

Esame

Il principio di dignità e la giurisprudenza sui diritti dei richiedenti asilo

By **Cesare Pinelli** on November 6, 2018

PAROLE CHIAVE

ASYLUM-SEEKERS

CONSTITUTIONAL JUSTICE

EU LAW

HANNAH ARENDT

HUMAN DIGNITY

Moving from a theoretical recasting of the “right to have rights” in the works of Hannah Arendt, the author deals with some critical stances on the legal treatment of asylum-seekers’ fundamental rights. In particular, it focuses on human dignity as a viable legal instrument in order to overcome the growing selective use of rights and remedies in the current migration crisis.

Download

LEAVE A COMMENT

Non sono un robot reCAPTCHA
Privacy - Termini

SUBMIT COMMENT

ARCHIVIO RIVISTA

[+ 2017](#)

[+ 2018](#)

EMAIL SUBSCRIPTION

Your email here

DIRETTORI

Andrea Buratti, Giuseppe Martinico, Oreste Pollicino, Giorgio Repetto, Raffaele Torino

[Regolamento Rivista](#)

[Norme Editoriali](#)

[Organi della Rivista](#)

Il principio di dignità e la giurisprudenza sui diritti dei richiedenti asilo*

Cesare Pinelli

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Il diritto di avere diritti secondo Hannah Arendt. - 3. Il diritto di avere diritti nell'accezione più recente. - 4. Chi e come deve rispondere alle richieste di asilo: cenni al diritto primario e derivato dell'Unione. - 5. Gli orientamenti della Corte costituzionale italiana e la fuga dalla giustizia costituzionale. - 6. Il caso di Calais e l'accordo tra Francia e Gran Bretagna. - 7. L'accordo tra la Turchia e gli Stati dell'Unione europea. - 8. La costruzione dei muri al tempo di *Internet* e l'uso selettivo del principio di dignità.

1. Premessa

Mi propongo di ricercare termini e ragioni del divario fra le sempre maggiori applicazioni giurisprudenziali del principio di dignità quale fondamento giustificativo di nuovi diritti dei cittadini, in particolare la metamorfosi che la formula del “diritto di avere diritti” ha subito dalla sua prima designazione ad opera di Hannah Arendt alle accezioni contemporanee, e il deficit di tutela di diritti elementari – alla vita, all'alimentazione, la libertà personale – dei rifugiati, dei richiedenti asilo e dei migranti economici al momento dell'ingresso nel territorio degli Stati, attraverso un'illustrazione dei tipi di risposta delle corti alle sfide poste dalla cosiddetta crisi dei rifugiati e una ricerca delle loro ragioni giuridiche e istituzionali.

* Relazione al Convegno su “I diritti fondamentali fra Corti nazionali e Corti europee”, Università della Calabria, 7 giugno 2018. L'articolo non è stato sottoposto a referaggio.

2. Il diritto di avere diritti secondo Hannah Arendt.

“Ci siamo accorti dell’esistenza di un diritto ad avere diritti (e ciò significa vivere in una struttura in cui si è giudicati per le proprie azioni e opinioni) solo quando sono comparsi milioni di individui che lo avevano perso e non potevano riacquistarlo a causa della nuova organizzazione globale del mondo. Questa sventura non derivava dai noti mali della mancanza di civiltà, dell’arretratezza e della tirannide; e non le si poteva porre rimedio perché non c’erano più sulla terra luoghi da ‘civilizzare’, perché, volere o no, vivevamo ormai realmente in un ‘unico mondo’. Solo perché l’umanità era completamente organizzata la perdita della patria e dello status politico poteva identificarsi con l’espulsione dall’umanità stessa”¹.

Hannah Arendt riferiva dunque il “diritto ad avere diritti” ai profughi di guerra. La loro disgrazia, scriveva, non consisteva “nell’essere privati della vita, della libertà, del perseguimento della felicità, dell’eguaglianza di fronte alla legge e della libertà di opinione (formule intese a risolvere i problemi nell’ambito di determinate comunità), ma nel non appartenere più ad alcuna comunità di sorta, nel fatto che per essi non esiste più nessuna legge, che nessuno desidera più nemmeno opprimerli”².

Questa condizione dell’uomo, ormai estraneo alla patria d’origine e non integrabile in alcun altro paese, “non aveva nulla a che fare con problemi materiali di sovrappopolamento; non era un problema di spazio, ma di organizzazione politica”³, e consentiva ad Arendt di dimostrare come i diritti umani non potessero concepirsi al di fuori di una comunità politica, in contrasto con la concezione che si era fatta strada nella Dichiarazione Universale del 1948 e nelle nuove Costituzioni europee sulla scorta dell’affermazione del principio di dignità.

Il saggio fu terminato nell’autunno del 1949, prima che l’art. 3 CEDU (1950) vietasse ogni misura di allontanamento di uno straniero qualora vi siano motivi seri ed accertati per ritenere che l’interessato

¹ H. Arendt, *Le origini del totalitarismo* (1951), Comunità, Milano, 1967, 410.

² H. Arendt, *Le origini*, cit., 411.

