieri

([Panebianco](#)). Per altro verso, tale dicotomia affonda le proprie radici “umanitarie” nella considerazione che i rifugiati sono un gruppo particolarmente qualificato di stranieri e che l’estensione della protezione internazionale a una platea sempre più ampia di soggetti finirebbe per indebolire la tutela degli stessi rifugiati. Di qui l’esigenza di compendiare protezione e rigore, già evidente nella logica del “doppio binario” inaugurata a Tampere e ribadita dall’Unione in sede di negoziati per i patti globali sulla migrazione e l’asilo ([Vitiello](#)).

Uno dei precipitati tipici di questa dicotomia è l’irriducibilità della condizione giuridica del richiedente asilo a quella del migrante irregolare. Essa deriva dalla natura dichiarativa della protezione internazionale, riconosciuta dalle corti europee in una giurisprudenza invero consolidata ([M.S.S. c. Belgio e Grecia](#); [M.X.X.](#)) e posta a fondamento dell’architettura giuridica del SECA: non soltanto degli *status* “ordinari” (rifugiato e protezione sussidiaria), ma – come sottolineato nelle [linee guida](#) per l’attuazione della recente decisione di esecuzione della [direttiva protezione temporanea](#) – anche in relazione a forme di protezione immediata ed emergenziale (su cui [Savino e Gatta](#), [Porchia](#) in questo blog).

Da questa premessa discendono due corollari: (a) che l’arrivo spontaneo dei richiedenti asilo alle frontiere esterne è condizione fattuale per l’accesso al riconoscimento di uno *status*; (b) che, nei sistemi d’asilo territoriale, l’ingresso non autorizzato dei richiedenti asilo nel territorio statale si situa al di fuori del perimetro del potere sovrano dello Stato di interdizione della migrazione irregolare. Ne consegue che il respingimento dei richiedenti asilo e la penalizzazione del loro ingresso irregolare si pongano *ipso iure* in contrasto con gli obblighi internazionali, europei e nazionali derivanti dalla protezione internazionale.

Eppure, anche in questo caso, la costruzione del SECA come sistema multilivello di protezione internazionale tra i più avanzati del mondo occidentale si scontra con la graduale assimilazione della condizione giuridica del richiedente asilo a quella dell’immigrato irregolare ai fini dell’accesso al territorio (e alla protezione). Anche questo paradosso è in larga misura legato a “effetti secondari” rispetto all’istituzione della politica comune di asilo, ascrivibili alla sua derivazione dall’ex terzo pilastro e all’attribuzione dell’impulso legislativo per lo sviluppo della competenza UE alla Direzione affari interni della Commissione. Le modalità di esercizio del potere di decisione politica in relazione alle materie comunitarizzate con il Trattato di Amsterdam hanno condotto, almeno nella prima fase, a un ampliamento degli spazi di manovra degli Stati in relazione alle politiche migratorie e di controllo del confine (cfr. in tal senso la sentenza [Qurbani](#)). Un *trend* al quale ha fatto seguito la crescente commistione delle politiche di asilo, contrasto all’immigrazione irregolare e controllo delle frontiere esterne, con conseguenze tutt’altro che neutrali rispetto alla dicotomia migrante-rifugiato.

Quest'ultima, pur sempre ribadita e difesa, è stata ridotta alla sua dimensione escludente, con una crescente legittimazione di politiche di deterrenza dell'immigrazione irregolare che adottano un approccio selettivo alla pretesa di accesso al territorio dei richiedenti asilo in funzione della "regolarità" procedurale della presentazione dell'istanza di protezione alle frontiere. È significativo che questo sviluppo non riguardi soltanto la prassi statale, sempre più interessata a tecniche di de-territorializzazione dell'asilo, fondate sulla istituzione di "non luoghi" fittiziamente sottratti alla sfera di signoria statale (si pensi, ad es., alla segregazione dei richiedenti "irregolari" sull'isola di [Lindholm](#) da parte della Danimarca) ovvero sulla delega a Stati terzi (come nel recentissimo [accordo](#) tra il governo britannico e il Ruanda per la riconduzione dei richiedenti asilo "irregolari" nel paese africano).