³ H. Arendt, *Le origini*, cit., 407.

corra il rischio reale, nel Paese di destinazione, di essere sottoposto a trattamenti inumani e degradanti, e prima che la Convenzione di Ginevra (1951), anzitutto a tutela delle masse di esuli generate dalla guerra, sancisse in capo agli Stati aderenti l'obbligo di *non-refoulement* del rifugiato, definito come colui che “temendo a ragione di essere perseguitato per motivi di razza, religione, appartenenza ad un determinato gruppo sociale o per le sue opinioni politiche, si trova fuori del Paese di cui è cittadino e non può o non vuole, a causa di questo timore, avvalersi della protezione di questo Paese; oppure che, non avendo cittadinanza e trovandosi fuori del Paese in cui aveva residenza abituale a seguito di tali avvenimenti, non può o non vuole tornarci per il timore di cui sopra” (Art. 1 A).

Vedremo però come questi divieti, e gli altri previsti dalle Costituzioni nazionali e più tardi dal Trattato sull'Unione e dalla Carta dei diritti fondamentali, vengano elusi, aggirati o trasgrediti. E come la crisi dei rifugiati stia avvicinando sempre più l'Europa alla condizione in cui si trovava quando Arendt scrisse il suo saggio⁴.

3. Il diritto di avere diritti nell'accezione più recente

Nel frattempo la formula “diritto di avere diritti” è stata estesa, dalla giurisprudenza e in sede scientifica, a quanti, all'interno degli Stati europei, si trovano marginalizzati nella loro identità, alle minoranze, a chi è privo di potere, e in definitiva ad ogni contesto di esclusione sociale⁵. In Italia la sua fortuna si deve a Stefano Rodotà, nel cui pensiero “la proiezione oltre ogni confine di una persona accompagnata da un nucleo inscalfibile di diritti definisce una dimensione costituzionale globale che sfugge a chi continua a usare solo le categorie della sovranità nazionale o del tradizionale intervento giudiziario”⁶.

Occorre al riguardo distinguere l'orizzonte in cui queste teorizzazioni hanno potuto affermarsi dall'uso della formula che vi parrebbe quasi naturalmente connessa.

⁴ N. Oudejans, *The Right to Have Rights as the Right to Asylum*, in *Netherlands Journal of Legal Philosophy*, 2014, n. 43, 9.

⁵ N. Oudejans, *The Right to Have Rights*, cit., 7-8.

⁶ S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2012, 72-73.

Sotto il primo profilo esse sfuggono all'alternativa, ancora dominante nell'immediato secondo dopoguerra, universalismo/particolarismo nazionale, nella misura in cui si fondano sulla dimensione relazionale dell'identità della persona umana, e costituiscono una delle piste su cui si è sviluppata, nelle riflessioni scientifiche come nella giurisprudenza, una versione sempre più pervasiva del principio di dignità. Un principio affermato nelle Costituzioni post-totalitarie, a lungo sottovalutato⁷, e infine rielaborato quale orizzonte di senso del costituzionalismo fino a far parlare talora di una "età della dignità"⁸, o di una "rivoluzione della dignità"⁹.

Tali rielaborazioni trovano un terreno propizio nella dimensione relazionale propria della persona umana, particolarmente valorizzata dal principio di dignità sociale enunciato dalla Costituzione italiana¹⁰. Secondo Gustavo Zagrebelsky le concezioni relazionali della natura umana tentano "di superare in una superiore visione tanto l'individualismo quanto l'organicismo", senza considerare che "quando si crea una tensione insopportabile tra l'individuo e la comunità (dalla più piccola alla più grande), la grande dicotomia riappare, sempre e di nuovo, nella storia delle umane società, con la sua forza distruttiva"¹¹: come mostrerebbe la giurisprudenza in materia di famiglia, bioetica e libertà religiosa, la polivalenza del concetto di dignità può "portare argomenti sia a favore dei diritti individuali, potenziando così l'area della *privacy*, sia a favore della dimensione sociale della vita dei singoli, aprendo così la via all'ingerenza di poteri comunitari"¹².

Affermare il carattere relazionale della persona umana non ha però nulla a che vedere, come viene adombrato, con un tentativo di sintesi hegeliana della "grande dicotomia". Deriva piuttosto da una ricerca del patrimonio del costituzionalismo post-totalitario, che per noi può muovere dalla constatazione che la Costituzione, garantendo i

⁷ Cfr. U. Vincenti, *Diritti e dignità umana*, Laterza, Roma-Bari, 2009, 117 ss.

⁸ C. Dupré, *The Age of Dignity. Human Rights and Constitutionalism in Europe*, Hart, Oxford and Portland, 2015.

⁹ S. Rodotà, *La rivoluzione della dignità*, La Scuola di Pitagora, Napoli, 2013.

¹⁰ S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, cit., 188 ss.

¹¹ G. Zagrebelsky, *Modi d'intendere l'interpretazione della Costituzione* (1986), in *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, il Mulino, Bologna, 2009, 281.

¹² G. Zagrebelsky, *Modi d'intendere*, cit., 283.

diritti inviolabili dell'uomo non solo in quanto singolo, ma anche “nelle formazioni sociali in cui si svolge la sua personalità”, presuppone che “la sua personalità” non si svolga nel vuoto dell'*unencumbered self*, ma attraverso (e quindi grazie a) un tessuto relazionale, assicurato da comunità di cui pure la stessa Costituzione si guarda dal fornire elenchi chiusi o organicisticamente preordinati: come la Corte costituzionale ha più volte fatto esperienza a partire dal diritto di famiglia¹³.