L'Unione stessa ha abbracciato il canone della "meritevolezza" dell'asilo nel momento in cui ha deciso di rinviare in Turchia i rifugiati siriani giunti irregolarmente sulle coste europee, in cambio di rifugiati giunti regolarmente attraverso i canali aperti dalla [Dichiarazione UE-Turchia](#); canali che, tuttavia, sono stati intesi in funzione alternativa all'arrivo spontaneo dei richiedenti asilo, con conseguente trasformazione del *resettlement* in strumento di gestione del confine ([Bamberg](#)).

La schizofrenia conseguente alla commistione delle politiche di asilo, contrasto all'immigrazione irregolare e sorveglianza frontaliere è altresì evidente nel richiamo alla disciplina dell'attraversamento delle frontiere esterne *ex art. 5* del Codice frontiere Schengen operato dalla Corte Edu nella saga giurisprudenziale che lega a doppio filo il caso [N.D e N.T.](#) (su cui si v. [Fazzini](#) e [Santomauro](#) in questo blog) alla recente pronuncia resa nel caso [A.A. e altri c. Macedonia del Nord](#) (su cui [Schmalz](#)). Pur riconoscendo e confermando il paradigma spaziale e personale della giurisdizione CEDU nella ricostruzione degli obblighi statali in materia di accesso al territorio ai fini dell'asilo, la Corte collega l'abuso del diritto al mancato rispetto degli obblighi previsti dal Codice frontiere in materia di accesso attraverso i valichi autorizzati. In questo modo, introduce surrettiziamente un nuovo requisito formale ai fini dell'accesso alla tutela, il mancato rispetto del quale si traduce – sul piano sostanziale – nello sviluppo di nuove deroghe al divieto di espulsioni collettive (mendiate il c.d. *test* della condotta colposa, sviluppato in *N.D e N.T.*, §173) e – sul piano processuale – nella completa inversione dei ruoli tra ricorrente e convenuto, che impone ai ricorrenti di sopportare l'onere di provare la "meritevolezza" dell'asilo. Il canone della meritevolezza, rendendo inesigibile il *godimento* dei diritti mediante requisiti procedurali relativi alle condizioni di *esercizio* degli stessi, contribuisce all'arretramento complessivo dello stato di diritto alle frontiere.

La fuga dalla *rule of law* e dal rispetto dei requisiti di *due process* viene a compimento in *A.A. e altri c. Macedonia del Nord*, ove la Corte – attraverso una fallace *reductio ad absurdum* – giustifica «*the lack of individual removal decisions*» in base a un creativo

accertamento della *mens rea* dei ricorrenti. Secondo la Corte, «*by participating in the illegal entry onto Macedonian territory (and) taking advantage of the group's large number*», essi avrebbero dimostrato di non avere un interesse specifico all'asilo, quanto piuttosto «*in transiting through (the territory of the respondent State)*». Per questo motivo non avrebbero fatto uso «*of the official entry procedures*», e non in ragione «*of some shortcomings in the asylum procedures and reported pushbacks*», la cui esistenza è, però, espressamente riconosciuta dalla Corte (§§121-123).

Il cerchio dell'eterogenesi dei fini, dunque, si chiude: categorie giuridiche nate per proteggere, come quella di richiedente asilo, si trasformano in "gabbie" del controllo statale, rispetto alle quali la pretesa di tutela dei diritti umani fondamentali è degradata a forma di imperialismo culturale (su tale dinamica, per tutti [Cassese](#), p. 91 ss.).

Per citare questo contributo: D. VITIELLO, *Il diritto d'asilo in Europa e l'eterogenesi dei fini*, ADiM Blog, Editoriale, aprile 2022.