In questa ricerca, l'ancoraggio al principio di dignità del “diritto di avere diritti” configura però un cambio di rotta¹⁴. Più si pone in piena luce l'accezione intersoggettiva dei diritti fondamentali, spesso intrecciata con quella di diritti esigibili nei confronti dei poteri pubblici, ma pur sempre da essa distinguibile, e più emergono conflitti fra i diritti degli uni e quelli degli altri. Una ricostruzione che punta sul “diritto di avere diritti” muovendo dalla dimensione relazionale della dignità della persona, e nello stesso tempo continua a individuare soltanto nel potere il termine antagonistico della relazione, non dà conto di quei conflitti, e nello stesso tempo risulta intimamente contraddittoria. D'altra parte, una volta che la si intenda, all'ombra del principio di dignità, come fonte generatrice di tutti i diritti fondamentali¹⁵, la formula appare quantomeno inappropriata perfino con riguardo a contesti di esclusione dalla comunità pure molto gravi, ma che si creino comunque al suo interno: dove ciò che si reclama non è mai un diritto di avere diritti, ma un diritto da parte di chi è già membro di quella comunità dal punto di vista giuridico¹⁶. Prima di addentrarci nei possibili abusi della formula, e in particolare del rischio di fornire legittimazione scientifica alle più svariate creazioni giurisprudenziali di nuovi diritti, è dunque lecito dubitare della sua consistenza giuridica.

¹³ V. da ultimo A. Schillaci, *Le storie degli altri. Strumenti giuridici del riconoscimento e diritti civili in Europa e negli Stati Uniti*, Jovene, Napoli, 2018, specie 177 ss., e, per ulteriori conformi considerazioni, C. Pinelli, *Il momento della scrittura. Contributo al dibattito sulla Costituzione europea*, il Mulino, Bologna, 2002, 218 ss.

¹⁴ Senza contare che il “diritto di avere diritti” è solo uno dei campi privilegiati del ricorso al principio di dignità: G. Repetto, *La dignità umana e la sua dimensione sociale nel diritto costituzionale europeo*, in *Diritto pubblico*, 2016, 255 ss.

¹⁵ O come *mother-right*, secondo la prospettiva di A. Barak, *Human Dignity. The Constitutional Value and the Constitutional Right*, Cambridge, 2015, 156 ss.

¹⁶ N. Oudejans, *The Right to Have Rights*, cit., 12.

Chi si trova davvero fuori è il richiedente asilo¹⁷, per il quale parlare di un diritto di avere diritti acquista un senso preciso. Da una parte perché la valutazione dell'autorità dello Stato cui intende accedere circa la ricorrenza dei requisiti prescritti in capo al richiedente mantiene comunque nel diritto vigente un insopprimibile margine di discrezionalità¹⁸, dall'altra perché proprio la locuzione "diritto di avere diritti" consente di mettere a fuoco cosa è in gioco per chi è fuori, non solo nei confronti dello Stato, ma anche rispetto ai suoi cittadini, titolari, fra gli altri, di un pienamente effettivo diritto di voto.

Questo è il dilemma, certo cercato dalla politica della paura, eppure inesorabilmente davanti a noi. E, se lo è, il senso del saggio di Arendt merita di venire custodito quale sfondo per comprendere, insieme, le condizioni in cui maturano tanti recenti casi giurisprudenziali e i loro limiti strutturali.

4. Chi e come deve rispondere alle richieste di asilo: cenni al diritto primario e derivato dell'Unione.

Converrà muovere da alcuni riferimenti preliminari al diritto primario e derivato dell'Unione in materia.

¹⁷ Figura che peraltro l'art. 10, terzo comma, Cost. disegna in termini più ampi del rifugiato di cui parla la Convenzione di Ginevra. Sulla tendenza anche giurisprudenziale ad equiparare la prima figura alla seconda a seguito della mancata attuazione del disposto costituzionale, G. Scaccia-D. De Lungo, *Il diritto di asilo*, in F. Rimoli (a cura di), *Immigrazione e integrazione dalla prospettiva globale alle realtà locali*, I, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014, 614 ss., F. Scuto, *I diritti fondamentali della persona quale limite al contrasto dell'immigrazione irregolare*, Giuffrè, Milano, 2012, 336 ss. e M. Benvenuti, *Il diritto di asilo nell'ordinamento costituzionale italiano. Un'introduzione*, Cedam, 2007, 132 ss. Peraltro secondo D. Kennedy, *The Dark Sides of Virtue. Reassessing International Humanitarianism*, Princeton University Press, 2004, 212 ss., nel linguaggio degli internazionalisti l'indistinzione tra le due figure risale agli anni Settanta del secolo scorso.

¹⁸ K.F. Gaerditz, *Territoriality, Democracy, and Borders: A Retrospective on the "Refugee Crisis"*, in *German Law Journal*, Vol. 17 No. 6, 2016, 916.

Anzitutto l'art. 18 della Carta dei diritti fondamentali¹⁹, nel quale, già prima che la Carta venisse allegata al Trattato di Lisbona, l'Avvocato generale Poiares Maduro aveva individuato il riconoscimento di un diritto fondamentale di asilo annoverabile fra i principi generali del diritto comunitario, così collegandolo alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, considerata “un punto di partenza per determinare il contenuto e la portata di questi diritti nell'Unione europea” (Corte di giustizia, *Elgafaji*, n. 465/2007). Questa enunciazione di principio, la cui portata garantistica va al di là del tenore testuale dell'art. 18 della Carta, limitato all'obbligo di *non-refoulement* sancito dalla Convenzione di Ginevra, non ha però avuto seguito nella giurisprudenza della Corte di giustizia²⁰. Per comprenderne le ragioni, è necessario considerare la distribuzione delle competenze in materia fra l'Unione e gli Stati membri quale prevista dal Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, dai regolamenti che lo hanno attuato, e soprattutto dalla loro concreta applicazione.

L'art. 78 TFUE, dopo aver statuito al par. 1 che “L'Unione sviluppa una politica comune in materia di asilo, di protezione sussidiaria e di protezione temporanea, volta a offrire uno status appropriato a qualsiasi cittadino di un paese terzo che necessita di protezione internazionale e a garantire il rispetto del principio di non respingimento”, il tutto sulla base della Convenzione di Ginevra e degli altri trattati internazionali rilevanti, al par. 2 demanda a regolamenti la distinta disciplina di misure volte rispettivamente a garantire “uno status uniforme in materia di asilo a favore di cittadini di paesi terzi, valido in tutta l'Unione” e “uno status uniforme in materia di protezione sussidiaria per i cittadini di paesi terzi che, pur senza il beneficio dell'asilo europeo, necessitano di protezione internazionale” (par. 2, lett. a) e b)), nonché, alle lettere successive, “un sistema comune” o “procedure comuni” per la protezione temporanea degli sfollati in caso di afflusso massiccio, per l'ottenimento e la perdita dello

¹⁹ “Il diritto di asilo è garantito nel rispetto delle norme stabilite dalla convenzione di Ginevra del 28 luglio 1961 e dal protocollo del 31 gennaio 1967, relativi allo status dei rifugiati, e a norma del trattato che istituisce la Comunità europea”.

²⁰ S.F. Nicolosi, *Going Unnoticed? Diagnosing the Right to Asylum in the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, in *European Law Journal*, Vol. 23, No. 1-2, 109.

status uniforme in materia di asilo o di protezione sussidiaria e per le condizioni di accoglienza dei richiedenti asilo o protezione sussidiaria. Il par. 3 prevede infine che, in caso di un “afflusso improvviso di cittadini di paesi terzi” in uno o più Stati membri, il Consiglio può adottare misure temporanee a beneficio di tali Stati.

E’ un sistema tendenzialmente completo, che contempera il criterio dell’*uniformità di qualificazione* dei richiedenti asilo e dei migranti, che evoca la disciplina dell’Unione, con il *trattamento comune* (agli Stati membri) in ordine alle misure di acquisizione di tali status e di accoglienza nonché col principio di solidarietà fra Stati membri che già emerge dal par. 3. Questo è comunque il principio che dovrebbe prevalere su ogni altro in base all’art. 80 TFUE, secondo cui “Le politiche dell’Unione di cui al presente capo e la loro attuazione sono *governate* dal principio di solidarietà e di equa ripartizione della responsabilità tra gli Stati membri, anche sul piano finanziario. Ogniqualevolta necessario, gli atti dell’Unione adottati in virtù del presente capo contengono misure appropriate ai fini dell’applicazione di tale principio”. Per giunta, il principio di solidarietà ivi enunciato costituisce la traduzione, nel campo specifico della protezione dei richiedenti asilo e dei migranti, della “leale cooperazione”, principio generale del diritto dell’Unione in base all’art. 4, par. 3, TUE²¹.

Fin qui il diritto primario dell’Unione. La cui attuazione mostra crescenti difficoltà, riflesso di un deficit strutturale del classico metodo dell’“integrazione attraverso il diritto” in ragione dell’inadeguatezza tanto delle norme giuridiche quanto delle strutture istituzionali²².

Lo si vede bene da un esame del Regolamento di Dublino, mosso da quell’intento di evitare la formazione di spazi di ‘non diritto’ che ha già portato la Corte europea dei diritti dell’uomo a interpretare il divieto di deportazione collettiva sancito dall’art. 4 Prot. n. 4 CEDU

²¹ Secondo cui “In virtù del principio di leale cooperazione, l’Unione e gli Stati membri si rispettano e si assistono reciprocamente nell’adempimento dei compiti derivanti dai trattati. Gli Stati membri adottano ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l’esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell’Unione. Gli Stati membri facilitano all’Unione l’adempimento dei suoi compiti e si astengono da qualsiasi misura che rischi di mettere in pericolo la realizzazione degli obiettivi dell’Unione”.

²² D. Thym, *The “Refugee Crisis” as a Challenge of Legal Design and Institutional Legitimacy*, in *Common Market Law Review*, 2016, n. 53, 1545 ss.

(che nulla dice dell'ipotesi di allontanamento di stranieri verso uno Stato terzo effettuato fuori dal territorio nazionale) nel senso che esso abbia una portata anche extraterritoriale, mirando comunque a impedire che un certo numero di stranieri venga allontanato da uno Stato senza che venga esaminata la situazione personale di ciascuno di essi e senza che ciascuno abbia la possibilità di contestare motivatamente il provvedimento di allontanamento (*Hirsi Jamaa e altri c. Italia* – Grande Chambre – 23 febbraio 2012).

Ora, nello stabilire 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, il regolamento UE n. 604/2013 ("Dublino III") introduce procedure e controlli volti ad evitare che il rifugiato si trovi in un vuoto di protezione ove nessuno Stato membro si assuma la responsabilità di rispondere alla richiesta di asilo²³. Allo scopo prevede che "Quando è accertato [...] che il richiedente ha varcato illegalmente, per via terrestre, marittima o aerea, in provenienza da un paese terzo, la frontiera di uno Stato membro, lo Stato membro in questione è competente per l'esame della domanda di protezione internazionale. Detta responsabilità cessa 12 mesi dopo la data di attraversamento clandestino della frontiera" (art. 13, par. 1). Come è stato osservato, nelle condizioni attuali ciò equivale a gravare eccessivamente gli Stati del Sud e dell'Est d'Europa delle "responsabilità" di esaminare la domanda di asilo, il che contrasta con l'art. 80 TFUE e disincentiva gli Stati in questione ad adeguarsi alle prescrizioni del regolamento sulla registrazione dei richiedenti, che fornirebbe la prova dell'obbligo di rispondere a migliaia di richieste²⁴.

Tuttavia, malgrado l'avviso contrario dell'Avvocato generale, la Corte di giustizia ha interpretato la disposizione con riguardo a ipotesi di un numero eccezionale di ingressi, ribadendo semplicemente che "il cittadino di un paese terzo, il cui ingresso è stato tollerato dalle autorità di un primo Stato membro che si trovavano di fronte all'arrivo di un numero straordinariamente elevato di cittadini di paesi terzi, che

²³ Cfr. A. Farahat & N. Markard, *Forced Migration Governance: In Search of Sovereignty*, in *German Law Journal*, Vol. 17, n. 6, 2016, 931.

²⁴ M. Wendel, *The Refugee Crisis and the Executive: On the Limits of Administrative Discretion in the Common European Asylum System*, in *German Law Journal*, 2016, Vol. 17, No. 6, 1008.

intendevano transitare in tale Stato membro allo scopo di presentare una domanda di protezione internazionale in un altro Stato membro, senza soddisfare le condizioni di ingresso imposte, in linea di principio, in tale primo Stato membro, ha «varcato illegalmente» la frontiera di detto primo Stato membro ai sensi di tale disposizione” (*Khadija Jafari e Zainab Jafari c. Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl* (26 luglio 2017 (C- 646/16))).

Nello stesso tempo, il principio di solidarietà appare largamente disatteso anche dalla giurisprudenza, col risultato di ineffettivo l'intero sistema. E' vero che, nel caso *Repubblica Slovacca e Ungheria c. Consiglio dell'Unione Europea* del 6 settembre 2017 (C-643/2015 e C-647-2015), la Corte di giustizia ha respinto i ricorsi di tali Stati nei confronti della decisione del Consiglio UE che aveva imposto a tutti gli Stati membri una ripartizione di 120.000 richiedenti asilo sulla base di parametri predeterminati, osservando che “il Consiglio era effettivamente tenuto a dare attuazione al principio di solidarietà e di equa ripartizione delle responsabilità tra gli Stati membri, anche sul piano finanziario, la cui osservanza *si impone*, a norma dell'art. 80 TFUE, nell'ambito dell'attuazione della politica comune dell'Unione in materia di asilo” e che “il Consiglio ha potuto a ragione ritenere, nell'ambito dell'ampio margine di discrezionalità che deve essergli riconosciuto al riguardo, che il *carattere vincolante della ripartizione* delle persone ricollocate si imponesse in considerazione della situazione di emergenza particolare nella quale la decisione impugnata *doveva* essere adottata”.

Tuttavia, a parte la portata temporanea ed estremamente limitata della decisione del Consiglio UE, alla luce del diverso orientamento prevalso nel caso *Khaidija* si direbbe che la Corte abbia richiamato l'art. 80 TFUE e “la situazione di emergenza particolare” solo perché si trovava a giudicare della decisione medesima²⁵.

5. Gli orientamenti della Corte costituzionale italiana e la fuga dalla giustizia costituzionale

²⁵ Nello stesso senso D. Thym and E. Tsourdi, *Searching for solidarity in the EU asylum and border policies: Constitutional and operational dimensions*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2017 Vol 24 (5), 612.

Alla rigidità degli accordi di Dublino, si è aggiunta in Italia la grave inefficienza delle strutture amministrative preposte all'esame delle domande di asilo e alla connessa distinzione delle domande di ingresso dei migranti economici.

In un accurato studio del 2016 sulla recente evoluzione del sistema italiano, viene segnalato che, a seguito della pressione dell'Unione volta alla creazione di un'adeguata rete di centri di identificazione di richiedenti asilo e migranti (c.d. *hotspot*), il numero delle Commissioni Territoriali per il Riconoscimento della Protezione Internazionale, presiedute da un funzionario della carriera prefettizia e composte da un funzionario di polizia e da rappresentanti di enti locali e dell'ACNUR, è raddoppiato, con una significativa riduzione dell'arretrato e dei tempi di decisione relativamente alle nuove domande²⁶. Si aggiunge però che per il resto, specie per quanto riguarda le garanzie dei diritti dei richiedenti asilo e dei migranti economici, il quadro continua a presentare gravi carenze.

Già con sent.n. 105 del 2001 la Corte costituzionale aveva ricondotto il trattenimento dello straniero presso i centri di permanenza temporanea e assistenza alle "altre restrizioni della libertà personale", di cui si fa menzione nell'articolo 13 Cost. In particolare, la disposizione della legge del 1997 secondo cui il questore, avvalendosi della forza pubblica, adotta efficaci misure di vigilanza affinché lo straniero non si allontani indebitamente dal centro e provvede a ripristinare senza ritardo la misura ove questa venga violata, configura "quella mortificazione della dignità dell'uomo che si verifica in ogni evenienza di assoggettamento fisico all'altrui potere e che è indice sicuro dell'attinenza della misura alla sfera della libertà personale. Né potrebbe dirsi che le garanzie dell'articolo 13 della Costituzione subiscano attenuazioni rispetto agli stranieri, in vista della tutela di altri beni costituzionalmente rilevanti. Per quanto gli interessi pubblici incidenti sulla materia della immigrazione siano molteplici e per quanto possano essere percepiti come gravi i problemi di sicurezza e di ordine pubblico connessi a flussi migratori incontrollati, non può risultarne

²⁶ M. Savino, *The Refugee Crisis as a Challenge for Public Law: the Italian Case*, in *German Law Journal*, 2016, Vol. 17, No. 6, 986. V. anche G. Scaccia-D. De Lungo, *Il diritto d'asilo*, cit., 612.

minimamente scalfito il carattere universale della libertà personale, che, al pari degli altri diritti che la Costituzione proclama inviolabili, spetta ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani”. Si era trattato di un consapevole e quasi letterale *overruling* della sent.n. 62 del 1994, dove la Corte aveva distinto i diritti inviolabili degli stranieri, in generale equiparati a quelli dei cittadini, da quello di ingresso e soggiorno, per il quale, facendo leva sulla “mancanza nello straniero di un legame ontologico con la comunità nazionale, e quindi di un nesso giuridico costitutivo con lo Stato italiano”, aveva lasciato al legislatore “la ponderazione di svariati interessi pubblici, quali, ad esempio, la sicurezza e la sanità pubblica, l'ordine pubblico, i vincoli di carattere internazionale e la politica nazionale in tema di immigrazione”, col solo limite della manifesta irragionevolezza.

Dopo il 2001, però, non risultano sul punto pronunce della Corte, la quale è stata per questo accusata di lasciare alle Corti del Lussemburgo e di Strasburgo il compito di intervenire in un settore che per tradizione è ancora molto legato ai poteri discrezionali del Parlamento e del Governo²⁷.

In effetti la giurisprudenza più significativa viene dalle Corti europee, e in particolare dalla Corte EDU, sia quando ha rigettato il ricorso di una donna somala che si opponeva al trasferimento in Italia suo e dei suoi figli minori per il rischio di trattamenti inumani e degradanti *ex art. 3 CEDU*, escludendo che il sistema italiano di protezione comportasse rischi simili (*Mohammed Hussein e altri c. Olanda e Italia*, 2 aprile 2013), sia quando ha stigmatizzato le gravi violazioni della libertà personale da parte dell'Italia per aver detenuto nel centro di accoglienza di Lampedusa e poi in navi ancorate nel porto di Palermo alcuni cittadini tunisini durante gli eventi della primavera araba del 2011, senza procedere alla loro identificazione e in assenza di fondamento legislativo di tali misure, con una decisione della II Sezione dell'1 settembre 2015 (*Khlaifia e altri c. Italia*), confermata dalla *Grande Chambre* il 15 dicembre 2016, la quale ha però escluso, alla luce della situazione eccezionale in cui si trovavano allora le autorità

²⁷ M. Savino, *The Refugee Crisis*, cit., 982.

italiane, la ricorrenza del rischio di trattamenti inumani e degradanti nel centro di accoglienza di Lampedusa²⁸.

Quanto detto non significa, peraltro, che la nostra Corte costituzionale possa ritenersi responsabile di lasciare alle Corti europee il compito di difendere i diritti dei richiedenti asilo e dei migranti da abusi commessi da autorità italiane. Basta ad escluderlo proprio l'assenza, accuratamente documentata²⁹, di fondamento legislativo delle misure attuative del diritto dell'Unione in materia, che visti i noti limiti di cognizione del giudizio di legittimità costituzionale impedisce di per sé alla Corte di potersi pronunciare.

Ci troviamo dunque di fronte a una grave elusione da parte del Parlamento di un obbligo imposto dalla Costituzione, prima che da norme internazionali o dell'Unione, che comporta anche una fuga dalla giustizia costituzionale. Essa non esclude, comunque, l'intervento delle Corti europee. Nei casi che vedremo, l'elusione o l'aggiramento del diritto vigente in materia si realizza attraverso un intenso ricorso degli Stati al potere estero e una conseguente moltiplicazione degli spazi di 'non-diritto', cui le corti possono rimediare solo parzialmente o addirittura non possono rimediare in alcun modo.

6. Il caso di Calais e l'accordo tra Francia e Gran Bretagna.

Con sentenza del 31 luglio 2017, il *Conseil d'Etat* rigettava il ricorso in appello del Comune di Calais e del Ministro dell'Interno avverso l'ordinanza con cui il Tribunale amministrativo di Lille aveva accolto il ricorso di una serie di associazioni umanitarie e di rappresentanti dei migranti collocatisi alla periferia di Calais in ordine alla somministrazione di generi di prima necessità ai migranti. Il centro di prima accoglienza di Calais era stato sgomberato dalle autorità amministrative, che avevano contestualmente disposto la distribuzione fra vari centri siti sul territorio francese delle migliaia di migranti che

²⁸ A. Saccucci, *I "ripensamenti" della Corte europea sul caso Khlaifia: il divieto di trattamenti inumani e degradanti e il divieto di espulsioni collettive "alla prova" delle situazioni di emergenza migratoria*, in *Riv. dir. int.*, 2017, 552 ss.

²⁹ M. Savino, *The Refugee Crisis*, cit., 988.

intendevano richiedere il visto d'ingresso nel Regno Unito. Ma parecchie centinaia di costoro erano tornati a Calais, senza che le autorità locali predisponessero un minimo di accoglienza per le loro esigenze elementari di vita e di salute.

Il *Conseil d'Etat* fonda la sua decisione sul rilievo che

“la prise en compte par les autorités publiques des besoins élémentaires des migrants qui se trouvent présents à Calais en ce qui concerne leur hygiène et leur alimentation en eau potable demeure manifestement insuffisante et révèle une carence de nature à exposer ces personnes, de manière caractérisée, à des traitements inhumains ou dégradants, portant ainsi une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale ; que ces circonstances de fait, constitutives en outre d'un risque pour la santé publique, révèlent en elles-mêmes une situation d'urgence caractérisée, justifiant l'intervention du juge des référés saisi sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative”

e ne desume che

“c'est, par suite, à bon droit que le juge des référés du tribunal administratif de Lille a enjoint à l'Etat, dès lors que les mesures à prendre pour faire face à l'afflux massif de migrants à Calais en provenance de l'ensemble du territoire national excèdent les pouvoirs de police générale du maire de la commune, et à la commune de Calais, de créer, dans des lieux facilement accessibles aux migrants, à l'extérieur du centre de Calais, plusieurs dispositifs d'accès à l'eau leur permettant de boire, de se laver et de laver leurs vêtements, ainsi que des latrines, et d'organiser un dispositif adapté, fixe ou mobile, d'accès à des douches selon des modalités qui devront permettre un accès, selon une fréquence adaptée, des personnes les plus vulnérables”.

La decisione segnala una tragedia umanitaria in corso. Essa si spiega non tanto con atti e comportamenti amministrativi, quanto con l'accordo di Le Tuquet, stipulato tra la Francia e la Gran Bretagna nel 2003 e aggiornato nel 2018, che per arrestare l'afflusso dei migranti sulle coste britanniche impegna la Francia ad effettuare sul proprio territorio i controlli doganali in cambio di contributi economici.

7. L'accordo tra la Turchia e gli Stati dell'Unione europea.

L'accordo citato non è l'unico del genere. Un altro ben più importante, non solo in termini di dimensioni ma anche per implicazioni giuridiche, risulta dalla Dichiarazione del 18 marzo del 2016 fra gli Stati membri dell'Unione europea e la Turchia, in forza della quale, in cambio di sei miliardi di euro e di concessioni politiche, la Turchia accettava di riprendere tutti i migranti irregolari giunti sulle isole della Grecia a partire dal 20 marzo. Costoro, prosegue la Dichiarazione, "saranno debitamente registrati e qualsiasi domanda d'asilo sarà trattata individualmente dalle autorità greche conformemente alla direttiva sulle procedure d'asilo; i migranti che non faranno domanda d'asilo o la cui domanda d'asilo sia ritenuta infondata o non ammissibile saranno rinviiati in Turchia; per ogni siriano rinviiato in Turchia dalle isole greche un altro siriano sarà reinsediato dalla Turchia verso l'Unione". Nell'aprile del 2016 la Grecia ha riformato la legge sull'asilo per permettere la detenzione amministrativa dei migranti irregolari in attesa che la loro domanda d'asilo sia valutata dai funzionari dell'agenzia europea per l'asilo (Easo).

Solo in alcuni casi le decisioni dei funzionari dell'Easo sono state annullate in sede giurisdizionale con l'argomento che la Turchia non garantiva il diritto d'asilo³⁰, come dimostra il fatto, documentato da *Amnesty International*, che nei mesi precedenti le autorità turche avevano rimandato numerosi richiedenti asilo e rifugiati in Afghanistan, Iraq e Siria.

Ma il caso più importante è stato affrontato dal Tribunale di primo grado dell'Unione europea, adito da due cittadini pakistani e da un cittadino afgano, che a seguito del rigetto della loro domanda d'asilo in Grecia avevano impugnato la Dichiarazione per violazione degli artt. 1, 18 e 19 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e per il connesso rilievo che la Turchia non sarebbe un paese terzo sicuro a norma dell'articolo 36 della direttiva 2005/85/CE del Consiglio, recante norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di rifugiato. Con tre ordinanze emesse il 1 marzo 2017 (T-192/2016; T-193/2016; T-257/2016), il Tribunale si è dichiarato incompetente a conoscere dei ricorsi, essendo attestato da documenti ufficiali che la Dichiarazione

³⁰ Riferimenti in S.F. Nicolosi, *Going Unnoticed?*, cit., 114.

non era stata adottata dal Consiglio europeo nella sessione del 17 marzo, ma al vertice internazionale del giorno successivo in presenza del Primo ministro della Repubblica di Turchia e dei rappresentanti degli Stati membri dell'Unione in qualità di capi di Stato o di governo.

La decisione ricorda per certi versi il caso *Pringle* del 27 novembre 2012, con cui la Corte di giustizia esclude l'applicabilità della Carta dei diritti fondamentali agli atti derivanti da un accordo stipulato fra gli Stati membri dell'Unione (in quel caso si trattava dell'ESM (*European Stability Mechanism*)). Anche nei casi definiti dal Tribunale di primo grado si è in presenza di un accordo internazionale, la cui credibilità sostanziale è garantita dall'essere gli Stati contraenti membri dell'Unione.

Questa giurisprudenza avalla dunque la tendenza degli Stati a ricorrere al potere estero quale via di fuga dalle strettoie del diritto dell'Unione e della giurisdizione di fronte alle dure sfide poste dalla crisi dei rifugiati. Con la duplice conseguenza di provocare catastrofi umanitarie, come quelle verificatesi a Calais e sulle isole greche, e di moltiplicare gli spazi di 'non diritto' in dispregio della Convenzione di Ginevra e dell'art. 18 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

8. La costruzione dei muri al tempo di Internet e l'uso selettivo del principio di dignità

La costruzione dei muri a ridosso delle frontiere nazionali va sicuramente oltre tutto questo; e deve costituire motivo di profonda riflessione anche per i giuristi di un Paese cui la geografia ha risparmiato una simile possibilità in qualsiasi parte del suo territorio.

Il fenomeno è in forte crescita in tutto il mondo, e solo in Europa ha riguardato di recente le frontiere fra i territori spagnoli e il Marocco, fra Grecia e Turchia, fra Bulgaria e Turchia, fra Ungheria e Serbia, fra Austria e Slovenia e fra Macedonia e Grecia. L'obiettivo dichiarato è di bloccare gli ingressi illegali nel territorio dello Stato che li costruisce³¹. E' evidente, però, che una misura del genere può impedire l'ingresso a

³¹ Cfr. M. Paz, *The Law of Walls*, in *European Journal of International Law*, Vol. 28 no. 2, 2017, 602.

chiunque, compresi rifugiati e richiedenti asilo, e che l'intero sistema di protezione creato per costoro a partire dal 1951 viene messo a repentaglio.

La costruzione dei muri è stata considerata una reazione degli Stati all'approccio universalistico che sarebbe stato adottato dalle corti in riferimento alle sfide poste alla sovranità nazionale dagli afflussi di migranti irregolari, e in particolare dalla crisi dei rifugiati, anche se, si aggiunge, essa porterebbe a ridisegnare i confini in modo da provocare instabilità politica, dal momento che non tutti gli Stati si trovano alle prese col fenomeno, e violazioni della legalità, con particolare riguardo alla condizione dei rifugiati e richiedenti asilo³².

Vista la giurisprudenza riportata, riesce difficile condividere l'ipotesi che fa risalire all'operato delle corti la tendenza a costruire muri. In realtà, anziché forzare la mano degli Stati, esse hanno cercato di far valere le regole che gli stessi Stati si erano date, e che, casomai, si sono rivelate inadatte a gestire il fenomeno, senza contare le numerose eclatanti fughe dalle regole e dalla giurisdizione internazionale e dell'Unione europea ottenute grazie al ricorso ad accordi internazionali *ad hoc*. Del resto, si ammette che gli Stati più sviluppati non possono chiudere i confini ai richiedenti asilo e ai rifugiati dopo aver creato il caos³³.

Soprattutto, non si può dimenticare che la crisi dei rifugiati ha favorito il successo dei partiti che hanno avuto buon gioco nell'enfatizzare la minaccia alla sovranità nazionale, alimentando una politica della paura che ha annesso le menti di milioni di elettori anche in riferimento alla necessaria distinzione fra richiedenti asilo e migranti economici. I governi che tentavano di resistere non si sono rivelati all'altezza della sfida ai principi di convivenza posta dalla crisi; gli altri hanno cominciato a costruire muri.

Si è così innescata una spirale regressiva che dovrebbe chiamare quanti vi si oppongono a mantenere uno sguardo politico e giuridico lucido sulla paradossale adozione di misure premoderne, come la costruzione dei muri, al tempo di *Internet* e di un generalizzato aggiramento delle frontiere nazionali. Uno sguardo non dimentico che, al di là dei muri o di frontiere variamente presidiate, si affollano spesso

³² M. Paz, *The Law of Walls*, cit., 620 ss.

³³ M. Paz, *The Law of Walls*, cit., 621.

quanti hanno diritto di avere diritti, e che il principio di dignità non tollera un uso selettivo nei loro confronti.

Abstract: Moving from a theoretical recasting of the “right to have rights” in the works of Hannah Arendt, the author deals with some critical stances on the legal treatment of asylum-seekers’ fundamental rights. In particular, it focuses on human dignity as a viable legal instrument in order to overcome the growing selective use of rights and remedies in the current migration crisis.

Keywords: Human dignity, asylum-seekers, Hannah Arendt, EU law, Constitutional justice

Cesare Pinelli - Professore ordinario di Diritto costituzionale, Sapienza Università di Roma e Membro supplente della Commissione di Venezia (cesare.pinelli@uniroma1.it)